Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
přednesené dne 19. ledna 2012 [1]

Věc C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Korkein hallinto-oikeus, (Finsko)]

„Veřejné zakázky na dodávky — Článek 10 směrnice 2004/18/ES — Článek 296 ES — Ochrana podstatných zájmů bezpečnosti členského státu — Obchod s válečným materiálem — Výrobky, které veřejný zadavatel opatřil speciálně pro vojenské účely, pro které však existuje do značné míry totožná civilní možnost použití — Otočný stůl pro elektromagnetická měření“

I – Úvod

1. Podmínky, za nichž se členské státy mohou v souvislosti se svými ozbrojenými silami a obranou odchýlit od ustanovení unijního práva, jsou neustále důvodem pro právní spory [2].

2. V projednávaném případě je úkolem Soudního dvora objasnit, za jakých podmínek mohou ozbrojené síly členského státu při zadávání veřejných zakázek na dodávky výrobků, které jsou určeny k vojenskému použití, obejít ustanovení evropského práva v oblasti zadávání zakázek.

3. Finské ozbrojené síly zadaly v roce 2008 zakázku na dodávku otočného stolu [3] pro elektromagnetická měření, který se měl použít v rámci „elektronického vedení války“ při simulaci a nácviku vojenských operací. V tomto ohledu nebyla zohledněna v plném rozsahu zadávací řízení stanovená ve směrnici 2004/18/ES [4].

4. Finský soud nyní předkládá otázku, jak je třeba chápat výjimku stanovenou pro veřejné zakázky v oblasti obrany, která vyplývá z článku 10 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 296 ES (nyní článek 346 SFEU). Na základě rozsudku Soudního dvora Agusta [5] bude muset Soudní dvůr při zodpovězení této předběžné otázky zejména objasnit, zda lze výrobky považovat za výrobky, které jsou „určeny výlučně k vojenským účelům“, pokud kromě jejich použití k vojenským účelům existuje i do značné míry totožná civilní možnost použití.

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Srov. např. judikaturu týkající se přístupu žen k zaměstnání v ozbrojených silách členských států (rozsudky ze dne 26. října 1999, Sirdar, C-273/97, Recueil, s. I-7403 a ze dne 11. ledna 2000, Kreil, C-285/98, Recueil, s. I-69), k branné povinnosti mužů (rozsudek ze dne 11. března 2003, Dory, C-186/01, Recueil, s. I-2479), k povinnosti platit daň z přidané hodnoty za zbraně (rozsudek ze dne 16. září 1999, Komise v. Španělsko, C-414/97, Recueil, s. I-5585), a k zacházení s vojenskou výstrojí z hlediska celního práva (rozsudky ze dne 15. prosince 2009, Komise v. Finsko, C-284/05, Sb. rozh. s. I-11705, Komise v. Švédsko, C-294/05, Sb. rozh. s. I-11777, Komise v. Německo, C-372/05, Sb. rozh. s. I-11801, Komise v. Itálie, C-387/05, Sb. rozh. s. I-11831, Komise v. Řecko, C-409/05, Sb. rozh. s. I-11859, Komise v. Dánsko, C-461/05, Sb. rozh. s. I-11887, a Komise v. Itálie, C-239/06, Sb. rozh. s. I-11913; rozsudek ze dne 4. března 2010, Komise v. Portugalsko, C-38/06, Sb. rozh. s. I-1569).

3 — Anglicky: „tiltable turntable“.

4 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

5 — Rozsudek ze dne 8. dubna 2008, Komise v. Itálie („Agusta“, C-337/05, Sb. rozh. s. I-2173, bod 47).

5. Na rozdíl od vrtulníků ve věci Agusta objednal veřejný zadavatel sice otočný stůl dotčený v projednávaném případě pouze pro vojenské účely, není tedy výrobkem „dual-use“ v užším slova smyslu. Podle zjištění v předkládacím rozhodnutí je však možné, že by takový otočný stůl mohly využít i soukromá zařízení a podniky.

II – Právní rámec

A – *Unijní právo*

6. Právní rámec unijního práva je v tomto případě stanoven článkem 10 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 296 ES.

7. Pod nadpisem „Zadávání zakázek v oblasti obrany“ obsahoval článek 10 směrnice 2004/18 ve svém původním znění[6] toto vysvětlení týkající se rozsahu působnosti ustanovení pro veřejné zakázky:

„Tato směrnice se použije na veřejné zakázky zadávané veřejnými zadavateli v oblasti obrany s výhradou článku 296 Smlouvy.“

8. Znění článku 296 ES (dříve článek 223 Smlouvy o EHS) bylo do jeho nahrazení článkem 346 SFEU v důsledku vstupu Lisabonské smlouvy[7] v platnost následující:

„1) Ustanovení této smlouvy nebrání použití následujících pravidel:

[…]

b) každý členský stát může učinit opatření, která považuje za nezbytná k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti a která jsou spjata s výrobou zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi; tato opatření nesmí nepříznivě ovlivnit podmínky hospodářské soutěže na společném trhu s výrobky, které nejsou určeny výlučně k vojenským účelům.

2) Rada může na návrh Komise jednomyslným rozhodnutím změnit seznam výrobků, na něž se vztahuje odst. 1 písm. b), vypracovaný dne 15. dubna 1958.“

9. Rozhodnutí Rady 255/58 ze dne 15. dubna 1958, kterým byl stanoven seznam uvedený v čl. 296 odst. 2 ES (dále jen „seznam z roku 1958“) zní ve výňatcích následovně[8]:

„Ustanovení čl. 223 odst. 1 písm. b) Smlouvy se vztahují na níže uvedené zbraně, střelivo a vojenský materiál, včetně zbraní využívajících jadernou energii:

[…]

5. Vybavení sloužící k řízení střelby, pro vojenské použití:

a) infračervené zaměřovače a naváděcí systémy a jiná zařízení pro noční navádění;

b) dálkoměry, polohoměry, výškoměry;

6 — Znění článku 10 směrnice 2004/18 bylo změněno směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES (Úř. věst. L 216, s. 76). Toto nové znění však vstoupilo v platnost teprve dne 21. srpna 2009 a muselo být členskými státy provedeno do 21. srpna 2011 (srov. čl. 72 odst. 1 a článek 74 směrnice 2009/81), takže na projednávaný případ ještě nemohlo být použitelné.

7 — Lisabonská smlouva vstoupila v platnost dne 1. prosince 2009.

8 — Toto rozhodnutí nebylo zveřejněno v *Úředním věstníku Evropských společenství*, avšak ve výňatcích je uvedeno v dokumentu Rady Evropské unie č. 14538/4/08 ze dne 26. listopadu 2008, který je veřejně přístupný přes internetovou stránku Rady pod adresou http://register.consilium.europa.eu/ (naposledy navštívenou dne 12. prosince 2011). Kromě toho je obsah uvedeného seznamu uveden v odpovědi Komise na parlamentní otázku (odpověď ze dne 27. září 2001 na písemnou otázku E 1324/01 člena parlamentu Barta Staese, Úř. věst. C 364 E, s. 85).

c) elektronické, gyroskopické, optické a akustické sledovací přístroje;

d) bombardovací zaměřovače, mířidla a periskopy pro předměty uvedené na tomto seznamu;

[…]

11. Elektronické vybavení pro vojenské použití.

[…]

14. Specializované součásti a materiály zahrnuté do tohoto seznamu pokud jsou vojenské povahy.

15. Stroje, vybavení a prostředky, které jsou výlučně určeny ke studiu, výrobě, testování a kontrole zbraní, střeliva a zařízení výhradně pro vojenské použití uvedené v tomto seznamu."

10. Na doplnění je třeba odkázat rovněž na bod 10 odůvodnění směrnice 2009/18:

„Pro účely této směrnice by mělo být vojenské vybavení chápáno zejména jako typy výrobků uvedené v seznamu zbraní, střeliva a válečného materiálu přijatém rozhodnutím Rady 255/58 ze dne 15. dubna 1958 a členské státy se mohou při provádění této směrnice omezit pouze na tento seznam. Tento seznam zahrnuje pouze vybavení, které je navrženo, vyvinuto a vyrobeno speciálně pro vojenské účely. Tento seznam je však všeobecný a má být vykládán extenzivně s ohledem na vývoj technologie, politiky veřejných zakázek a vojenských požadavků, jenž vede k rozvoji nových typů vybavení, například na základě Společného vojenského seznamu Evropské unie. Pro účely této směrnice by mělo ‚vojenské vybavení' rovněž zahrnovat výrobky, které přestože byly původně navrženy pro civilní použití, jsou posléze uzpůsobeny pro vojenské účely tak, aby mohly být využívány jako zbraně, střelivo či válečný materiál."

B – *Vnitrostátní právo*

11. Ve Finsku byla směrnice 2004/18 provedena na základě zákona č. 348/2007 o zadávání veřejných zakázek [9] (zákon o veřejných zakázkách), jehož rozsah působnosti je vymezen v článku 7 odst. 1 následovně:

„Tento zákon neplatí pro zakázky,

1) které musí zůstat utajené a jejichž provedení vyžaduje zvláštní bezpečnostní opatření stanovená zákonem nebo pokud to vyžadují podstatné zájmy bezpečnosti státu;

2) jejichž předmět je vhodný především pro vojenské účely."

12. Kromě toho je třeba podle ustanovení správního předpisu finského ministerstva obrany ze dne 28. května 2008 při zadávání zakázek, které se týkají dodání obranného vybavení, dodržet mimo jiné nařízení ministerstva obrany č. 76 ze dne 17. května 1995, dokud nebude rozhodnuto jinak.

13. V článku 1 uvedeného nařízení č. 76 je definováno, co je třeba považovat za výrobky určené především pro vojenské účely, na které se nepoužije zákon o zadávání zakázek. To se týká zejména „zvláštního vybavení určeného pro vojenskou činnost a výcvik nebo pro cvičení k simulaci vojenských operací, jakož i součásti a přídavná zařízení a jiné vybavení speciálně vyrobené za tímto účelem", jak vyplývá z článku 1 ve spojení s písm. M přílohy tohoto nařízení.

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

III – Skutkový stav a původní řízení

14. V roce 2008 provedla technická zkušebna finských ozbrojených sil [10] zadávací řízení za účelem dodání otočného stolu pro elektromagnetická měření v hodnotě 1 650 000 eur. Za tímto účelem zaslala dne 5. února 2008 čtyřem podnikům výzvu k podání nabídek, mezi nimi i společnosti Insinööritoimisto InsTiimi Oy (dále jen „InsTiimi“).

15. Zadání zakázky bylo provedeno v rámci „vyjednávacího řízení“, které se liší podle údajů uvedených v předkládacím rozhodnutí od zadávacích řízení uvedených ve směrnici 2004/18. Společnost InsTiimi se domnívá, že zadávací řízení se mělo uskutečnit podle ustanovení ve směrnici 2004/18, a podala proto k finským soudům návrh na zahájení řízení. Jako vedlejší účastník řízení se řízení účastnily finské ozbrojené síly zastoupené generálním štábem [11].

16. Markkinaoikeus [12], soud v řízení v prvním stupni, nevyhověl právnímu prostředku, který podala společnost InsTiimi. Markkinaoikeus měl za to, že bylo prokázáno, že dotčený otočný stůl slouží zejména k vojenským účelům a veřejný zadavatel jej má v úmyslu využívat výhradně k vojenským účelům. Markkinaoikeus tedy dospěl k závěru, že na spornou zakázku se vztahuje výjimka uvedená v čl. 7 odst. 1 bodě 2 zákona o zadávání zakázek.

17. Na základě opravného prostředku, který podala InsTiimi, má nyní v řízení v druhém stupni rozhodnout předkládající soud, Korkein hallinto-oikeus [13].

18. Před tímto soudem InsTiimi uvedla, že otočný stůl je technickou inovací z civilního odvětví a není navržen jako vojenské vybavení. Lze jej obecně použít ve výzkumu jako pomocný přístroj a podložku a jako takový nezprostředkovává nové poznatky o předmětu výzkumu samotném. Technické provedení sporné zakázky spočívá v sestavení zcela volně dostupných materiálů, součástí a systémů, a projektování, které je s ním spojeno, zahrnuje pouze účelovou volbu a spojení stavebních součástí pro splnění zadání zakázky.

19. Ozbrojené síly naproti tomu před Korkein hallinto-oikeus uvedly, že otočný stůl byl objednán výlučně k vojenským účelům a je také obzvláště určen k simulaci vojenských operací. Otočný stůl je používán pro simulaci a nácvik vojenských opatření proti vzdušnému průzkumu z určitých úhlů a zaměření cíle. Senzor, který simuluje ohrožení, může být nastaven pouze do úhlu odpovídajícího ohrožení, pod nímž je cíl, např. tank, který se umístí na otočný stůl, s pomocí tohoto stolu nastaven do správného úhlu.

20. Otočný stůl je podle argumentace ozbrojených sil podstatným prvkem zkušební dráhy, která má být vybudována v terénu za účelem měření, simulace a nácviku elektronického vedení války, a je tak navržen pro výzkum v oblasti zbraní pro vojenské účely. V případě otočného stolu se jedná o výrobek ve smyslu písm. M přílohy k nařízení č. 76 ministerstva obrany.

IV – Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem

21. Mezitímním usnesením ze dne 13. prosince 2010 přerušil Korkein hallinto-oikeus své řízení a předložil Soudnímu dvoru k rozhodnutí následující otázku:

„Vztahuje se směrnice 2004/18/ES s ohledem na článek 10 této směrnice, čl. 346 odst. 1 písm. b) SFEU a seznam zbraní, střeliva a válečného materiálu schválený rozhodnutím Rady ze dne 15. dubna 1958 na zakázku, která jinak patří do rozsahu působnosti této směrnice, pokud má být předmět zakázky podle údajů veřejného zadavatele použit pouze k vojenským účelům, avšak na civilním trhu existuje pro předmět zakázky rovněž do značné míry stejná technická možnost použití?“

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Obchodní soud.

13 — Nejvyšší správní soud.

22. V řízení před Soudním dvorem předložily písemná vyjádření kromě obou účastníků v původním řízení – společnosti InsTiimi a ozbrojených sil – finská, česká a portugalská vláda, jakož i Evropská komise. S výjimkou české a portugalské vlády se titíž zúčastnění zúčastnili i jednání konaného dne 12. prosince 2011.

V – Posouzení

23. Relevantním a zásadním bodem pro zodpovězení této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce je výklad článku 296 ES (nyní článku 346 SFEU), na nějž se odkazuje v článku 10 směrnice 2004/18.

24. První polovina věty čl. 296 odst. 1 písm. b) ES umožňuje každému členskému státu učinit jednostranně [14] opatření, která považuje za nezbytná k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti a která jsou spjata s výrobou zbraní, střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi. Z tohoto vychází směrnice 2004/18 v článku 10 za účelem definice vlastního rozsahu působnosti.

25. Jak Komise správně zdůraznila a rovněž finská vláda uznala, podmiňuje první polovina věty čl. 296 odst. 1 písm. b) ES použití jednostranných vnitrostátních opatření splněním dvou kumulativních podmínek:

— zaprvé musí být dotčena výroba zbraní, střeliva nebo válečného materiálu nebo obchod s nimi;

— zadruhé musí být opatření, která je třeba přijmout, považována za nezbytná k ochraně podstatných zájmů bezpečnosti dotčeného členského státu.

26. Svou žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce se předkládající soud zaměřuje zejména na první z těchto dvou podmínek: zabývá se pouze pojmem „určeny výlučně k vojenským účelům“. Při posouzení přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce (srov. k tomu přímo oddíl A) ani při obsahovém posouzení předběžné otázky (srov. k tomu dále níže oddíl B) však nelze druhou podmínku ponechat zcela bez povšimnutí. Z tohoto důvodu se budu následně, pokud to bude nutné, zabývat i druhou podmínkou, tak jak to učinili v neposlední řadě na jednání i někteří zúčastnění.

A – *Přípustnost žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce*

27. Okolnost, že se předkládající soud ve své žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce zabývá pouze prvním kritériem uvedeným v čl. 296 odst. 1 písm. b) ES – tj. pojmem „určeny výlučně k vojenským účelům“ – nemůže jako taková zpochybnit přípustnost jeho žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.

28. Soudní dvůr by musel předběžnou otázku považovat za hypotetickou, kdyby konstatoval, že druhé kumulativní kritérium uvedené v čl. 296 odst. 1 písm. b) ES každopádně nebylo v projednávaném případě splněno, tj. pokud by odchylka od ustanovení směrnice 2004/18 týkajících se zadávání zakázek nemohla být odůvodněna podstatnými zájmy bezpečnosti Finska. Pro tento závěr však v řízení před Soudním dvorem neexistují dostatečné indicie.

29. Předkládací rozhodnutí se nevyjadřuje s konečnou platností k tomu, zda se veřejný zadavatel v projednávaném případě odvolal ve smyslu druhého kritéria na ochranu podstatných zájmů bezpečnosti Finska, či nikoli. Předkládající soud pouze uvádí, že ozbrojené síly neupřesnily způsobem, který doporučila Evropská komise [15], které podstatné zájmy bezpečnosti jsou dotčeny dodáním otočného stolu a z jakého důvodu bylo nezbytné, aby směrnice 2004/18 nebyla v tomto případě použita. Finská vláda a generální štáb ozbrojených sil však uvádí, že takové zájmy bezpečnosti byly uvedeny ve vnitrostátním řízení.

14 — Soudní dvůr konstatoval již v rozsudku ze dne 15. července 1964, Costa v. ENEL (6/64, Recueil, s. 1253, 1270), že se jedná o jednostranné opatření.

15 — Předkládající soud v tomto ohledu odkazuje na interpretační sdělení Komise ze dne 7. prosince 2006 o uplatňování článku 296 Smlouvy (Smlouvy o ES) s ohledem na zadávání zakázek v oblasti obrany [KOM(2006) 779 v konečném znění], dále jen „sdělení Komise“.

30. Kromě toho předkládající soud zdůrazňuje, že by žaloba společnosti InsTiimi musela být zamítnuta jako nepřípustná, pokud by veřejná zakázka nespadala do rozsahu působnosti směrnice 2004/18 a zákona č. 348/2007. Aby mohla být tato otázka posouzena, je nezbytné objasnit i na základě prvního kritéria pojem „určeny výlučně k vojenským účelům“.

31. Za těchto okolností nelze vycházet z toho, že předběžná otázka není *zjevně* relevantní pro rozhodnutí [16]. Podle ustálené judikatury je třeba naopak nadále vycházet z domněnky relevance [17].

32. Žádné pochybnosti proti zodpovězení žádosti o rozhodnutí o předběžné otázky tedy neexistují.

B – *Obsahové posouzení předběžné otázky*

33. Podstatou otázky předkládajícího soudu je to, zda při zadání veřejné zakázky v oblasti obrany je možno nepoužít ustanovení směrnice 2004/18, pokud má být předmět zakázky sice použit výlučně k vojenským účelům, avšak existuje pro něj do značné míry totožná civilní možnost použití.

34. Tato otázka vychází ze skutečnosti, že pro takové otočné stoly, jako jsou otočné stoly dodané v projednávaném případě, mají podle údajů společnosti InsTiimi, které nebyly v tomto ohledu zpochybněny, existovat v první řadě nikoli vojenské, nýbrž převážně civilní možnosti použití.

35. Názory zúčastněných se zásadně liší. Zatímco se InsTiimi a Komise domnívají, že podmínky směrnice 2004/18 měly být v projednávaném případě dodrženy, vycházejí ozbrojené síly a všechny vlády zúčastněné na jednání ze skutečnosti, že odchylka od této směrnice byla podle čl. 296 odst. 1 písm. b) ES odůvodněná.

36. Unijní ustanovení o zadávání veřejných zakázek v zásadě platí i v oblasti obrany. To vyplývalo již v okamžiku zadání sporné zakázky z článku 10 směrnice 2004/18. Pro období po 21. srpnu 2011 totéž potvrzuje i směrnice 2009/81 [18]. Použitím ustanovení unijního práva o zadávání veřejných zakázek je posílen volný pohyb zboží, svoboda usazování a svobodné poskytování služeb v rámci Unie a přispěje se k uskutečnění vnitřního trhu [19].

37. Současně však unijní právo uznává oprávněný zájem členských států na ochraně podstatných zájmů jejich bezpečnosti, což je vyjádřeno zejména v článku 296 ES. V článku 10 směrnice 2004/18, který výslovně odkazuje na toto ustanovení Smlouvy, se ukazuje napjatý vztah, který může při zadávání veřejných zakázek vzniknout mezi zásadou vnitřního trhu a národními bezpečnostními zájmy.

38. Z článku 10 směrnice 2004/18 ve spojení s čl. 296 odst. 1 písm. b) ES vyplývá, že se členský stát může odchýlit od ustanovení unijního práva v oblasti zadávání veřejných zakázek, pokud je dotčen obchod se zbraněmi, střelivem či válečným materiálem (první kritérium) a pokud se jeví, že odchýlit se od ustanovení unijního práva v oblasti zadávání veřejných zakázek je nezbytné za účelem ochrany podstatných zájmů bezpečnosti tohoto členského státu (druhé kritérium).

16 — Srov. k důvodu nepřípustnosti spočívajícímu ve zjevně chybějící relevanci mj. rozsudky ze dne 3. června 2008, Intertanko a další (C-308/06, Sb. rozh. s. I-4057, body 31 a 32); ze dne 12. října 2010, Rosenbladt (C-45/09, Sb. rozh. s. I-9391, body 32 a 33), a ze dne 25. října 2011, eDate Advertising (C-509/09 a C-161/10, Sb. rozh. s. I-10269, body 32 a 33).

17 — Rozsudky ze dne 7. září 1999, Beck a Bergdorf (C-355/97, Sb. rozh. s. I-4977, bod 22), Rosenbladt (citovaný v poznámce pod čarou 16, bod 33) a ze dne 5. dubna 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, Sb. rozh. s. I-2551, bod 21).

18 — Srov. zejména článek 10 směrnice 2004/18 ve znění směrnice 2009/81, jakož i článek 2 směrnice 2009/81 a první věta bodu 10 odůvodnění směrnice 2009/81.

19 — Bod 2 odůvodnění směrnice 2004/18; v tomtéž smyslu ustálená judikatura Soudního dvora k různým směrnicím o koordinaci práva v oblasti veřejných zakázek, srov. např. rozsudky ze dne 3. října 2000, University of Cambridge (C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 16); ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko (C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, bod 27), a ze dne 13. prosince 2007, Bayerischer Rundfunk a další (C-337/06, Sb. rozh. s. I-11173, bod 38).

39. Vzhledem k zásadnímu významu základních svobod a zásady vnitřního trhu v systematice smluv [20] je třeba tato kritéria vykládat v souladu s judikaturou k článku 296 ES restriktivně [21].

1. První kritérium: zboží vojenské povahy

40. První polovina věty čl. 296 odst. 1 písm. b) ES se použije na zbraně, střelivo a válečný materiál – krátce řečeno *zboží vojenské povahy*. Rada v seznamu z roku 1958 stanovila, které skupiny výrobků jsou tímto konkrétně míněny.

41. Souhlasím s názorem Tribunálu Evropské unie (v té době Soud prvního stupně) [22], že věcná působnost čl. 296 odst. 1 písm. b) ES je na základě seznamu z roku 1958, na který se odkazuje výslovně v čl. 296 odst. 2 ES, stanovena taxativně [23]. Tento soud správně poukázal na to, že výjimka stanovená v čl. 296 odst. 1 písm. b) ES se nemá použít na činnosti, které se týkají jiného zboží, než je zboží vojenské povahy, které je uvedeno v seznamu z roku 1958 [24].

42. Odchylka od zadávacích řízení stanovených ve směrnici 2004/18 založená na čl. 296 odst. 1 písm. b) ES tedy v prvé řadě předpokládá, že výrobek, jako je sporný otočný stůl, lze vůbec zařadit do jedné ze skupiny předmětů, které jsou uvedeny v seznamu z roku 1958. Předkládající soud, kterému výhradně přísluší konstatovat a posoudit skutkový stav, bude muset toto v konkrétním případě přezkoumat a posoudit.

43. Jelikož uvedený otočný stůl umožňuje podle údajů finských ozbrojených sil provést elektromagnetická měření a má sloužit simulaci vojenských operací, při nichž se nacvičuje zaměření cíle, mohlo by se jednat o součást vybavení, které je určeno k testování a kontrole zbraní (bod 15 ve spojení s body 11 a 14 seznamu z roku 1958). Teoreticky by se mohl otočný stůl považovat za součást polohoměru nebo sledovacího přístroje (bod 5 písm. b) a c) ve spojení s bodem 14 seznamu z roku 1958) [25].

44. Pouhá okolnost, že otočný stůl lze případně zařadit do jedné či jiné skupiny předmětů ve smyslu seznamu z roku 1958, však jako taková neopravňuje odchýlení se od ustanovení unijního práva v oblasti zadávání veřejných zakázek. Uvedení určitého předmětu na seznamu z roku 1958 je totiž sice nezbytná, avšak nedostatečná podmínka pro uplatnění článku 10 směrnice 2004/18 ve spojení s první polovinou věty čl. 296 odst. 1 písm. b) ES.

45. Použití první poloviny věty čl. 296 odst. 1 písm. b) ES navíc vyžaduje, aby byl dotčený předmět *určen výlučně k vojenským účelům* [26]. To vyplývá a *contrario* z druhé poloviny věty tohoto ustanovení, v němž jsou uvedeny „výrobky, které nejsou určeny výlučně k vojenským účelům“. Seznam z roku 1958 obsahuje rovněž početné formulace, z nichž vyplývá, že výrobek ve smyslu čl. 296 odst. 1 písm. b) ES nejen musí být možno zařadit do určité skupiny předmětů podle druhu, nýbrž musí být určen výlučně k vojenským účelům [27]. Toto nedávno potvrdil i unijní zákonodárce [28].

20 — Srov. k tomu doposud článek 2 EU a čl. 3 odst. 1 písm. c) ES (později první věta čl. 3 odst. 1 SEU).

21 — Rozsudky Komise v. Španělsko, C-414/97, bod 21, Komise v. Finsko (C-284/05, bod 46, Komise v. Švédsko, C-294/05, bod 44), Komise v. Německo (C-372/05, bod 69), Komise Itálie (C-387/05, bod 46), Komise v. Řecko (C-409/05, bod 51), Komise v. Dánsko (C-461/05, bod 52), Komise v. Itálie (C-239/06, bod 47) a Komise v. Portugalsko (C-38/06, bod 63), citované v poznámce pod čarou 2.

22 — Viz rozsudek Tribunálu ze dne 30. září 2003, Fiocchi munizioni v. Komise (T-26/01, Recueil, s. II-3951).

23 — Toto samozřejmě nevylučuje, aby byl seznam vykládán a použit podle příslušné doby, aby byl zohledněn příslušný aktuální vývoj. Jak vyplývá z bodu 10 odůvodnění směrnice 2009/81, je totiž „tento seznam […] všeobecný a má být vykládán extenzivně s ohledem na vývoj technologie, politiky veřejných zakázek a vojenských požadavků, jenž vede k rozvoji nových typů vybavení […]“ (podobně sdělení Komise citované v poznámce pod čarou 15, oddíl 3). Seznam je tak použitelný nejenom na zboží vojenské povahy známé v roce 1958, nýbrž i na zboží používané v ozbrojených silách členských států, pokud může spadat do skupin popsaných v tomto seznamu.

24 — Rozsudek Fiocchi munizioni v. Komise (citovaný v poznámce pod čarou 22, bod 61).

25 — Definice v bodě 5 seznamu z roku 1958 stanoví, že se jedná o „vybavení sloužící k řízení střelby, pro vojenské použití“. Odkaz na vybavení sloužící k řízení střelby by být mohlo v zásadě chápáno tak, že sporný otočný stůl je s ohledem na „elektronické vedení války“ využíván při simulaci a cvičení „zaměření cíle“ a má konečně připravit „opatření proti vzdušnému průzkumu“. Takovou souvislost s vybavením sloužícím k řízení střely však zúčastnění na ústním jednání před Soudním dvorem nepřipustili.

26 — Rozsudky Agusta, (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 47), a ze dne 2. října 2008, Komise v. Itálie (C-157/06, Sb. rozh. s. I-7313, bod 26).

27 — Viz např. body 5 a 11 („k vojenským účelům“), jakož i bod 14 seznamu z roku 1958 („pokud jsou vojenské povahy“).

28 — „[Seznam z roku 1958] zahrnuje pouze vybavení, které je navrženo, vyvinuto a vyrobeno speciálně pro vojenské účely.“ (druhá věta bodu 10 odůvodnění směrnice 2009/81).

46. Zda je výrobek určen výlučně k vojenským účelům, nelze vyvodit pouze ze skutečnosti, že kupujícím jsou ozbrojené síly členského státu nebo že výrobek získá pro ozbrojené síly jiný veřejný orgán. V opačném případě by se mohla každá propisovací tužka stát zbožím vojenské povahy jenom z toho důvodu, že byla pořízena pro armádu. To by bylo v rozporu s povinností restriktivního výkladu čl. 296 odst. 1 písm. b) ES a nepřiměřeně by to porušovalo zásadu vnitřního trhu.

47. Stejně tak nestačí, že se jedná o výrobek, který je pro vojenské použití pouze *vhodný* a který se tak *případně* vojensky použije. V tomto smyslu Soudní dvůr ve věci Agusta rozhodl, že na vrtulníky získávané italským státem v dlouholeté praxi bez předchozího zadání veřejné zakázky se nevztahuje čl. 296 odst. 1 písm. b) ES, jelikož byly v každém případě zamýšleny pro civilní účely a vojenským účelům mohly sloužit pouze případně [29].

48. Použití čl. 296 odst. 1 písm. b) ES vyžaduje, aby se jednalo o výrobek, který má kromě své způsobilosti k případnému vojenskému použití i určení na zvláštní vojenský účel, a sice jak ze subjektivního, tak i objektivního hlediska. Dotčený předmět tak musí být určen pro zvláštní vojenské účely nejen podle svého konkrétního použití [30] definovaného veřejným zadavatelem (tedy *subjektivně*), nýbrž i na základě své koncepce a svých vlastností [31] (tedy *objektivně*).

49. V případě některých výrobků může být takové zvláštní vojenské určení zřejmé. Stačí si připomenout protitankové zbraně, bomby a vojenské lodě [32], které jsou uvedeny v seznamu z roku 1958. Jsou navrženy jako čistě vojenská zařízení (objektivní určení účelu) a veřejní zadavatelé je získávají výlučně pro vojenské účely (subjektivní určení účelu).

50. V případě jiných výrobků, jako jsou např. vozidla, letadla, výbušniny, střelivo a dálkoměry, se naopak musí konkrétně prokázat určení ke zvláštním vojenským účelům [33], jelikož je možný i civilní účel použití.

51. Právě tak je tomu i v projednávaném případě.

52. Je určitě nesporné, že sporný otočný stůl měl *ze subjektivního hlediska* zvláštní vojenský účel použití: finské ozbrojené síly jej měly podle vůle veřejného zadavatele využít při simulaci vojenských operací a nacvičování zaměřování cíle. V tomto ohledu se tedy liší projednávaný případ od věci Agusta, v níž nemohl být konstatován zvláštní vojenský účel použití [34].

53. Závažné pochybnosti ohledně vlastnosti tohoto otočného stolu však existují z *objektivního hlediska*. Zúčastnění se sice na jednání neshodli, zda by se pro takový otočný stůl, jako je otočný stůl dotčený v projednávaném případě, v případě jeho pozdějšího prodeje ozbrojenými silami mohl najít kupující na civilním trhu. Podle údajů předkládajícího soudu, které jsou v řízení o rozhodnutí o předběžné otázce jako jediné relevantní [35], však pro takový otočný stůl na civilním trhu existují do značné míry totožné civilní možnosti použití. Společnost InsTiimi podobně uvádí – což nebylo v tomto ohledu napadnuto – že by otočné stoly mohly být použity i v civilním odvětví, a dokonce byly původně navrženy pro civilní účely použití a teprve později se staly využitelnými i pro vojenské účely.

29 — Rozsudek Agusta (citovaný v poznámce pod čarou 5, zejména body 48 a 49); viz rovněž rozsudek Komise v. Itálie, C-157/06 (citovaný v poznámce pod čarou 26, bod 27).

30 — Viz opět rozsudek Agusta (citovaný v poznámce pod čarou 5, zejména body 48 a 49), v němž je relevantní účel použití definovaný veřejným zadavatelem.

31 — V tomto smyslu rovněž bod 10 odůvodnění směrnice 2009/81, podle něhož seznam z roku 1958 „zahrnuje pouze vybavení, které je *navrženo, vyvinuto a vyrobeno* speciálně pro vojenské účely“ (zdůraznění provedeno autorem tohoto stanoviska); srov. rovněž sdělení Komise (citované v poznámce pod čarou 15, oddíl 3), v němž se hovoří o materiálu, „který je *čistě vojenského charakteru a slouží pouze vojenským účelům*“ (zdůraznění i v originálním znění).

32 — Body 2 písm. a), 4 a 9 písm. a) seznamu z roku 1958.

33 — Body 3, 5 písm. a), 6, 8 písm. b) a 10 seznamu z roku 1958.

34 — Rozsudek Agusta (citovaný v poznámce pod čarou 5, zejména body 48 a 49).

35 — Rozsudky ze dne 25. října 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, s. I-8089, bod 10); ze dne 29. dubna 2004, Orfanopoulos a Oliveri (C-482/01 a C-493/42, Recueil, s. I-5257, bod 42), a ze dne 25. ledna 2011, Neukirchingerm (C-382/08, Sb. rozh. s. I-139, bod 41).

54. Takové předměty, které sice byly původně navrženy pro civilní účely, později však byly přizpůsobeny pro vojenské účely, nemají být podle vůle unijního zákonodárce [36] v zásadě vyloučeny z rozsahu působnosti řízení o zadávání veřejných zakázek upravených unijním právem [37].

55. Nelze samozřejmě vyloučit, že v projednávaném případě dodaný otočný stůl byl s ohledem na jeho vojenské použití změněn v tak zásadních bodech, že se z něj stal zcela jiný výrobek než ten, který je používán v civilním odvětví. Takové přizpůsobení by mohlo nastat např. v souvislosti se zabudováním otočného stolu do zvláštně koncipované „měřící dráhy v terénu“ pro měření, simulace a cvičení „elektronického vedení války“.

56. Pokud by k takové zásadní změně skutečně došlo – což musí přezkoumat předkládající soud – byl by dotčený otočný stůl určen pro zvláštní vojenský účel použití nejen ze subjektivního, nýbrž i z objektivního hlediska. V takovém případě (a pouze v takovém případě) by jej veřejný zadavatel správně definoval jako zboží vojenské povahy ve smyslu první poloviny věty čl. 296 odst. 1 písm. b) ES.

57. Pokud by se však potvrdil dosavadní názor předkládajícího soudu v původním řízení, podle něhož se sporný otočný stůl na základě jeho koncepce a vlastností zásadně neodlišuje – i jako součást vojenského zvláštního zařízení pro elektromagnetická měření a simulaci bojů – od otočných stolů, které jsou obvykle využívány v civilním odvětví, chyběl by z objektivního hlediska zvláštní vojenský účel použití, i když veřejný zadavatel stanovil pro otočný stůl zvláštní vojenský účel použití a získal jej k tomuto účelu.

58. V posledně uvedeném případě musí být při pořízení dotčeného otočného stolu použita zadávací řízení stanovená v unijním právu.

59. Souhrnně lze tedy konstatovat:

Předmět, který má být podle údajů veřejného zadavatele použit výlučně k vojenským účelům, avšak který se z objektivního hlediska zásadně neliší od totožných předmětů využívaných v civilním odvětví, nemůže být vyloučen s odvoláním na čl. 296 odst. 1 písm. b) ES ve spojení s článkem 10 směrnice 2004/18 ze zadávacích řízení stanovených v této směrnici.

2. Druhé kritérium: Ochrana podstatných zájmů bezpečnosti

60. I v případě, že otočný stůl dotčený v projednávaném případě by měl být definován jako zboží vojenské povahy (první kritérium pro použití čl. 296 odst. 1 písm. b) ES), musel by předkládající soud dále přezkoumat, zda se v projednávaném případě jeví, že odchylka od zadávacích řízení stanovených v unijním právu je za účelem ochrany podstatných zájmů bezpečnosti nezbytná (druhé kritérium pro použití čl. 296 odst. 1 písm. b) ES).

61. V tomto ohledu Soudní dvůr již konstatoval, že pouhé odvolání se členského státu na jeho zájmy bezpečnosti ještě neodůvodňuje odchýlit se od unijního práva [38].

36 — Poslední věta bodu 10 odůvodnění směrnice 2009/81. I když tento výrok pocházel ze zákonodárného aktu, který se na projednávaný případ nepoužije, není zřejmá žádná skutečnost, která by bránila tomu, aby bylo toto hodnocení zohledněno při výkladu směrnice 2004/18 ve znění relevantním pro projednávaný případ. V každém případě jsou totiž v uvedeném bodě 10 odůvodnění v podstatě uvedena vysvětlení ohledně významu seznamu z roku 1958, jak měl být chápán již tehdy.

37 — Soudní dvůr zcela podobně uvedl, že se členský stát nemůže odvolat na článek 296 ES, aby od cla osvobodil materiál, který slouží jak k civilním, tak vojenským účelům, „ať už byl dovezen výlučně k vojenským účelům, či nikoli“ (k tomu viz rozsudky Komise v. Švédsko (C-294/05, bod 53), a Komise v. Itálie (C-387/05, bod 55), uvedené v poznámce pod čarou 2).

38 — Rozsudky Komise v. Finsko (C-284/05, bod 47), Komise v. Švédsko (C-294/05, bod 45), Komise v. Německo (C-372/05, bod 70), Komise v. Itálie (C-387/05, bod 47), Komise v. Řecko (C-409/05, bod 52), Komise v. Dánsko (C-461/05, bod 53), Komise v. Itálie (C-239/06, bod 48), a Komise v. Portugalsko (C-38/06, bod 64), citované v poznámce pod čarou 2.

62. Členskému státu sice přísluší s ohledem na definici jeho podstatných zájmů bezpečnosti široký prostor pro uvážení [39]; vyplývá to již z použití slov „považuje“ v čl. 296 odst. 1 písm. b) ES. Vnitrostátní orgány však nesou důkazní břemeno ohledně splnění podmínek tohoto ustanovení [40].

63. Jak správně uvedla Komise, veřejný zadavatel by musel v projednávaném případě prokázat, že se jeví, že k ochraně podstatných zájmů bezpečnosti Finska byla odchylka od zadávacích řízení stanovených ve směrnici 2004/18 nezbytná [41] a přiměřená [42].

64. K tomu je třeba poznamenat, že případná potřeba utajení s ohledem na určité vojenské informace není jako taková ještě překážkou pro zadání zakázky v rámci zadávacího řízení [43]. I v rámci zadávacího řízení mohou být totiž, jak je stanoveno v unijním právu, přijata potřebná opatření k ochraně citlivých informací [44].

65. V projednávaném případě veřejný zadavatel podle údajů společnosti InsTiimi, které nebyly v tomto ohledu zpochybněny, stejně podrobně informoval ve finském deníku o předmětu zakázky a způsobu fungování otočných stolů. Za takových okolností se jeví jako nepravděpodobné, že v zadávacím řízení by mohl existovat oprávněný zájem finského státu na utajení.

66. Určité odchylky od zadávacích řízení stanovených unijním právem však mohou být odůvodněny tím, že si členský stát nepřeje zveřejnit informace, které jsou relevantní pro bezpečnost, vůči zahraničním podnikům nebo podnikům kontrolovaným zahraničními osobami, zejména pokud se jedná o podnik nebo osoby ze třetích států. Členský stát může rovněž legitimně dbát na to, aby se ohledně svého zásobování výzbrojí nestal závislým na třetích státech nebo podnicích ze třetích států. Na obě skutečnosti správně poukázala česká vláda.

67. Pro takové obavy veřejného zadavatele o bezpečnost však v projednávaném případě – podle všeho – neexistují žádné indicie. Všechny tyto skutečnosti však musí konečně posoudit předkládající soud na základě podrobného posouzení všech okolností konkrétního případu.

VI – Závěry

68. S ohledem na výše uvedené navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky položené Korkein hallinto-oikeus odpověděl následovně:

„Předmět, který má být podle údajů veřejného zadavatele použit výlučně k vojenským účelům, avšak který se z objektivního hlediska neliší zásadně od totožných předmětů používaných v civilním odvětví, nemůže být s odvoláním na čl. 296 odst. 1 písm. b) ES ve spojení s článkem 10 směrnice 2004/18/ES vyloučen ze zadávacích řízení stanovených v této směrnici.“

39 — Rozsudek Fiocchi munizioni v. Komise (citovaný v poznámce pod čarou 22, bod 58); stejně tak oznámení Komise (citované v poznámce pod čarou 15), podle něhož článek 296 ES členským státům přiznává „vysoký stupeň uvážení“ při rozhodování o tom, jak chránit základní zájmy bezpečnosti (část 4 oznámení), a „je výsadou členských států definovat podstatné zájmy své bezpečnosti“ (část 5 oznámení).

40 — Rozsudky Komise v. Španělsko (C-414/97, body 22 a 24), Komise v. Švédsko (C-294/05, bod 47), Komise v. Finsko (C-284/05, bod 49), Komise v. Německo (C-372/05, bod 72), Komise v. Itálie (C-387/05, bod 49), Komise v. Řecko (C-409/05, bod 54), Komise v. Dánsko (C-461/05, bod 55), Komise v. Itálie (C-239/06, bod 50), a Komise v. Portugalsko (C-38/06, bod 66), citované v poznámce pod čarou 2.

41 — Srov. rovněž sdělení Komise (citované v poznámce pod čarou 15, část 3).

42 — Rozsudky Agusta (citovaný v poznámce pod čarou 5, zejména bod 53) a Komise v. Itálie, C-157/06 (citovaný v poznámce pod čarou 26, bod 31; podobně sdělení Komise (citované v poznámce pod čarou 15, část 5), podle něhož je třeba prokázat, proč je neuplatňování směrnice o zadávání veřejných zakázek v tomto konkrétním případě nezbytné k ochraně podstatného zájmu bezpečnosti.

43 — Rozsudky Agusta (citovaný v poznámce pod čarou 5, zejména bod 52) a Komise v. Itálie, C-157/06 (citovaný v poznámce pod čarou 26, bod 30).

44 — K důvěrnosti utajovaných skutečností veřejného zadavatele viz zejména články 7, 20 a 22 směrnice 2009/81; k důvěrnosti informací poskytnutých uchazeči viz např. článek 6 směrnice 2004/18 a článek 6 směrnice 2009/81, jakož i rozsudek ze dne 14. února 2008, Varec, (C-450/06, Sb. rozh. s. I-581).