Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 19 januari 2012 [1]

Mål C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

(begäran om förhandsavgörande från Korkein hallinto-oikeus, Finland)

”Offentlig upphandling av varor — Artikel 10 i direktiv 2004/18/EG — Artikel 296 EG — Skyddande av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen — Handel med krigsmateriel — Varor som den upphandlande myndigheten särskilt införskaffar för militärändamål, men för vilka det finns långtgående liknande tekniska användningsmöjligheter på den civila marknaden — Svängbordsapparatur för elektromagnetiska mätningar”

I – Inledning

1. De förutsättningar under vilka medlemsstaterna, med avseende på försvar och försvarsmakt, får avvika från unionsrättsliga bestämmelser ger om och om igen upphov till rättsliga tvister. [2]

2. I förevarande fall har domstolen ombetts klargöra på vilka villkor som en medlemsstats försvarsmakt, med avvikelse från bestämmelserna i europeisk lagstiftning om offentlig upphandling, får tilldela kontrakt om offentlig upphandling av varor som är avsedda för militärt bruk.

3. Den finska försvarsmakten tilldelade år 2008 ett kontrakt om leverans av svängbordsapparatur [3] för elektromagnetisk forskning, vilken skulle användas inom ramen för ”elektronisk krigföring” vid simulering och övning av militära lägen. I samband med detta beaktade den finska försvarsmakten inte till fullo det upphandlingsförfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18/EG. [4]

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Se, till exempel, rättspraxis om kvinnors möjlighet att få anställning inom medlemsstaternas försvarsmakter (dom av den 26 oktober 1999 i mål C-273/97, Sirdar, REG 1999, s. I-7403, och av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil, REG 2000, s. I-69), mäns värnplikt (dom av den 11 mars 2003 i mål C-186/01, Dory, REG 2003, s. I-2479), mervärdesskatt på vapen (dom av den 16 september 1999 i mål C-414/97, kommissionen mot Spanien, REG 1999, s. I-5585) och om tullklarering av militär utrustning (domar av den 15 december 2009 i mål C-284/05, kommissionen mot Finland, REU 2009, s. I-11705, i mål C-294/05, kommissionen mot Sverige, REU 2009, s. I-11777, i mål C-372/05, kommissionen mot Tyskland, REU 2009, s. I-11801, i mål C-387/05, kommissionen mot Italien, REU 2009, s. I-11831, i mål C-409/05, kommissionen mot Grekland, REU 2009, s. I-11859, i mål C-461/05, kommissionen mot Danmark, REU 2009, s. I-11887, och i mål C-239/06, kommissionen mot Italien, REU 2009, s. I-11913, samt av den 4 mars 2010 i mål C-38/06, kommissionen mot Portugal, REU 2010, s. I-1569).

3 — På engelska *tiltable turntable*.

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

4. En finsk domstol önskar få klarhet i hur den undantagsbestämmelse för offentlig upphandling på försvarsområdet som följer av artikel 10 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 296 EG (nu artikel 346 FEUF) ska förstås. Med utgångspunkt i domen i målet Agusta [5] ska domstolen i svaret på förevarande begäran om förhandsavgörande särskilt klargöra huruvida varor kan anses vara ”avsedda speciellt för militärändamål” när de inte bara kan användas för militärändamål utan även, i omfattande utsträckning, kan användas på ett liknande sätt för civila ändamål.

5. Till skillnad från den helikopter som det rörde sig om i det ovannämnda målet Agusta har den upphandlande myndigheten införskaffat den omtvistade svängbordsapparaturen för rent militära ändamål. Det rör sig därmed inte om ett ”Dual-use-föremål” i begreppets snävare innebörd. Enligt beslutet om hänskjutande är det emellertid fullt tänkbart att privata inrättningar och företag skulle kunna ha användning för svängbordsapparatur som den här aktuella.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionslagstiftningen*

6. De unionsrättsliga ramarna för detta mål fastställs i artikel 10 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 296 EG.

7. Under rubriken ”Upphandling på försvarsområdet” fastställer artikel 10 i direktiv 2004/18, i sin ursprungliga lydelse, [6] tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling enligt följande:

”Detta direktiv skall tillämpas på offentliga kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, med förbehåll för artikel 296 i fördraget.”

8. Artikel 296 EG (tidigare artikel 223 i EEG-fördraget) hade fram till dess att den ersattes av artikel 346 FEUF med anledning av ikraftträdandet av Lissabonfördraget [7] följande lydelse:

”Bestämmelserna i detta fördrag skall inte hindra tillämpningen av följande regler:

…

b) Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

2) Rådet får på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1b skall tillämpas.”

9. Rådets beslut 255/58 av den 15 april 1958, genom vilken den i artikel 296.2 EG nämnda listan fastställdes (nedan även kallad 1958 års lista), har i utdrag följande lydelse [8]:

”Bestämmelserna i artikel 223.1 b i fördraget ska tillämpas på nedan förtecknade vapen, ammunition och krigsmateriel, inklusive vapen som konstruerats för att använda kärnenergi.

5 — Dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien (”Agusta”) (REG 2008, s. I-2173), punkt 47.

6 — Lydelsen av artikel 10 i direktiv 2004/18 ändrades genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, s. 76). Den nya lydelsen trädde emellertid i kraft först den 21 augusti 2009, och medlemsstaterna hade till den 21 augusti 2011 på sig att införliva nämnda lydelse (se artiklarna 72.1 och 74 i direktiv 2009/81), vilket innebär att den inte är tillämplig i förevarande mål.

7 — Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009.

8 — Detta beslut offentliggjordes inte i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, men återges i utdrag i Europeiska unionens råds dokument nr 14538/4/08 av den 26 november 2008, vilket allmänheten kan ta del av via rådets webbsida på följande adress: http://register.consilium.europa.eu/ (senast besökt den 12 december 2011). Därutöver återger kommissionen innehållet i nämnda lista i ett svar på en fråga i parlamentet (svar av den 27 september 2001 på parlamentsledamot Bart Staes skriftliga fråga E-1324/01 (EGT C 364 E, s. 85).

…

5. Militär eldledningsutrustning:

a) Avfyringsdatorer, fjärrstyrningssystem i infraröda och andra anordningar för mörkerfjärrstyrning.

b) Avståndsmätare, positionsangivare, höjdmätare.

c) Gyroskopiska, optiska och akustiska elektroniska målföljningskomponenter.

d) Bombsikten och kanonsikten, periskop för den utrustning som anges i denna förteckning.

…

11. Elektronisk utrustning för militärt bruk.

…

14. Specialdelar och materielartiklar som upptas i denna förteckning i den utsträckning som de är av militär art.

15. Maskiner, utrustning och artiklar som uteslutande utformats för studier, tillverkning, testning och kontroll av vapen, ammunition och apparatur för uteslutande militär användning, som upptas i denna förteckning.”

10. Därtill kommer att följande anges i skäl 10 i direktiv 2009/81: ”I detta direktiv bör med militär utrustning särskilt avses de produkttyper som tas upp i förteckningen över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958 … och endast vid införlivandet av detta direktiv får medlemsstaterna välja att uteslutande använda sig av den förteckningen. Denna förteckning omfattar endast utrustning som är utformad, framtagen och framställd speciellt för militär användning. Förteckningen är emellertid generisk och ska tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning utvecklas, exempelvis på grundval av unionens gemensamma militära förteckning. I detta direktiv bör begreppet militär utrustning också omfatta produkter som, även om de ursprungligen utformades för civilt bruk, senare har anpassats efter militära syften för att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.”

B – *Nationell rätt*

11. I Finland införlivades direktiv 2004/18 genom lag nr 348/2007 om offentlig upphandling,[9] vars tillämpningsområde begränsas på följande sätt i 7 § 1:

”Denna lag tillämpas inte på upphandling

1) som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter lagstadgade särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av centrala statliga säkerhetsintressen,

2) vars föremål huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk, …”

12. Därutöver ska enligt en föreskrift som antogs av det finska försvarsministeriet den 28 maj 2008 vid tilldelning av kontrakt som avser förvärv av försvarsrelaterad materiel tills vidare bland annat försvarsministeriets föreskrift nr 76 av den 17 mars 1995 beaktas.

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

13. I 1 § i nämnda föreskrift nr 76 definieras vad som utgör en vara eller tjänst som huvudsakligen är avsedd för militärt bruk på vilken lagen om offentlig upphandling inte tillämpas. Detta gäller särskilt för ”specialutrustning för militär verksamhet och militär utbildning eller simulering av militära lägen samt speciellt till dem planerade komponenter, tilläggsanordningar och utrustning”, såsom följer av 1 § jämförd med bokstaven M i bilagan till denna föreskrift.

III – Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

14. År 2008 genomförde finska försvarsmaktens tekniska forskningsanstalt[10] ett upphandlingsförfarande i avsikt att införskaffa svängbordsapparatur för elektromagnetiska mätningar till ett värde av 1 650 000 euro. I samband härmed begärde nämnda myndighet den 5 februari 2008 in anbud från fyra företag. Ett av företagen var ingenjörsfirman Insinööritoimisto InsTiimi Oy (nedan kallad InsTiimi).

15. Kontraktet tilldelades inom ramen för ett förfarande vilket enligt uppgifter i beslutet om hänskjutande skiljde sig från det i direktiv 2004/18 föreskrivna upphandlingsförfarandet. InsTiimi anser att myndigheten var skyldig att genomföra upphandlingsförfarandet i enlighet med bestämmelserna i direktiv 2004/18 och överklagade därför till finsk domstol. I förfarandet deltog även den finska försvarsmakten företrädd av generalstaben.[11]

16. Domstolen i första instans, Markkinaoikeus,[12] avslog InsTiimis överklagande. Markkinaoikeus ansåg att det hade visats att den aktuella svängbordsapparaturen i huvudsak var avsedd för militärändamål och att den upphandlande myndigheten uteslutande avsåg att använda den för sådana ändamål. Markkinaoikeus fastställde därför att det omtvistade kontraktet omfattades av undantagsbestämmelsen i 7 § 1 punkt 2 i lagen om upphandling.

17. InsTiimi överklagade denna dom till Korkein hallinto-oikeus,[13] som är den hänskjutande domstolen, och målet är numera anhängigt vid denna andra instans.

18. Vid Korkein hallinto-oikeus har InsTiimi anfört att svängbordet är en teknisk innovation som härrör från den civila sektorn och inte är tänkt att utgöra militär utrustning. Svängbordet kan inom forskningen användas generellt som hjälpapparatur och underlag och medför som sådant inga nya insikter om själva forskningsföremålet. Det tekniska genomförandet av den omtvistade upphandlingen bygger på montering av materieldelar, komponenter och installationer som är fritt tillgängliga på marknaden, och den härtill kopplade planläggningen omfattar ett ändamålsenligt urval och sammanfogande av komponenter så att det motsvarade upphandlingens specifikationer.

19. Häremot har försvarsmakten vid Korkein hallinto-oikeus anfört att svängbordet som upphandlades var avsett speciellt för militärändamål och särskilt för att simulera militära lägen. Svängbordet skulle användas för att simulera och öva militära motåtgärder mot luftspaning från vissa vinklar samt målsökning. Den sensor som simulerar hotet kan endast placeras i den vinkel som motsvarar hotet, varvid målet, till exempel en stridsvagn som placerats på svängbordet, med hjälp av svängbordet lutas i rätt vinkel.

20. Svängbordet utgör enligt försvarsmakten en väsentlig beståndsdel av den utomhusmätbana som försvarsmakten skulle uppföra för mätningar, simulering och övningar inom elektronisk krigföring och hade utformats för forskning på vapen för militära ändamål. Svängbordet utgör en sådan produkt som avses i bokstav M i bilagan till försvarsministeriets föreskrift nr 76.

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Marknadsdomstolen.

13 — Högsta förvaltningsdomstolen.

IV – Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

21. Genom beslut av den 13 december 2010 beslutade Korkein hallinto-oikeus att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande fråga till domstolen för ett förhandsavgörande:

”Ska direktiv 2004/18/EG, med beaktande av artikel 10 i detta direktiv, artikel 346.1 b FEUF och den lista över vapen, ammunition och krigsmateriel som rådet antog den 15 april 1958, tillämpas på en upphandling som i övrigt omfattas av direktivet, när föremålet för upphandlingen enligt den upphandlande myndigheten ska användas för militärändamål, men det finns långtgående liknande tekniska användningsmöjligheter för föremålet på den civila marknaden?”

22. I förfarandet vid domstolen har jämte de båda parterna i målet vid den nationella domstolen (InsTiimi och försvarsmakten) den finska, den tjeckiska och den portugisiska regeringen samt Europeiska kommissionen yttrat sig skriftligen. Med undantag för den tjeckiska och den portugisiska regeringen deltog samtliga också i den muntliga förhandlingen den 12 december 2011.

V – Rättslig bedömning

23. Tolkningen av artikel 296 EG (nu artikel 346 FEUF), till vilket det hänvisas i artikel 10 i direktiv 2004/18, är central för svaret på förevarande begäran om förhandsavgörande.

24. Enligt första delen av artikel 296.1 b EG får en medlemsstat ensidigt [14] vidta åtgärder som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Direktiv 2004/18 tar i artikel 10 utgångspunkt häri vad avser syftet med definitionen av direktivets tillämpningsområde.

25. Såsom kommissionen med rätta uppgett och även den finska regeringen medgett ska två kumulativa förutsättningar vara uppfyllda för att ensidiga nationella åtgärder ska kunna vidtas med stöd av första delen av artikel 296.1 b EG:

— För det första ska det vara fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel.

— För det andra ska medlemsstaten anse att åtgärderna är nödvändiga för att skydda medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen.

26. I sin begäran om förhandsavgörande inriktar sig den hänskjutande domstolen särskilt på den första förutsättningen. Nämnda domstol sysselsätter sig framför allt med uttrycket ”varor som … är avsedda speciellt för militärändamål”. Den andra förutsättningen kan emellertid inte helt ignoreras, vare sig vid bedömningen av om begäran om förhandsavgörandes kan tas upp till prövning (se avsnitt A) eller vid bedömningen av den ställda frågans innehåll (se avsnitt B). Jag kommer därför att beakta även den andra förutsättningen, i den mån som detta är nödvändigt, vilket för övrigt flera av deltagarna i rättegången också har gjort, inte minst vid den muntliga förhandlingen.

A – *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning*

27. Den omständigheten att den hänskjutande domstolen i begäran om förhandsavgörande endast har tagit upp det första kriteriet i artikel 296.1 b EG (konceptet ”varor som … är avsedda speciellt för militärändamål”) utgör inte i sig ett skäl för att inte ta upp begäran om förhandsavgörande till prövning.

14 — Att det rör sig om ensidiga åtgärder fastställde domstolen tidigt i dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot ENEL (REG 1964, s. 1253, 1270).

28. Den fråga som hänskjutits till domstolen för ett förhandsavgörande måste emellertid anses vara hypotetisk om det står klart att det andra kumulativa kriteriet i artikel 296.1 b EG inte är uppfyllt i förevarande fall, det vill säga om avvikelsen från bestämmelserna om offentlig upphandling i direktiv 2004/18 inte kan motiveras av skäl som har med Finlands väsentliga säkerhetsintressen att göra. I förfarandet vid domstolen har tillräckliga belägg för att så är fallet inte framkommit.

29. Beslutet om hänskjutande innehåller inga uttömmande upplysningar vad avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten i förevarande fall har åberopat skyddandet av finska väsentliga säkerhetsintressen, i den mening som avses i andra kriteriet. Den hänskjutande domstolen har endast uppgett att försvarsmakten inte preciserade vilka väsentliga säkerhetsintressen som påverkades av införskaffandet av svängbordsapparaturen, på det sätt som rekommenderas av Europeiska kommissionen, [15] och varför det inte var möjligt att tillämpa direktiv 2004/18 i detta fall. Den finska regeringen och försvarsmaktens generalstab har gjort gällande att sådana säkerhetsintressen togs upp i förfarandet vid den nationella domstolen.

30. Den hänskjutande domstolen har dessutom betonat att InsTiimis överklagande ska avvisas för det fall det offentliga kontraktet inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 och lag nr 348/2007. För att detta ska kunna bedömas måste även klarhet uppnås med avseende på det första kriteriet (konceptet ”varor som … är avsedda speciellt för militärändamål”).

31. Under dessa omständigheter kan man inte utgå från att den ställda frågan *uppenbart* saknar betydelse för tvistens lösning. [16] Enligt fast rättspraxis bör man snarare utgå från att nämnda fråga har betydelse för tvistens lösning. [17]

32. Det saknas således inte anledning att ta upp begäran om förhandsavgörande till prövning.

B – *Bedömning av tolkningsfrågan i sak*

33. Den hänskjutande domstolen önskar med sin fråga i huvudsak få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18 kan lämnas utan beaktande vid tilldelning av ett offentligt kontrakt på försvarsområdet när föremålet för kontraktet speciellt ska användas för militärändamål, men det finns långtgående liknande tekniska användningsmöjligheter för föremålet på den civila marknaden.

34. Till grund för denna fråga ligger den omständigheten att sådan svängbordsapparatur som den här aktuella enligt InsTiimi i första hand och till övervägande del är användbar för civila, och inte för militära, ändamål. InsTiimi har inte motsagts på denna punkt.

35. Deltagarna i rättegången är långt ifrån eniga på denna punkt. InsTiimi och kommissionen anser att det var nödvändigt att beakta bestämmelserna i direktiv 2004/18 i förevarande fall, medan försvarsmakten och samtliga i rättegången deltagande regeringar är av uppfattningen att det var motiverat att avvika från nämnda direktiv enligt artikel 296.1 b EG.

15 — Den hänskjutande domstolen har hänvisat till kommissionens tolkningsmeddelande av den 7 december 2006 om tillämpningen av artikel 296 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen på området för försvarsupphandlingar (KOM(2006) 779 slutlig) (nedan kallat kommissionens meddelande).

16 — Se, vad avser en frågas *uppenbara* bristande betydelse för tvistens lösning såsom ett skäl för att inte ta upp frågan till prövning, bland annat dom av den 3 juni 2008 i mål C-308/06, Intertanko m.fl. (REG 2008, s. I-4057), punkterna 31 och 32, av den 12 oktober 2010 i mål C-45/09, Rosenbladt (REU 2010, s. I-9391), punkterna 32 och 33, och av den 25 oktober 2011 i de förenade målen C-509/09 och C-161/10, eDate Advertising (REU 2011, s. I-10269), punkterna 32 och 33.

17 — Dom av den 7 september 1999 i mål C-355/97, Beck och Bergdorf (REG 1999, s. I-4977), punkt 22, i det ovannämnda målet Rosenbladt (ovan fotnot 16), punkt 33, och av den 5 april 2011 i mål C-119/09, Société fiduciaire nationale d’expertise comptable (REU 2011, s. I-2551), punkt 21.

36. I princip är de unionsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt även tillämpliga på försvarsområdet. Detta framgick redan vid tidpunkten för tilldelningen av det omtvistade kontraktet av artikel 10 i direktiv 2004/18. För tiden efter den 21 augusti 2011 fastställs samma sak i direktiv 2009/81.[18] Tillämpningen av de unionsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt stärker den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen och gynnar förverkligandet av den gemensamma marknaden.[19]

37. Samtidigt erkänner unionsrätten att medlemsstaterna har ett berättigat intresse av att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen. Detta kommer särskilt till uttryck i artikel 296 EG. I artikel 10 i direktiv 2004/18, i vilket det uttryckligen hänvisas till ovannämnda fördragsbestämmelse, kommer det konkurrensförhållande som uppstår mellan principen om en gemensam marknad och nationella säkerhetsintressen vid tilldelning av offentliga kontrakt till uttryck.

38. Av artikel 10 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 296.1 b EG följer att en medlemsstat kan avvika från de unionsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt när, för det första, fråga är om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel (första kriteriet) och, för det andra, medlemsstaten anser att det är nödvändigt att avvika från de unionsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen (andra kriteriet).

39. Med beaktande av den fundamentala vikt som de grundläggande friheterna och principen om en gemensam marknad ska tillmätas inom ramen för fördragssystemet[20] ska dessa kriterier i enlighet med den rättspraxis som avser artikel 296 EG tolkas snävt.[21]

1. Första kriteriet: Militär vara

40. Första delen av artikel 296.1 b EG är tillämplig på vapen, ammunition och krigsmateriel (kort sagt på *militära varor*). Vilka kategorier av föremål som avses i det enskilda fallet har rådet fastställt i 1958 års lista.

41. Jag delar Europeiska unionens tribunals uppfattning (vid tidpunkten i fråga: förstainstansrätten),[22] enligt vilken det faktiska tillämpningsområdet för artikel 296.1 b EG uttömmande fastställs i 1958 års lista, till vilken det uttryckligen hänvisas i artikel 296.2 EG.[23] Domstolen har med rätta uppgett att undantagsbestämmelsen i artikel 296.1 b EG inte ska tillämpas på verksamheter som avser andra varor än de som är avsedda för militärändamål och som anges i 1958 års lista.[24]

18 — Se särskilt artikel 10 i direktiv 2004/18 i dess lydelse enligt direktiv 2009/81 och artikel 2 i direktiv 2009/81 samt första meningen i skäl 10 i direktiv 2009/81.

19 — Skäl 2 i direktiv 2004/18. Se, för motsvarande resonemang i domstolens fasta rättspraxis rörande olika direktiv om samordning av rätten om offentlig upphandling, bland annat dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, I-8035), punkt 16, av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland (REG 2007, s. I-9777), punkt 27, och av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl. (REG 2007, s. I-11173), punkt 38.

20 — Se hittills artiklarna 2 EU och 3.1 c EG (se hädanefter artikel 3.3 första meningen EUF).

21 — Domarna i de i fotnot 2 ovan nämnda målen C-414/97, kommissionen mot Spanien, punkt 21, C-284/05, kommissionen mot Finland, punkt 46, C-294/05, kommissionen mot Sverige, punkt 44, C-372/05, kommissionen mot Tyskland, punkt 69, C-387/05, kommissionen mot Italien, punkt 46, C-409/05, kommissionen mot Grekland, punkt 51, C-461/05, kommissionen mot Danmark, punkt 52, C-239/06, kommissionen mot Italien, punkt 47, och C-38/06, kommissionen mot Portugal, punkt 63.

22 — Se förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-26/01, Fiocchi munizioni mot kommissionen (REG 2003, s. II-3951).

23 — Detta utesluter emellertid inte att listan tolkas och används på ett tidsenligt sätt för att ta den vid varje tidpunkt aktuella utvecklingen i beaktande. Såsom följer av skäl 10 i direktiv 2009/81 rör det sig nämligen om en ”generisk lista som ska tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning utvecklas” (formuleringen påminner om den i kommissionens meddelande (fotnot 15 ovan), avsnitt 3). Listan är därmed inte bara tillämplig på de militära varor som förekom år 1958, utan även på de varor som medlemsstaternas försvarsmakter använder i dag, i den mån som de omfattas av de kategorier som beskrivs i listan.

24 — Domen i det i fotnot 22 ovan nämnda målet Fiocchi munizioni mot kommissionen, punkt 61.

42. För att en avvikelse, med stöd av artikel 296.1 b EG, från det upphandlingsförfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18 ska vara möjligt krävs således för det första att en vara som den omtvistade svängbordsapparaturen över huvud taget omfattas av en av de kategorier av föremål som tas upp i 1958 års lista. Det ankommer på den hänskjutande domstolen, som ensam ansvarar för fastställandet och bedömningen av de faktiska omständigheterna, att göra en prövning av detta i det enskilda fallet.

43. Då nämnda svängbordsapparatur enligt uppgift från finska försvarsmakten ska möjliggöra elektromagnetiska mätningar och simulering av militära lägen, vid vilka målsökning övas, kan det röra sig om en del av utrustning för testning och kontroll av vapen (punkt 15 jämförd med punkterna 11 och 14 i 1958 års lista). Teoretiskt sett skulle svängbordsapparaturen även kunna betraktas som en del av en positionsangivare eller en målföljningskomponent (punkt 5 b och c jämförd med punkt 14 i 1958 års lista). [25]

44. Den omständigheten att svängbordsapparaturen eventuellt omfattas av någon av dessa kategorier av föremål i 1958 års lista innebär emellertid inte i sig att de unionsrättsliga bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt får åsidosättas. Det är nämligen nödvändigt, men inte tillräckligt, att ett föremål omfattas av 1958 års lista för att artikel 10 i direktiv 2004/18 jämförd med första delen av artikel 296.1 b EG ska vara tillämplig.

45. För att första delen av artikel 296.1 b EG ska vara tillämplig krävs dessutom att det berörda föremålet är *avsett speciellt för militärändamål*. [26] Detta följer motsatsvis av den andra delen av bestämmelsen vilken rör ”varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål”. 1958 års lista innehåller likaledes talrika formuleringar av vilka det följer att en vara i den mening som avses i artikel 296.1 b EG inte bara måste kunna inordnas i en viss kategori av föremål, utan även måste vara avsedd speciellt för militärändamål. [27] Detta har även bekräftats nyligen av unionslagstiftaren. [28]

46. Huruvida en vara speciellt är avsedd för militärändamål framgår inte uteslutande av att förvärvaren agerar på en medlemsstats försvarsmakts vägnar eller av att ett annat offentligt organ agerar inköpare för försvarsmaktens räkning. Om så var fallet skulle en blyertspenna kunna utgöra en militär vara med anledning av att den införskaffats för militärens räkning. Detta skulle strida mot kravet på att artikel 296.1 b EG ska tolkas snävt och inverka mycket negativt på principen om en gemensam marknad.

47. Det räcker inte heller att det rör sig om en vara som enbart är *ägnad* för militärändamål och som därmed *möjligen* kan komma att användas i militär verksamhet. Domstolen resonerade på detta sätt i domen i det ovannämnda målet Agusta i vilken den fastställde att de helikoptrar som den italienska staten sedan många år förvärvade utan föregående uppmaning att inkomma med anbud inte omfattades av artikel 296.1 b EG, då de under alla omständigheter var avsedda för civila ändamål och bara eventuellt kunde komma att användas för militära sådana. [29]

25 — För att punkt 5 i 1958 års lista ska vara tillämplig krävs att fråga är om ”militär eldledningsutrustning”. En koppling till ”eldledning” skulle i princip kunna föreligga då den omtvistade svängbordsanläggningen med avseende på ”elektronisk krigföring” ska användas för simulering och övning av ”målsökning” och i sista hand för att förbereda ”motåtgärder mot luftspaning”. Parterna åberopade emellertid ingen sådan koppling till eldledning vid den muntliga förhandlingen.

26 — Domen i det i fotnot 5 ovan nämnda målet Agusta, punkt 47, och dom av den 2 oktober 2008 i mål C-157/06, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-7313), punkt 26.

27 — Se, till exempel, punkterna 5 och 11 (”militär … utrustning”) samt punkt 14 i 1958 års lista (”i den utsträckning som de är av militär art”).

28 — ”[1958 års lista] omfattar endast utrustning som är utformad, framtagen och framställd speciellt för militär användning” (andra meningen i skäl 10 i direktiv 2009/81).

29 — Domen i det i fotnot 5 ovan nämnda målet Agusta (särskilt punkterna 48 och 49). Se även domen i det i fotnot 26 ovan nämnda målet C-157/06, kommissionen mot Italien (punkt 27).

48. För att artikel 296.1 b EG ska vara tillämplig krävs att det är fråga om en vara som enbart är ägnad för militärändamål och som därutöver *speciellt är avsedd för militärändamål*, och detta såväl subjektivt som objektivt sett. Det berörda föremålet ska således speciellt vara avsett för militärändamål, inte bara vad avser det konkreta användningsområdet,[30] såsom det angetts av den upphandlande myndigheten (det vill säga *subjektivt* sett), utan även vad avser utformning och egenskaper[31] (det vill säga *objektivt* sett).

49. Med avseende på vissa varor kan det vara uppenbart att de speciellt är avsedda för militärändamål. Tydliga exempel härpå är pansarvärnsgevär, bomber och krigsfartyg[32] som tas upp i 1958 års lista. Dessa föremål har utformats som rent militära verktyg (objektivt ändamål) och förvärvas uteslutande för militärändamål av upphandlande myndigheter (subjektivt ändamål).

50. Med avseende på andra varor, såsom fordon, luftfartyg, sprängämnen, ammunition och avståndsmätare vilka också tas upp i 1958 års lista, är det däremot nödvändigt att lägga fram konkreta bevis för att varorna speciellt är avsedda för militärändamål[33] då de även kan användas för civila ändamål.

51. Så är fallet i förevarande mål.

52. Det råder ingen tvekan om att den omtvistade svängbordsapparaturen *subjektivt sett* var avsedd för militärändamål. Det var den upphandlande myndighetens önskemål att nämnda apparatur skulle användas av den finska försvarsmakten för simulering av militära lägen och för övning av målsökning. I detta avseende skiljer sig förevarande mål från det ovannämnda målet Agusta, i vilket det inte var möjligt att fastställa att de införskaffade varorna speciellt var avsedda för militärändamål.[34]

53. *Objektivt sett* är det emellertid fortfarande oklart om den aktuella svängbordsapparaturen ska betraktas som en vara som speciellt är avsedd för militärändamål. Vid den muntliga förhandlingen var deltagarna i rättegången oense om huruvida försvarsmakten skulle kunna hitta en köpare till svängbordsapparaturen på den civila marknaden för det fall den skulle vilja avyttra den i ett senare skede. Enligt uppgift från den hänskjutande domstolen, vars uppgifter är de enda som har relevans för begäran om förhandsavgörande,[35] finns emellertid långtgående liknande tekniska användningsmöjligheter på den civila marknaden för sådan svängbordsapparatur. InsTiimi var inne på samma linje och anförde att svängbordet även skulle kunna användas inom den civila sektorn och till och med ursprungligen utformades för civila ändamål. Det var först senare som svängbordet gjordes användbart för militärändamål. InsTiimis uppgifter står härvidlag än så länge oemotsagda.

54. Det var inte unionslagstiftarens önskan att föremål vilka ursprungligen utformats för civila ändamål, men som senare anpassats för militärändamål[36], i princip skulle undantas från tillämpningsområdet för det unionsrättsliga förfarandet för tilldelning av offentliga kontrakt.[37]

30 — Se än en gång domen i det i fotnot 5 ovan nämnda målet Agusta (särskilt punkterna 48 och 49), i vilken domstolen fokuserade på det av den upphandlande myndigheten definierade användningsområdet.

31 — Se i detta avseende även skäl 10 i direktiv 2009/81, enligt vilket 1958 års lista ”endast [omfattar] utrustning som är *utformad, framtagen och framställd* speciellt för militär användning” (min kursivering). Se även kommissionens meddelande (fotnot 15 ovan), avsnitt 3, vilket rör materiel av ”rent militär art och för *rent militära syften*” (originalets kursivering).

32 — Punkterna 2 a, 4 och 9 a i 1958 års lista.

33 — Punkterna 3, 5 a, 6, 8 b och 10 i 1958 års lista.

34 — Domen i det i fotnot 5 ovan nämnda målet Agusta, särskilt punkterna 48 och 49.

35 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 10, av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos och Oliveri (REG 2004, s. I-5257), punkt 42, och av den 25 januari 2011 i mål C-382/08, Neukirchinger (REU 2010, s. I-139), punkt 41.

36 — Sista meningen i skäl 10 i direktiv 2009/81. Även om detta uttalande har tagits från lagstiftning som tidsmässigt inte är tilltillämplig på förevarande fall kan jag inte se att något talar emot att de underliggande övervägandena beaktas vid tolkningen av direktiv 2004/18 i den lydelse som är av betydelse här. Nämnda skäl 10 innehåller under alla omständigheter viktiga preciseringar vad avser innebörden av 1958 års lista såsom den hittills har förståtts.

37 — Med tillämpning av ett mycket näraliggande resonemang har domstolen anfört att en medlemsstat inte med framgång kan åberopa artikel 296 EG för att slippa betala tull på import av utrustning vilken har såväl civila som militära ändamål. ”Detta gör sig i än högre grad gällande vid import av varor med både civil och militär användning” (se domarna i de i fotnot 2 ovan nämnda målen C-294/05, kommissionen mot Sverige, punkt 53, och C-387/05, kommissionen mot Italien, punkt 55.

55. Säkert är att det inte kan uteslutas att det svängbord som införskaffats i förevarande fall med beaktande av dess militära användning har förändrats på så väsentliga punkter att det på det stora taget har blivit en annan produkt än den som förekommer inom den civila sektorn. En sådan anpassning skulle till exempel ha kunnat äga rum i samband med att svängbordet byggdes in i en särskilt utformad ”mätbana i det fria” för mätningar, simulering och övning av ”elektronisk krigföring”.

56. Om en sådan grundläggande förändring har ägt rum – vilket den hänskjutande domstolen har att pröva – har det aktuella svängbordet inte bara subjektivt sett, utan även objektivt sett, fått ett speciellt militärändamål. I sådana fall (och endast i sådana fall) gjorde den upphandlande myndigheten en riktig bedömning när den valde att behandla svängbordet som en militär vara i den mening som avses i första delen av artikel 296.1 b EG.

57. Om däremot den hänskjutande domstolens hittillsvarande ståndpunkt – enligt vilken den omtvistade svängbordsapparaturen med beaktande av dess utformning och egenskaper, också i egenskap av en del av en militär specialanläggning för elektromagnetiska mätningar och simulering av stridshandlingar, i princip inte skiljer sig från de svängbord som i allmänhet används inom den civila sektorn – skulle visa sig vara korrekt i målet vid den nationella domstolen, så skulle objektivt sett ett särskilt militärändamål saknas. Det spelar i detta avseende ingen roll att den upphandlande myndigheten planerade att använda svängbordsapparatur för ett speciellt militärändamål och införskaffade den av denna anledning.

58. I det sistnämnda fallet hade myndigheten varit skyldig att tillämpa det upphandlingsförfarande som föreskrivs i unionsrätten i samband med förvärvet av det aktuella svängbordet.

59. Sammanfattningsvis kan således följande fastställas:

Ett föremål, vilket enligt uppgift från den upphandlande myndigheten särskilt ska användas för militärändamål, men som objektivt sett inte väsentligt skiljer sig från liknande föremål som används inom den civila sektorn, kan inte med stöd av artikel 296.1 b EG jämförd med artikel 10 i direktiv 2004/18 undandras det upphandlingsförfarande som föreskrivs i detta direktiv.

2. Andra kriteriet: Skyddandet av väsentliga säkerhetsintressen

60. Även om det omtvistade svängbordet ska anses utgöra en militär vara (det första kriteriet för tillämpning av artikel 296.1 b EG) måste den hänskjutande domstolen också pröva huruvida det i förevarande fall förefaller vara nödvändigt att avvika från det upphandlingsförfarande som föreskrivs i unionsrätten för att skydda Finlands väsentliga säkerhetsintressen (det andra kriteriet för tillämpning av artikel 296.1 b EG).

61. Domstolen har i detta avseende redan fastställt att enbart den omständigheten att en medlemsstat åberopar sina säkerhetsintressen inte rättfärdigar en avvikelse från unionsrätten. [38]

62. Den aktuella medlemsstaten ska emellertid tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad avser definitionen av dess väsentliga säkerhetsintressen. [39] Detta framgår redan av användningen av uttrycket ”som den anser” i artikel 296.1 b EG. De nationella myndigheterna bär likväl bevisbördan för att kriterierna i denna bestämmelse är uppfyllda. [40]

38 — Domarna i de i fotnot 2 ovan nämnda målen C-284/05, kommissionen mot Finland, punkt 47, C-294/05, kommissionen mot Sverige, punkt 45, C-372/05, kommissionen mot Tyskland, punkt 70, C-387/05, kommissionen mot Italien, punkt 47, C-409/05, kommissionen mot Grekland, punkt 52, C-461/05, kommissionen mot Danmark, punkt 53, C-239/06, kommissionen mot Italien, punkt 48, och C-38/06, kommissionen mot Portugal, punkt 64.

39 — Domen i det i fotnot 22 ovan nämnda målet Fiocchi munizioni mot kommissionen, punkt 58. Se även kommissionens meddelande (fotnot 15 ovan), enligt vilket artikel 296 EG ger medlemsstaterna ”stor handlingsfrihet” när det gäller beslut, som de aktuella, om skyddet av väsentliga säkerhetsintressen (avsnitt 4 i meddelandet), och enligt vilket ”medlemsstaterna har en företrädesrätt att identifiera sina väsentliga säkerhetsintressen” (avsnitt 5 i meddelandet).

40 — Domarna i de i fotnot 2 ovan nämnda målen C-414/97, kommissionen mot Spanien, punkterna 22 och 24, C-294/05, kommissionen mot Sverige, punkt 47, C-284/05, kommissionen mot Finland, punkt 49, C-372/05, kommissionen mot Tyskland, punkt 72, C-387/05, kommissionen mot Italien, punkt 49, C-409/05, kommissionen mot Grekland, punkt 54, C-461/05, kommissionen mot Danmark, punkt 55, C-239/06, kommissionen mot Italien, punkt 50, och C-38/06, kommissionen mot Portugal, punkt 66).

63. Såsom kommissionen med rätta har anfört var den upphandlande myndigheten skyldig att i förevarande fall förklara att det föreföll nödvändigt att avvika från det upphandlingsförfarande som föreskrivs i direktiv 2004/18 för att skydda Finlands väsentliga säkerhetsintressen [41] samt att avvikelsen var rimlig. [42]

64. Det ska noteras att nödvändigheten av sekretess vad avser viss militär information inte i sig utgör hinder för en inbjudan till anbudsgivning för tilldelning av kontrakt. [43] Även inom ramen för ett upphandlingsförfarande kan nämligen, såsom föreskrivs i unionsrätten, nödvändiga försiktighetsåtgärder vidtas för att skydda känslig information. [44]

65. I förevarande fall ska den upphandlande myndigheten, enligt uppgifter från InsTiimi mot vilka inga invändningar har riktats, utförligt ha beskrivit kontraktsföremålet och svängbordsapparaturens funktion i en finsk dagstidning. Under dessa omständigheter förefaller det osannolikt att den finska staten hade ett befogat intresse av sekretess i upphandlingsförfarandet.

66. Vissa avvikelser från det upphandlingsförfarande som föreskrivs i unionsrätten kan emellertid vara rättfärdigade med anledning av att en medlemsstat inte utan vidare vill lämna ut information som har betydelse för säkerheten till utländska företag eller företag som kontrolleras av utlänningar, i synnerhet när det är fråga om företag eller personer från tredjeland. En medlemsstat har även rätt att se till att den med avseende på militär utrustning inte hamnar i en beroendeställning i förhållande till tredjeländer eller företag från tredjeländer. Den tjeckiska regeringen har med rätta hänvisat till båda dessa fall.

67. Vad jag kan se gjorde sig några sådana säkerhetsaspekter inte gällande för den upphandlande myndigheten i förevarande fall. I sista hand är det emellertid den hänskjutande domstolen som har att bedöma detta mot bakgrund av en grundlig genomgång av omständigheterna i det enskilda fallet.

VI – Förslag till avgörande

68. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen ska svara Korkein hallinto-oikeus på följande sätt:

Ett föremål, vilket enligt uppgift från den upphandlande myndigheten särskilt ska användas för militärändamål, men som objektivt sett inte väsentligt skiljer sig från liknande föremål som används inom den civila sektorn, kan inte med stöd av artikel 296.1 b EG jämförd med artikel 10 i direktiv 2004/18/EG undandras det upphandlingsförfarande som föreskrivs i detta direktiv.

41 — Se också kommissionens meddelande (fotnot 15 ovan), avsnitt 3.

42 — Domarna i målen Agusta (fotnot 5 ovan), särskilt punkt 53, och C-157/06, kommissionen mot Italien (fotnot 26 ovan), punkt 31. Se även, för ett liknande resonemang, kommissionens meddelande (fotnot 15 ovan), avsnitt 5, enligt vilket det ska förklaras varför upphandlingsbestämmelserna i ett specifikt fall måste lämnas utan beaktande för att skydda ett väsentligt säkerhetsintresse.

43 — Domarna i målen Agusta (fotnot 5 ovan), särskilt punkt 52, och C-157/06, kommissionen mot Italien (fotnot 26 ovan), punkt 30.

44 — Vad avser hemlighållandet av information som den upphandlande myndigheten har sekretessbelagt, se särskilt artiklarna 7, 20 och 22 i direktiv 2009/81. Vad avser hemlighållandet av information som överlämnats av anbudsgivarna, se, till exempel, artikel 6 i direktiv 2004/18 och artikel 6 i direktiv 2009/81 samt domen av den 14 februari 2008 i mål C-450/06, Varec (REG 2008, s. I-581).