JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JULIANE KOKOTT
19 päivänä tammikuuta 2012 [1]

Asia C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

(Korkeimman hallinto-oikeuden (Suomi) esittämä ennakkoratkaisupyyntö)

Julkiset tavarahankinnat — Direktiivin 2004/18/EY 10 artikla — EY 296 artikla — Jäsenvaltion keskeisten turvallisuusetujen turvaaminen — Sotatarvikkeiden kauppa — Tavarat, jotka hankintaviranomainen hankkii erityisesti sotilaalliseen käyttötarkoitukseen mutta joille on myös pääosin samanlaisia siviilialan käyttömahdollisuuksia — Kääntöpöytälaitteisto elektromagneettisiin mittauksiin

I Johdanto

1. Edellytykset, joiden täyttyessä jäsenvaltiot saavat puolustautumisensa ja asevoimiensa yhteydessä poiketa unionin oikeussäännöstä, antavat toistuvasti aihetta oikeusriitoihin. [2]

2. Unionin tuomioistuinta pyydetään nyt käsiteltävässä asiassa selventämään, millä edellytyksillä jäsenvaltion asevoimat voivat tehdä Euroopan unionin hankintalainsäädännön säännöksistä poiketen julkisia hankintasopimuksia sellaisten tavaroiden hankinnasta, joilla on sotilaallinen käyttötarkoitus.

3. Suomen puolustusvoimat tilasi vuonna 2008 elektromagneettisiin mittauksiin kääntöpöytälaitteiston, [3] jota oli tarkoitus käyttää ”elektronisen sodankäynnin” yhteydessä sotilaallisten tilanteiden simulointiin ja harjoituksiin. Siinä yhteydessä ei noudatettu kaikilta osin direktiivissä 2004/18/EY [4] säädettyä hankintamenettelyä.

4. Korkein hallinto-oikeus esittää nyt kysymyksen siitä, miten on tulkittava direktiivin 2004/18 10 artiklasta, luettuna yhdessä EY 296 artiklan (josta on tullut SEUT 346 artikla) kanssa, ilmenevää puolustusalan julkisia hankintoja koskevaa poikkeussäännöstä. Unionin tuomioistuimen on niin sanotussa Agusta-tapauksessa antamansa tuomion [5] perusteella vastatessaan tähän ennakkoratkaisupyyntöön erityisesti selvennettävä, onko katsottava, että tavarat on ”tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön”, jos niille on sotilaallisen käyttötarkoituksen lisäksi myös pääosin samanlaisia siviilialan käyttömahdollisuuksia.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — Ks. esim. oikeuskäytäntö, joka koskee naisten pääsyä jäsenvaltioiden asevoimien palvelukseen (asia C-273/97, Sirdar, tuomio 26.10.1999, Kok., s. I-7403 ja asia C-285/98, Kreil, tuomio 11.1.2000, Kok., s. I-69), miesten asevelvollisuutta (asia C-186/01, Dory, tuomio 11.3.2003, Kok., s. I-2479), asekaupan arvonlisäverollisuutta (asia C-414/97, komissio v. Espanja, tuomio 16.9.1999, Kok., s. I-5585) ja sotilaalliseen käyttöön tarkoitettujen tavaroiden tullikohtelua (asia C-284/05, komissio v. Suomi, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11705; asia C-294/05, komissio v. Ruotsi, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11777; asia C-372/05, komissio v. Saksa, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11801; asia C-387/05, komissio v. Italia, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11831; asia C-409/05, komissio v. Kreikka, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11859; asia C-461/05, komissio v. Tanska, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11887; asia C-239/06, komissio v. Italia, tuomio 15.12.2009, Kok., s. I-11913 ja asia C-38/06, komissio v. Portugali, tuomio 4.3.2010, Kok., s. I-1569).

3 — Englannin kielellä ”tiltable turntable”.

4 — Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114).

5 — Asia C-337/05, komissio v. Italia, ns. Agusta-tapaus, tuomio 8.4.2008 (Kok., s. I-2173, 47 kohta).

5. Toisin kuin helikopterit niin sanotussa Agusta-tapauksessa, hankintaviranomainen hankki nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisen kääntöpöytälaitteiston yksinomaan sotilaalliseen käyttöön, joten kyseessä ei ole ”kaksikäyttötuote” käsitteen suppeassa merkityksessä. Ennakkoratkaisupyynnössä esitettyjen toteamusten perusteella on kuitenkin täysin mahdollista, että yksityiset laitokset ja yritykset käyttävät tällaista kääntöpöytälaitteistoa.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Unionin oikeus*

6. Nyt käsiteltävään asiaan sovellettavat unionin oikeussäännöt ovat direktiivin 2004/18 10 artikla ja EY 296 artikla.

7. Direktiivin 2004/18 10 artiklaan sisältyy otsikolla ”Puolustusalan hankintasopimukset” sen alkuperäisessä muodossa [6] seuraava selvennys hankintaviranomaisten tekemiä sopimuksia koskevien säännösten soveltamisalaan:

”Tätä direktiiviä sovelletaan puolustuksen alalla toimivien hankintaviranomaisten tekemiin sopimuksiin julkisista hankinnoista, jollei perustamissopimuksen 296 artiklasta muuta johdu.”

8. EY 296 artikla (aikaisemmin ETY:n perustamissopimuksen 223 artikla) oli siihen saakka, kunnes se korvattiin SEUT 346 artiklalla Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä, [7] sanamuodoltaan seuraava:

”1. Tämän sopimuksen määräykset eivät estä soveltamasta seuraavia sääntöjä:

– –

b) Jokainen jäsenvaltio voi toteuttaa toimenpiteet, jotka se katsoo tarpeellisiksi keskeisten turvallisuusetujensa turvaamiseksi ja jotka liittyvät aseiden, ammusten ja sotatarvikkeiden tuotantoon tai kauppaan; nämä toimenpiteet eivät kuitenkaan saa heikentää sellaisten tuotteiden kilpailun edellytyksiä sisämarkkinoilla, joita ei ole tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön.

2. Neuvosto voi yksimielisesti komission ehdotuksesta muuttaa luetteloa, jonka se on vahvistanut 15 päivänä huhtikuuta 1958 tuotteista, joihin sovelletaan 1 kohdan b alakohtaa.”

9. Edellä mainitussa 15.4.1958 tehdyssä neuvoston päätöksessä 255/58, jolla vahvistettiin EY 296 artiklan 2 kohdassa mainittu luettelo (jäljempänä myös vuoden 1958 luettelo), määrätään muun muassa seuraavaa: [8]

”Seuraavassa on luettelo aseista, ampuma- ja sotatarvikkeista ydinaseet mukaan lukien, joihin sovelletaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 223 artiklan 1 kohdan b alakohtaa:

– –

6 — Direktiivin 2004/18 10 artiklan sanamuotoa on muutettu hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusalalla ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta 13.7.2009 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2009/81/EY (EUVL L 216, s. 76). Tämä uusi versio tuli kuitenkin voimaan vasta 21.8.2009, ja jäsenvaltioiden piti panna se täytäntöön viimeistään 21.8.2011 (ks. direktiivin 2009/81 72 artiklan 1 kohta ja 74 artikla), joten se ei ole vielä sovellettavissa nyt käsiteltävään asiaan.

7 — Lissabonin sopimus tuli voimaan 1.12.2009.

8 — Tätä päätöstä ei julkaistu Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä, mutta se on julkaistu osittain 26.11.2008 päivätyssä Euroopan unionin neuvoston asiakirjassa nro 14538/08, joka on yleisesti saatavilla neuvoston internetsivuilla http://register.consilium.europa.eu/ (tilanne 12.12.2011). Lisäksi edellä mainitun luettelon sisältö ilmenee komission erään parlamentin jäsenen kysymykseen antamasta vastauksesta (parlamentin jäsen Bart Staesin kirjalliseen kysymykseen E-1324/01 27.9.2001 annettu vastaus; EYVL C 364 E, s. 85).

5. Sotilaskäyttöön tarkoitetut tulenjohtolaitteet:

a) infrapunatähtäimissä ja muissa yösuuntauslaitteissa käytetyt pommituslaskimet ja suuntauslaitteet,

b) telemetriset laitteet, asemanilmaisimet, korkeusmittarit,

c) elektroniset, gyroskooppiset, optiset ja akustiset seurantalaitteet,

d) pommitustähtäimet, tykkien tähtäimet sekä tässä luettelossa mainittuihin laitteisiin tarkoitetut periskoopit.

– –

11. Sotilaskäyttöön tarkoitetut elektroniset laitteet.

– –

14. Tässä luettelossa mainitun materiaalin erityiset osat ja varaosat, jos ne ovat luonteeltaan sotilaallisia.

15. Koneet, laitteet ja kalusto, jotka on suunniteltu pelkästään tässä luettelossa mainittujen, yksinomaan sotilaskäyttöön tarkoitettujen aseiden, ammusten ja ohjusten tutkimiseen, valmistukseen, testaamiseen tai valvontaan.”

10. Direktiivin 2009/81 johdanto-osan kymmenennessä perustelukappaleessa todetaan lisäksi seuraavaa:

”Tässä direktiivissä sotilaskalustolla olisi ymmärrettävä erityisesti tuotetyyppejä, jotka sisältyvät neuvoston 15 päivänä huhtikuuta 1958 tekemällään päätöksellä 255/58 – – hyväksymään aseiden, ammusten ja sotatarvikkeiden luetteloon, ja jäsenvaltiot voivat käyttää pohjana pelkästään tätä luetteloa saattaessaan tämän direktiivin osaksi kansallista lainsäädäntöään. Tähän luetteloon sisältyy ainoastaan kalusto, joka on suunniteltu, kehitetty ja tuotettu erityisesti sotilaallisiin tarkoituksiin. Tämä luettelo on kuitenkin yleisluonteinen, ja sitä on tulkittava laajasti tekniikan kehityksen, hankintapolitiikkojen ja sellaisten sotilaallisten vaatimusten perusteella, jotka johtavat uudentyyppisen kaluston kehittämiseen esimerkiksi unionin yhteisen puolustustarvikeluettelon perusteella. Tässä direktiivissä [sotilaskaluston käsitteen] olisi katettava myös tuotteet, jotka on alun perin suunniteltu siviilikäyttöön mutta jotka on myöhemmin muutettu sotilaallisiin tarkoituksiin käytettäväksi aseissa, ammuksissa tai sotamateriaalissa.”

B *Kansallinen lainsäädäntö*

11. Direktiivi 2004/18 on saatettu osaksi Suomen lainsäädäntöä julkisista hankinnoista annetulla lailla nro 348/2007 (jäljempänä hankintalaki),[9] jonka soveltamisala rajataan sen 7 §:n 1 momentissa seuraavasti:

”Tätä lakia ei sovelleta hankintoihin:

1) jotka ovat salassa pidettäviä tai joiden toteuttaminen edellyttää lakiin perustuvia erityisiä turvatoimenpiteitä taikka jos valtion keskeiset turvallisuusedut sitä vaativat;

2) joiden kohde soveltuu pääasiallisesti sotilaalliseen käyttöön.”

9 — Suomennoksessa ibid.

12. Suomen puolustusministeriön 28.5.2008 antaman hallinnollisen ohjeen mukaan puolustusvoimien puolustushankinnoissa on lisäksi toistaiseksi noudatettava muun muassa puolustusministeriön 17.3.1995 antamaa määräystä nro 76.

13. Kyseisen määräyksen nro 76 1 §:ssä määritetään, mitä on pidettävä pääasiallisesti sotilaalliseen käyttöön tarkoitettuna tavarana ja palveluna, joihin hankintalakia ei sovelleta. Tällaisia ovat erityisesti ”erikoisvarustus sotilaalliseen toimintaan, koulutukseen tai sotilaallisten tilanteiden simulointiharjoituksiin ja niihin erityisesti suunnitellut komponentit, lisälaitteet ja varusteet”, kuten tämän määräyksen 1 §:stä ilmenee, luettuna yhdessä sen liitteessä olevan M kohdan kanssa.

III Tosiseikat ja pääasian oikeudenkäynti

14. Suomen puolustusvoimien teknillinen tutkimuslaitos [10] toteutti vuonna 2008 hankintamenettelyn 1 650 000 euron arvoisen elektromagneettisiin mittauksiin tarkoitetun kääntöpöytälaitteiston hankkimisesta. Se pyysi tätä tarkoitusta varten 5.2.2008 tarjouksia neljältä yritykseltä, joihin kuului myös Insinööritoimisto InsTiimi Oy (jäljempänä InsTiimi).

15. Hankinta toteutettiin ”neuvottelumenettelyssä”, joka poikkeaa ennakkoratkaisupyyntöön sisältyvien tietojen mukaan direktiivissä 2004/18 säädetystä hankintamenettelystä. InsTiimi katsoo, että hankintamenettely olisi pitänyt toteuttaa direktiivin 2004/18 säännösten mukaisesti, ja se on tästä syystä pannut vireille pääasian kohteena olevan riidan Suomen tuomioistuimissa. Asiassa kuultuna tahona on Suomen puolustusvoimat, jota edustaa pääesikunta. [11]

16. InsTiimi valitti markkinaoikeuteen, [12] joka käsitteli asiaa ensimmäisessä oikeusasteessa, mutta valitus ei menestynyt. Markkinaoikeus katsoi selvitetyksi, että asianomainen kääntöpöytälaitteisto kokonaisuutena arvioiden soveltuu pääasiallisesti sotilaalliseen käyttöön ja että hankintayksikkö on tarkoittanut kyseessä olevan kääntöpöytälaitteiston yksinomaan sotilaalliseen käyttöön. Tästä syystä markkinaoikeus päätteli, että riidanalainen hankinta kuuluu hankintalain 7 §:n 1 momentin 2 kohdan poikkeussäännöksen soveltamisalaan.

17. InsTiimin haettua muutosta tuomioon asia on tällä hetkellä vireillä toisessa oikeusasteessa korkeimmassa hallinto-oikeudessa, [13] joka on esittänyt ennakkoratkaisupyynnön.

18. InsTiimi esittää valituksessaan, että kääntöpöytä on siviilimarkkinoilta peräisin oleva tekninen keksintö eikä sitä ole tarkoitettu sotavarusteeksi. Se on yleiskäyttöinen tutkimuksen apulaite ja alusta, joka ei anna itsessään mitään uutta tietoa itse tutkimuksen kohteesta. Riidanalaisen hankinnan tekninen toteutus perustuu täysin vapaasti saatavissa olevien materiaalien, komponenttien ja kokoonpanojen yhdistelyyn, ja siihen liittyvä suunnittelu sisältää ainoastaan näiden rakenneosien tarkoituksenmukaisen valinnan ja liittämisen tarjouspyynnön vaatimusten toteuttamiseksi.

19. Puolustusvoimat on puolestaan vastannut korkeimmassa hallinto-oikeudessa, että kääntöpöytä on hankittu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön ja että kääntöpöytä on myös tarkoitettu erityisesti sotilaallisten tilanteiden simulointitarkoituksiin. Puolustusvoimien mukaan kääntöpöydällä simuloidaan ja harjoitellaan sotilaallisia vastatoimia yläuhkakulmilta tapahtuvaa tiedustelua ja maalinosoitusta vastaan. Uhkaa emuloiva sensori saadaan uhkaa vastaavalle kulmalle ainoastaan kallistamalla kohde, esimerkiksi kääntöpöydälle asetettava panssarivaunu, oikeaan kulmaan kääntöpöydän avulla.

10 — Suomennoksessa ibid.

11 — Suomennoksessa ibid.

12 — Hankinta-asioita käsittelevä tuomioistuin.

13 — Ylimmän oikeusasteen hallintotuomioistuin.

20. Puolustusvoimien mukaan kääntöpöytä on olennainen osa sille rakennettavaa elektronisen sodankäynnin mittauksiin, simulointeihin ja harjoituksiin tarkoitettua avoimen tilan mittarataa ja siten suunniteltu sotilaskäyttöön tarkoitettujen aseiden tutkimiseen. Puolustusvoimien mukaan kääntöpöytä on puolustusministeriön määräyksen nro 76 kohdassa M tarkoitettu tuote.

IV Ennakkoratkaisupyyntö ja asian käsittely unionin tuomioistuimessa

21. Korkein hallinto-oikeus on lykännyt asian käsittelyä 13.12.2010 tekemällään välipäätöksellä ja esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko direktiiviä 2004/18/EY sovellettava mainitun direktiivin 10 artikla, SEUT 346 artiklan 1 kohdan b alakohta ja neuvoston 15.4.1958 tekemällä päätöksellä hyväksymä aseiden, ammusten ja sotatarvikkeiden luettelo huomioon ottaen muutoin direktiivin soveltamisalaan kuuluvaan hankintaan, kun hankintayksikön mukaan hankinnan kohteen käyttötarkoitus on nimenomaan sotilaallinen, mutta hankinnan kohteesta on olemassa myös pääosin samanlaisia teknisiä sovelluksia siviilimarkkinoilla?”

22. Unionin tuomioistuimen oikeudenkäynnissä ovat esittäneet kirjallisia huomautuksiaan pääasian oikeudenkäynnin molempien vastapuolten – InsTiimi ja puolustusvoimat – lisäksi Suomen, Tšekin ja Portugalin hallitukset sekä Euroopan komissio. Tšekin ja Portugalin hallitusta lukuun ottamatta samat osapuolet osallistuivat myös suulliseen käsittelyyn 12.12.2011.

V Oikeudellinen arviointi

23. Nyt käsiteltävään ennakkoratkaisupyyntöön vastattaessa on keskeinen merkitys EY 296 artiklan (josta on tullut SEUT 346 artikla) tulkinnalla, sillä direktiivin 2004/18 10 artiklassa viitataan tähän määräykseen.

24. EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan alkuosassa annetaan jokaiselle jäsenvaltiolle oikeus toteuttaa yksipuolisesti [14] toimenpiteet, jotka se katsoo tarpeellisiksi keskeisten turvallisuusetujensa turvaamiseksi ja jotka liittyvät aseiden, ammusten ja sotatarvikkeiden tuotantoon tai kauppaan. Direktiivin 2004/18 10 artiklassa tukeudutaan mainittuun määräykseen, kun siinä määritellään direktiivin oma soveltamisala.

25. Kuten komissio on perustellusti korostanut ja myös Suomen hallitus tunnustanut, EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan alkuosan mukaan yksipuolisten kansallisten toimenpiteiden toteuttaminen riippuu kahden kumulatiivisen edellytyksen täyttymisestä:

— ensinnäkin toimenpiteiden pitää liittyä aseiden, ammusten tai sotatarvikkeiden tuotantoon tai kauppaan

— toiseksi toimenpiteiden pitää olla tarpeellisia asianomaisen jäsenvaltion keskeisten turvallisuusetujen turvaamiseksi.

26. Korkein hallinto-oikeus keskittyy ennakkoratkaisupyynnössään erityisesti näistä kahdesta edellytyksestä ensimmäiseen: se käsittelee ainoastaan käsitettä ”nimenomaan sotilaalliseen käyttöön tarkoitetut tavarat”. Jälkimmäistä edellytystä ei kuitenkaan saada jättää täysin vaille huomiota ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamisen arvioinnissa (ks. heti jäljempänä A jakso) eikä ennakkoratkaisukysymyksen sisällön arvioinnissa (ks. myöhemmin jäljempänä B jakso). Tästä syystä käsittelen jäljempänä tarvittaessa myös tätä jälkimmäistä edellytystä, kuten myös monet ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet ovat tehneet erityisesti suullisessa käsittelyssä.

14 — Sen, että kyseessä ovat yksipuoliset toimenpiteet, totesi yhteisöjen tuomioistuin jo varsin varhain eli asiassa 6/64, Costa v. ENEL, 15.7.1964 antamassaan tuomiossa (Kok., s. 1253, 1270, Kok. Ep. I, s. 211).

A *Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen*

27. Se, että kansallinen tuomioistuin käsittelee ennakkoratkaisupyynnössään vain ensimmäistä EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan edellytyksistä – käsitettä ”tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön” – ei sinänsä ole asianmukainen peruste kyseenalaistaa ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamista.

28. Unionin tuomioistuimen pitäisi tosin pitää sille esitettyä ennakkoratkaisukysymystä hypoteettisena, jos todettaisiin, että jälkimmäinen EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan edellytyksistä ei täyty nyt käsiteltävässä asiassa eli jos poikkeamista direktiivin 2004/18 hankintaoikeudellisista säännöksistä ei voitaisi perustella Suomen keskeisillä turvallisuuseduilla. Tästä ei ollut unionin tuomioistuimen oikeudenkäynnissä kuitenkaan riittäviä viitteitä.

29. Ennakkoratkaisupyynnössä ei oteta tyhjentävästi kantaa siihen, onko hankintaviranomainen vedonnut nyt käsiteltävässä asiassa jälkimmäisessä edellytyksessä tarkoitetulla tavalla Suomen keskeisten turvallisuusetujen turvaamiseen. Korkein hallinto-oikeus esittää ainoastaan, että puolustusvoimat ei ole osoittanut konkreettisesti Euroopan komission [15] suosittelemalla tavalla, mitä keskeisiä turvallisuusetuja kääntöpöytälaitteiston hankkiminen koskee ja miksi oli välttämätöntä olla soveltamatta direktiiviä 2004/18 tässä tapauksessa. Suomen hallitus ja puolustusvoimien pääesikunta vetoavat kuitenkin siihen, että tällaiset turvallisuusedut esitettiin kansallisessa oikeudenkäynnissä.

30. Korkein hallinto-oikeus korostaa lisäksi, että InsTiimin valitus pitäisi jättää tutkimatta, jos kyseinen julkinen hankinta ei kuuluisi direktiivin 2004/18 ja lain nro 348/2007 soveltamisalaan. Jotta tätä voitaisiin arvioida, on välttämätöntä saada selvennystä myös ensimmäisestä edellytyksestä – käsitteestä ”nimenomaan sotilaalliseen käyttöön tarkoitetut tavarat”.

31. Tässä tilanteessa ei voida katsoa, että olisi *ilmeistä*, että esitetyllä kysymyksellä ei ole mitään merkitystä asian ratkaisemisen kannalta. [16] Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti on pikemminkin edelleen oletettava, että esitetyllä kysymyksellä on merkitystä asian ratkaisemisen kannalta. [17]

32. Ennakkoratkaisupyyntöön on siis epäilyksettä vastattava.

B *Ennakkoratkaisupyynnön sisällön arvioiminen*

33. Korkein hallinto-oikeus tiedustelee kysymyksellään lähinnä, onko sallittua jättää puolustusalan julkisen hankinnan yhteydessä direktiivin 2004/18 säännökset huomiotta, jos hankinnan kohteen käyttötarkoitus on nimenomaan sotilaallinen mutta hankinnan kohteelle on olemassa myös pääosin samanlaisia siviilialan käyttömahdollisuuksia.

34. Kysymys perustuu siihen, että tässä yhteydessä hankitun kaltaisia kääntöpöytälaitteistoja ei ole InsTiimin antamien ja tältä osin kiistattomien tietojen perusteella tarkoitettu ensisijaisesti sotilaalliseen käyttöön vaan niille on pääosin siviilialan käyttömahdollisuuksia.

35. Asiassa huomautuksia esittäneiden osapuolten näkemykset poikkeavat suuresti toisistaan. InsTiimin ja komission mielestä direktiivin 2004/18 säännöksiä olisi pitänyt noudattaa nyt käsiteltävässä asiassa, kun puolestaan puolustusvoimat ja kaikki huomautuksia esittäneet hallitukset katsovat, että poikkeaminen direktiivistä oli EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla perusteltua.

15 — Korkein hallinto-oikeus viittaa tässä yhteydessä komission 7.12.2006 antamaan tulkitsevaan tiedonantoon EY:n perustamissopimuksen 296 artiklan soveltamisesta puolustushankintoihin (KOM(2006) 779 lopullinen, jäljempänä komission tiedonanto).

16 — Ks. tutkimatta jättämistä koskevasta perusteesta, jonka mukaan on *ilmeistä*, ettei kysymyksellä ole merkitystä asian ratkaisemisen kannalta, esim. asia C-308/06, Intertanko ym., tuomio 3.6.2008 (Kok., s. I-4057, 31 ja 32 kohta); asia C-45/09, Rosenbladt, tuomio 12.10.2010 (Kok., s. I-9391, 32 ja 33 kohta) ja yhdistetyt asiat C-509/09 ja C-161/09, eDate Advertising, tuomio 25.10.2011 (Kok., s. I-10269, 32 ja 33 kohta).

17 — Asia C-355/97, Beck ja Bergdorf, tuomio 7.9.1999 (Kok., s. I-4977, 22 kohta); edellä alaviitteessä 16 mainittu asia Rosenbladt, tuomion 33 kohta ja asia C-119/09, Société fiduciaire nationale d’expertise comptable, tuomio 5.4.2011 (Kok., s. I-2551, 21 kohta).

36. Julkisia hankintoja koskevia unionin oikeussääntöjä sovelletaan lähtökohtaisesti myös puolustusalalla. Tämä ilmeni jo riidanalaisen hankinnan ajankohtana direktiivin 2004/18 10 artiklasta. Tämä on vahvistettu 21.8.2011 jälkeen myös direktiivissä 2009/81. [18] Soveltamalla julkisia hankintoja koskevia unionin oikeussääntöjä vahvistetaan tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta unionin sisällä sekä edistetään sisämarkkinoiden toteuttamista. [19]

37. Samanaikaisesti unionin oikeudessa tunnustetaan kuitenkin jäsenvaltioiden oikeutettu intressi keskeisten turvallisuusetujensa turvaamiseen, mikä ilmaistaan erityisesti EY 296 artiklassa. Direktiivin 2004/18 10 artiklassa, jossa viitataan nimenomaisesti kyseiseen perustamissopimuksen määräykseen, ilmaistaan jännite, joka saattaa syntyä julkisten hankintojen yhteydessä sisämarkkinaperiaatteen ja kansallisten turvallisuusetujen välille.

38. Direktiivin 2004/18 10 artiklasta seuraa, luettuna yhdessä EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan kanssa, että jäsenvaltio voi poiketa julkisia hankintoja koskevista unionin oikeussäännöistä, jos ensinnäkin toimenpiteet liittyvät aseiden, ammusten ja sotatarvikkeiden kauppaan (ensimmäinen edellytys) ja jos toiseksi poikkeaminen julkisia hankintoja koskevista unionin oikeussäännöistä on tarpeen asianomaisen jäsenvaltion keskeisten turvallisuusetujen turvaamiseksi (toinen edellytys).

39. Kun otetaan huomioon perusvapauksien ja sisämarkkinaperiaatteen perustavanlaatuinen merkitys perustamissopimusten järjestelmässä, [20] näitä edellytyksiä on tulkittava EY 296 artiklaa koskevan oikeuskäytännön mukaan suppeasti. [21]

1. Ensimmäinen edellytys: Sotilastavarat

40. EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan alkuosaa sovelletaan aseisiin, ammuksiin ja sotatarvikkeisiin – lyhyemmin: *sotilastavarat*. Neuvosto on vahvistanut vuoden 1958 luettelossa, mitä tuoteryhmiä siinä yksityiskohtaisemmin tarkoitetaan.

41. Yhdyn Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen (aikanaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin) [22] näkemykseen, jonka mukaan EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan asiallisesta soveltamisalasta määrätään tyhjentävästi vuoden 1958 luettelossa, johon EY 296 artiklan 2 kohdassa nimenomaisesti viitataan. [23] Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittasi perustellusti siihen, että EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan poikkeussääntelyä ei sovelleta toimintoihin, jotka koskevat muita tavaroita kuin sotilastavaroita, jotka mainitaan vuoden 1958 luettelossa. [24]

18 — Ks. erityisesti direktiivin 2004/18 10 artikla, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 2009/81, sekä direktiivin 2009/81 2 artikla ja direktiivin 2009/81 johdanto-osan kymmenennen perustelukappaleen ensimmäinen virke.

19 — Direktiivin 2004/18 johdanto-osan toinen perustelukappale; samansuuntaisesti hankintalainsäädännön yhteensovittamisesta annettuja eri direktiivejä koskeva unionin tuomioistuimen vakiintunut oikeuskäytäntö, ks. esim. asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok., s. I-8035, 16 kohta); asia C-507/03, komissio v. Irlanti, tuomio 13.11.2007 (Kok., s. I-9777, 27 kohta) ja asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007 (Kok., s. I-11173, 38 kohta).

20 — Ks. EU 2 artikla ja EY 3 artiklan 1 kohdan c alakohta (sittemmin SEU 3 artiklan 3 kohdan ensimmäinen virke).

21 — Edellä alaviitteessä 2 mainitut asia komissio v. Espanja, tuomion 21 kohta; asia komissio v. Suomi, tuomion 46 kohta; asia komissio v. Ruotsi, tuomion 44 kohta; asia komissio v. Saksa, tuomion 69 kohta; asia C-387/05, komissio v. Italia, tuomion 46 kohta; asia komissio v. Kreikka, tuomion 51 kohta; asia komissio v. Tanska, tuomion 52 kohta; asia C-239/06, komissio v. Italia, tuomion 47 kohta ja asia komissio v. Portugali, tuomion 63 kohta.

22 — Ks. asia T-26/01, Fiocchi munizioni v. komissio, tuomio 30.9.2003 (Kok., s. II-3951).

23 — Tämä ei kuitenkaan sulje pois sitä, että luetteloa tulkitaan ja sovelletaan ajanmukaisesti, jotta otettaisiin kulloinenkin ajankohtainen kehitys huomioon. Kuten direktiivin 2009/81 johdanto-osan kymmenennestä perustelukappaleesta ilmenee, luettelo on kuitenkin ”yleisluonteinen, ja sitä on tulkittava laajasti tekniikan kehityksen, hankintapolitiikkojen ja sellaisten sotilaallisten vaatimusten perusteella, jotka johtavat uudentyyppisen kaluston kehittämiseen” (vastaavasti alaviitteessä 15 mainittu komission tiedonanto, 3 jakso). Siten luetteloa ei sovelleta ainoastaan vuonna 1958 tunnettuihin sotilastavaroihin vaan myös jäsenvaltioiden puolustusvoimissa nykyään käytettäviin sotilastavaroihin, mikäli ne kuuluvat luettelossa kuvattuihin ryhmiin.

24 — Edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Fiocchi munizioni v. komissio, tuomion 61 kohta.

42. Poikkeaminen direktiivissä 2004/18 säädetystä hankintamenettelystä EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla edellyttää siis ensinnäkin, että riidanalaisen kääntöpöytälaitteiston kaltainen tavara on ylipäänsä luokiteltavissa johonkin vuoden 1958 luettelossa mainituista tuoteryhmistä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen, joka yksin vastaa tosiseikaston määrittämisestä ja arvioimisesta, on tutkittava ja arvioitava tämä yksityiskohtaisesti.

43. Koska edellä mainitulla kääntöpöytälaitteistolla on Suomen puolustusvoimien antamien tietojen perusteella tarkoitus tehdä elektromagneettisia mittauksia sekä simuloida ja harjoitella sotilaallisia vastatoimia maalinosoitusta vastaan, kyseessä voisi olla aseiden testaamiseen ja valvontaan tarkoitetun laitteen osa (vuoden 1958 luettelon 15 kohta luettuna yhdessä 11 ja 14 kohdan kanssa). Teoriassa kääntöpöytälaitteistoa voitaisiin pitää lisäksi asemanilmaisimen tai seurantalaitteen osana (vuoden 1958 luettelon 5 kohdan b ja c alakohta, luettuna yhdessä 14 kohdan kanssa). [25]

44. Tosin pelkästään se, että kääntöpöytälaitteisto mahdollisesti kuuluu johonkin vuoden 1958 luettelon tuoteryhmistä, ei sellaisenaan vielä ole hyväksyttävä syy poiketa julkisia hankintoja koskevista unionin oikeussäännöistä. Tietyn tavaran mainitseminen vuoden 1958 luettelossa on näet kyllä välttämätön mutta ei riittävä edellytys vetoamiselle direktiivin 2004/18 10 artiklaan, luettuna yhdessä EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan alkuosan kanssa.

45. EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan alkuosan soveltaminen edellyttää lisäksi, että asianomainen tavara on *tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön*. [26] Tämä seuraa vastakohtaispäätelmänä kyseisen määräyksen loppuosasta, jossa puhutaan tuotteista, joita ”ei ole tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön”. Vuoden 1958 luettelo sisältää myös lukuisia muotoiluja, joista ilmenee, että EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettua tavaraa ei pidä luokitella ainoastaan yleisluonteisesti tiettyyn tuoteryhmään vaan sen on lisäksi oltava tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön. [27] Tämän on unionin lainsäätäjäkin hiljattain vahvistanut. [28]

46. Sitä, onko tavara tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön, ei voida päätellä yksinomaan siitä, että ostajana on jäsenvaltion puolustusvoimat tai että muut viranomaiset hankkivat tavaran puolustusvoimille. Muutoin jokaisesta lyijykynästä voisi tulla sotilastavara vain sen vuoksi, että puolustusvoimat hankkivat sen. Tämä olisi ristiriidassa EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan suppean tulkinnan vaatimuksen kanssa ja aiheuttaisi haittaa sisämarkkinaperiaatteelle.

47. Sekään ei riitä, että kyseessä on tavara, joka ainoastaan *soveltuu* nimenomaan sotilaalliseen käyttöön ja jota siten *mahdollisesti* käytetään sotilaallisesti. Tässä tarkoituksessa niin sanotussa Agusta-tapauksessa todettiin, että Italian valtion monivuotinen käytäntö hankkia helikoptereita ilman edeltävää hankintamenettelyä ei kuulunut EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltamisalaan, koska ne oli joka tapauksessa tarkoitettu siviilikäyttöön ja niitä voitiin vain mahdollisesti käyttää sotilastarkoituksiin. [29]

25 — Luokitteleminen vuoden 1958 luettelon 5 kohtaan edellyttää, että kyseessä ovat ”sotilaskäyttöön tarkoitetut tulenjohtolaitteet”. Liittymä ”tulenjohtoon” voitaisiin lähtökohtaisesti nähdä siinä, että riidanalaista kääntöpöytälaitteistoa on tarkoitus käyttää ”elektronisen sodankäynnin” osalta ”maalinosoituksen” simuloinnissa ja harjoituksessa, ja viime kädessä sillä on tarkoitus harjoitella ”vastatoimia yläuhkakulmilta tapahtuvaa tiedustelua” vastaan. Ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet tahot eivät tosin viitanneet unionin tuomioistuimen suullisessa käsittelyssä tällaiseen tulenjohtoa koskevaan yhteyteen.

26 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu ns. Agusta-tapaus, tuomion 47 kohta ja asia C-157/06, komissio v. Italia, tuomio 2.10.2008 (Kok., s. I-7313, 26 kohta).

27 — Ks. esim. vuoden 1958 luettelon 5 ja 11 kohta (”sotilaskäyttöön”) ja 14 kohta (”jos ne ovat luonteeltaan sotilaallisia”).

28 — ”[Vuoden 1958 luetteloon] sisältyy ainoastaan kalusto, joka on suunniteltu, kehitetty ja tuotettu erityisesti sotilaallisiin tarkoituksiin” (direktiivin 2009/81 johdanto-osan kymmenennen perustelukappaleen toinen virke).

29 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu ns. Agusta-tapaus, erityisesti tuomion 48 ja 49 kohta; ks. myös edellä alaviitteessä 26 mainittu asia komissio v. Italia, tuomio 2.10.2008, 27 kohta.

48. EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltaminen edellyttää, että kyseessä on tavara, joka ei pelkästään sovellu mahdolliseen sotilaalliseen käyttöön vaan on *tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön* sekä subjektiivisessa että objektiivisessa mielessä. Asianomaisen tavaran ei siten pidä olla ainoastaan konkreettisen, hankintaviranomaisen määrittelemän käyttötarkoituksen mukaan [30] (eli *subjektiivisesti*) vaan myös rakenteensa ja ominaisuuksiensa mukaan [31] (eli *objektiivisesti*) tarkoitettu erityisesti sotilaalliseen käyttöön.

49. Jotkin tavarat lienee jo ensi arviolta tarkoitettu tällä tavoin nimenomaan sotilaalliseen käyttöön. Voidaan ajatella esimerkiksi vuoden 1958 luettelossa mainittuja panssarintorjunta-aseita, pommeja ja sota-aluksia. [32] Ne ovat laitteita, jotka on suunniteltu pelkästään sotilaallisiin tarkoituksiin (objektiivinen käyttötarkoitus) ja jotka hankintaviranomaiset hankkivat yksinomaan sotilaallisiin tarkoituksiin (subjektiivinen käyttötarkoitus).

50. Muiden tavaroiden, kuten esimerkiksi vuoden 1958 luettelossa mainittujen sotilasajoneuvojen, ilma-alusten, sotilasräjähteiden, ammusten ja telemetristen laitteiden on sitä vastoin osoitettava olevan konkreettisesti tarkoitettuja nimenomaan sotilaalliseen käyttöön, [33] koska myös käyttö siviilitarkoituksiin on mahdollinen.

51. Tilanne on juuri tällainen nyt käsiteltävässä asiassa.

52. Pitää varmasti paikkansa, että riidanalaisella kääntöpöytälaitteistolla oli *subjektiivisesti* erityinen sotilaallinen käyttötarkoitus: sitä on hankintaviranomaisen mukaan tarkoitus käyttää sotilaallisten tilanteiden simulointiin ja maalinosoituksen harjoitteluun Suomen puolustusvoimissa. Tältä osin nyt käsiteltävä asia siis eroaa niin sanotusta Agusta-tapauksesta, jossa hankituille tavaroille ei kyetty toteamaan mitään erityistä sotilaallista käyttötarkoitusta. [34]

53. Siitä, onko kääntöpöytälaitteisto tavara, jolla on erityinen sotilaallinen käyttötarkoitus, on kuitenkin *objektiivisessa mielessä* vakavia epäilyjä. Ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet osapuolet eivät tosin olleet suullisessa käsittelyssä yhtä mieltä siitä, löytyisikö nyt käsiteltävän kaltaiselle kääntöpöytälaitteistolle siviilimarkkinoilta vielä ostajaa, jos puolustusvoimat myisi sen myöhemmin. Ainoastaan kansallisen tuomioistuimen antamat tiedot ovat kuitenkin ennakkoratkaisumenettelyssä ratkaisevia, [35] ja niiden mukaan tällaisille kääntöpöytälaitteistoille on siviilimarkkinoilla pääosin samanlaisia teknisiä sovelluksia. Samoin InsTiimi esittää – ilman että tätä olisi kiistetty –, että kääntöpöytiä voitaisiin käyttää myös siviilimarkkinoilla ja että ne olisi jopa alun perin suunniteltu siviilitarkoituksiin ja vasta myöhemmin ylipäänsä muutettu sotilaallisiin tarkoituksiin soveltuviksi.

54. Tällaisten tavaroiden, jotka on aluksi suunniteltu siviilitarkoituksiin mutta jotka on myöhemmin muutettu sotilaallisia tarkoituksia varten, ei unionin lainsäätäjän tahdon mukaisesti [36] pitäisi lähtökohtaisesti jäädä julkisia hankintoja koskevien unionin menettelysääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. [37]

30 — Ks. jälleen edellä alaviitteessä 5 mainittu ns. Agusta-tapaus, erityisesti tuomion 48 ja 49 kohta, jotka koskevat hankintaviranomaisten määrittelemää käyttötarkoitusta.

31 — Samansuuntaisesti myös direktiivin 2009/81 johdanto-osan kymmenes perustelukappale, jonka mukaan vuoden 1958 luetteloon ”sisältyy ainoastaan kalusto, joka on *suunniteltu, kehitetty ja tuotettu* erityisesti sotilaallisiin tarkoituksiin” (kursivointi tässä); ks. myös edellä alaviitteessä 15 mainittu komission tiedonanto (3 jakso), jossa puhutaan tarvikkeista, ”jotka ovat *täysin sotilaallisluonteisia ja jotka on tarkoitettu yksinomaan sotilaalliseen käyttöön*” (kursivointi myös alkuperäistekstissä).

32 — Vuoden 1958 luettelon 2 kohdan a alakohta, 4 kohta ja 9 kohdan a alakohta.

33 — Vuoden 1958 luettelon 3 kohta, 5 kohdan b alakohta, 6 kohta, 8 kohdan b alakohta ja 10 kohta.

34 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu ns. Agusta-tapaus, erityisesti tuomion 48 ja 49 kohta.

35 — Asia C-475/99, Ambulanz Glöckner, tuomio 25.10.2001 (Kok., s. I-8089, 10 kohta); yhdistetyt asiat C-482/01 ja C-493/01, Orfanopoulos ja Oliveri, tuomio 29.4.2004 (Kok., s. I-5257, 42 kohta) ja asia C-382/08, Neukirchinger, tuomio 25.1.2011 (Kok., s. I-139, 41 kohta).

36 — Direktiivin 2009/81 johdanto-osan kymmenennen perustelukappaleen viimeinen virke. Vaikka tämä toteamus perustuu lainsäädäntötoimeen, jota ei ajallisesti sovelleta nyt käsiteltävään asiaan, mikään ei näyttäisi olevan esteenä sille, että otetaan huomioon taustalla olevat arvioinnit, kun tulkitaan direktiiviä 2004/18, siinä muodossa kuin se on pääasian oikeudenkäynnin kannalta merkityksellisenä versiona. Kyseisessä kymmenennessä perustelukappaleessa selvennetään näet joka tapauksessa lähinnä vuoden 1958 luettelon merkitystä sellaisena kuin se oli jo aiemmin tulkittavissa.

37 — Täysin samalla tavalla oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltio ei voi vedota EY 296 artiklaan voidakseen tuoda maahan tullivapaasti laitteen, jota käytetään sekä siviilitarkoituksiin että sotilaallisiin tarkoituksiin, ”riippumatta siitä, onko viimeksi mainittu materiaali tuotu maahan käytettäväksi yksinomaan sotilaallisiin tarkoituksiin vai ei” (ks. tästä edellä alaviitteessä 2 mainitut asia komissio v. Ruotsi, tuomion 53 kohta ja asia C-387/05, komissio v. Italia, tuomion 55 kohta).

55. Ei voida tietenkään sulkea pois sitä, että nyt käsiteltävässä asiassa hankittua kääntöpöytää muutettaisiin sotilaallisen käyttötarkoituksensa takia niin oleellisesti, että siitä tulisi täysin toinen tuote kuin siviilialalla käytössä oleva. Tällainen muutos saatettaisiin tehdä esimerkiksi siinä yhteydessä, kun kääntöpöytä asennetaan erityisesti suunniteltuun ”avoimen tilan mittarataan” mittauksia, simulaatioita ja harjoituksia ”elektronista sodankäyntiä” varten.

56. Mikäli olisi tehty näin perustavanlaatuinen muutos – mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava – nyt käsiteltävä kääntöpöytä olisi saanut paitsi subjektiivisesti myös objektiivisesti erityisen sotilaallisen käyttötarkoituksen. Silloin (ja vain silloin) hankintaviranomainen olisi perustellusti luokitellut sen EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan alkuosassa tarkoitetuksi sotilastavaraksi.

57. Mikäli pääasian oikeudenkäynnissä sitä vastoin vahvistettaisiin kansallisen tuomioistuimen tähänastinen olettamus, jonka mukaan riidanalainen kääntöpöytälaitteisto ei rakenteeltaan ja ominaisuuksiltaan – myöskään osana erityistä laitetta, joka on tarkoitettu elektromagneettisiin mittauksiin ja sotilaallisten toimien simuloimiseen – olennaisesti poikkea kääntöpöydistä, joita tavallisesti käytetään siviilialalla, sillä ei olisi objektiivisesti erityistä sotilaallista käyttötarkoitusta, vaikka hankintaviranomainen olisi tarkoittanut ja hankkinut kääntöpöytälaitteiston erityiseen sotilaalliseen käyttötarkoitukseen.

58. Viimeksi mainitussa tapauksessa olisi nyt käsiteltävän kääntöpöydän hankkimisen yhteydessä pitänyt soveltaa unionin oikeudessa säädettyä hankintamenettelyä.

59. Yhteenvetona voidaan näin ollen todeta seuraavaa:

Hankinnan kohde, joka on hankintaviranomaisen antamien tietojen mukaan tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön mutta joka ei objektiiviselta kannalta oleellisesti poikkea samanlaisista siviilialalla käytettävistä tavaroista, ei voi jäädä direktiivissä 2004/18 säädetyn hankintamenettelyn ulkopuolelle EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin 10 artiklan kanssa.

2. Toinen edellytys: Keskeisten turvallisuusetujen turvaaminen

60. Siinäkin tapauksessa, että nyt käsiteltävän asian kohteena oleva kääntöpöytä pitäisi luokitella sotilastavaraksi (ensimmäinen edellytys EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltamiselle), korkeimman hallinto-oikeuden pitäisi vielä tutkia, oliko tässä tapauksessa poikkeaminen unionin oikeudessa säädetystä hankintamenettelystä tarpeen Suomen keskeisten turvallisuusetujen turvaamiseksi (toinen edellytys EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan soveltamiselle).

61. Unionin tuomioistuin on jo todennut, että pelkästään se, että jäsenvaltio vetoaa turvallisuusetuihinsa, ei ole vielä hyväksyttävä peruste poiketa unionin oikeudesta. [38]

62. Jäsenvaltioille on tosin annettava laaja harkintavalta keskeisten turvallisuusetujen määrittelemisessä; [39] tämän osoittaa jo sanojen ”jotka se katsoo tarpeellisiksi” käyttö EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdassa. Kansallisilla viranomaisilla on kuitenkin todistustaakka siitä, että tämän säännöksen edellytykset täyttyvät. [40]

38 — Edellä alaviitteessä 2 mainitut asia komissio v. Suomi, tuomion 47 kohta; asia komissio v. Ruotsi, tuomion 45 kohta; asia komissio v. Saksa, tuomion 70 kohta; asia C-387/05, komissio v. Italia, tuomion 47 kohta; asia komissio v. Kreikka, tuomion 52 kohta; asia komissio v. Tanska, tuomion 53 kohta; asia C-239/06, komissio v. Italia, tuomion 48 kohta ja asia komissio v. Portugali, tuomion 64 kohta.

39 — Edellä alaviitteessä 22 mainittu asia Fiocchi munizioni v. komissio, tuomion 58 kohta; samoin alaviitteessä 15 mainittu komission tiedonanto, jonka mukaan on ”tunnustettu, että [EY 296 artikla] antaa jäsenvaltioille suuren harkintavallan” niiden päättäessä siitä, miten ne turvaavat keskeiset turvallisuusetunsa (tiedonannon 4 jakso), ja ”keskeisten turvallisuusetujen määrittely on jäsenvaltioiden etuoikeus” (tiedonannon 5 jakso).

40 — Edellä alaviitteessä 2 mainitut asia komissio v. Espanja, tuomion 22 ja 24 kohta; asia komissio v. Ruotsi, tuomion 47 kohta; asia komissio v. Suomi, tuomion 49 kohta; asia komissio v. Saksa, tuomion 72 kohta; asia C-387/05, komissio v. Italia, tuomion 49 kohta; asia komissio v. Kreikka, tuomion 54 kohta; asia komissio v. Tanska, tuomion 55 kohta; asia C-239/06, komissio v. Italia, tuomion 50 kohta ja asia komissio v. Portugali, tuomion 66 kohta.

63. Kuten komissio on perustellusti esittänyt, hankintaviranomaisen pitäisi nyt käsiteltävässä asiassa osoittaa, että Suomen keskeisten turvallisuusetujen turvaamiseksi poikkeaminen direktiivissä 2004/18 säädetystä hankintamenettelystä oli tarpeen [41] ja suhteellisuusperiaatteen mukaista. [42]

64. Tästä on huomautettava, että mahdollinen tiettyjen sotilaallisten tietojen salassapitotarve ei sellaisenaan vielä estä turvautumista kilpailuttamiseen hankintasopimuksen tekemiseksi. [43] Myös hankintamenettelyssä, sellaisena kuin siitä säädetään unionin oikeudessa, voidaan nimittäin toteuttaa tarpeelliset varotoimet arkaluonteisten tietojen suojaamiseksi. [44]

65. Lisäksi hankintaviranomainen on tässä tapauksessa InsTiimin antamien tältä osin riidattomien tietojen perusteella ilmeisesti kertonut hankinnan kohteesta ja kääntöpöytälaitteiston toimintatavasta perusteellisesti eräässä suomalaisessa sanomalehdessä. Tässä tilanteessa vaikuttaa pikemminkin kaukaa haetulta, että hankintamenettelyyn olisi voinut liittyä perusteltu Suomen valtion salassapitointressi.

66. Tiettyjä poikkeamisia unionin oikeudessa säädetystä hankintamenettelystä voidaan tosin perustella sillä, että jäsenvaltio ei halua julkistaa automaattisesti turvallisuuteen liittyviä tietoja ulkomaisille tai ulkomaalaisessa määräysvallassa oleville yrityksille varsinkaan silloin, jos kyseessä ovat kolmansien maiden yritykset tai niistä tulevat henkilöt. Jäsenvaltio voi myös hyväksyttävällä tavalla huolehtia siitä, että se ei joudu varusteluhankinnoissaan riippuvaiseksi kolmansista maista tai kolmansien maiden yrityksistä. Tšekin hallitus on perustellusti viitannut näihin molempiin seikkoihin.

67. Tällaisista hankintaviranomaisen taholta esitetyistä turvallisuusseikoista ei ole nyt käsiteltävässä asiassa – ilmeisesti – myöskään mitään näyttöä. Kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin viime kädessä arvioitava kaikkea tätä kaikkien tapaukseen liittyvien seikkojen kattavan arvioinnin perusteella.

VI Ratkaisuehdotus

68. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa korkeimman hallinto-oikeuden kysymyksiin seuraavasti:

Hankinnan kohde, joka on hankintaviranomaisen antamien tietojen mukaan tarkoitettu nimenomaan sotilaalliseen käyttöön mutta joka ei objektiiviselta kannalta oleellisesti poikkea samanlaisista siviilialalla käytettävistä tavaroista, ei voi jäädä direktiivissä 2004/18/EY säädetyn hankintamenettelyn ulkopuolelle EY 296 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella, luettuna kyseisen direktiivin 10 artiklan kanssa.

41 — Ks. myös edellä alaviitteessä 15 mainittu komission tiedonanto, 3 jakso.

42 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu ns. Agusta-tapaus, erityisesti tuomion 53 kohta ja alaviitteessä 26 mainittu asia komissio v. Italia, tuomio 2.10.2008, 31 kohta; samoin edellä alaviitteessä 15 mainittu komission tiedonanto (5 jakso), jonka mukaan on esitettävä, miksi julkisia hankintoja koskevan direktiivin noudattamatta jättäminen kyseessä olevassa erityisessä tapauksessa on *välttämätöntä* tämän keskeisen turvallisuusedun turvaamiseksi.

43 — Edellä alaviitteessä 5 mainittu ns. Agusta-tapaus, erityisesti tuomion 52 kohta ja alaviitteessä 26 mainittu asia komissio v. Italia, tuomio 2.10.2008, 30 kohta.

44 — Ks. hankintaviranomaisen salaisiksi luokittelemien tietojen luottamuksellisesta käsittelystä erityisesti direktiivin 2009/81 7, 20 ja 22 artikla ja tarjoajien antamien tietojen luottamuksellisuudesta esim. direktiivin 2004/18 6 artikla ja direktiivin 2009/81 6 artikla sekä asia C-450/06, Varec, tuomio 14.2.2008 (Kok., s. I-581).