Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 19 stycznia 2012 r.[1]

Sprawa C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy
[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

złożony przez Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)]

Zamówienia publiczne na dostawy — Artykuł 10 dyrektywy 2004/18/WE — Artykuł 296 WE — Ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego — Handel materiałami wojskowymi — Produkty nabywane przez instytucję zamawiającą specjalnie do celów wojskowych, posiadające jednak w dużej mierze równoważne zastosowania użytkowe w sektorze cywilnym — Stół obrotowy do pomiarów elektromagnetycznych

I – Wprowadzenie

1. Warunki, pod którymi państwa członkowskie mogą stosować odstępstwa od prawa Unii w związku z ich obronnością i siłami zbrojnymi, są często powodem sporów prawnych[2].

2. W niniejszej sprawie Trybunał ma wyjaśnić, pod jakimi warunkami siły zbrojne państwa członkowskiego mogą z pominięciem przepisów europejskiego prawa zamówień publicznych udzielać zamówień na dostawę towarów przeznaczonych do użytku wojskowego.

3. Fińskie siły zbrojne w 2008 r. złożyły zamówienie na dostawę stołu obrotowego[3] do pomiarów elektromagnetycznych, który miał być używany w ramach „elektronicznych strategii wojennych" do celów symulacji i ćwiczeń operacji wojskowych. Nie przestrzegano przy tym w pełni procedury udzielania zamówień publicznych przewidzianej dyrektywą 2004/18/WE[4].

4. Fiński sąd podnosi obecnie kwestię tego, jak należy rozumieć przepisy wprowadzające odstępstwa dla zamówień publicznych w dziedzinie obronności, wynikające z art. 10 dyrektywy 2004/18

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Zobacz chociażby orzecznictwo w przedmiocie dostępu kobiet do zatrudnienia w siłach zbrojnych państw członkowskich (wyroki: z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 Sirdar, Rec. s. I-7403; z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 Kreil, Rec. s. I-69), w przedmiocie obowiązku odbycia służby wojskowej przez mężczyzn (wyrok z dnia 11 marca 2003 r. w sprawie C-186/01 Dory, Rec. s. I-2479), w przedmiocie obowiązku podatkowego z zakresu VAT w odniesieniu do broni (wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5585) oraz w przedmiocie traktowania pod względem celnym wyposażenia wojskowego (wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-284/05 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-11705; w sprawie C-294/05 Komisja przeciwko Szwecji, Zb.Orz. s. I-11777; w sprawie C-372/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-11801; w sprawie C-387/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-11831; w sprawie C-409/05 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-11859; w sprawie C-461/05 Komisja przeciwko Danii, Zb.Orz. s. I-11887; w sprawie C-239/06 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-11913; wyrok z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie C-38/06 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-1569).

3 — W języku angielskim: „tiltable turntable".

4 — Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

w związku z art. 296 WE (obecnie art. 346 TFUE). W oparciu o swój wyrok w sprawie Agusta [5] Trybunał, udzielając odpowiedzi na rozpatrywany wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, ma w szczególności wyjaśnić, czy towary należy uważać za „przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych", jeśli mogą one być obok swojego zastosowania wojskowego w bardzo podobny sposób używane do celów cywilnych.

5. Inaczej niż w przypadku helikopterów w sprawie Agusta sporny w niniejszej sprawie stół obrotowy został przez instytucję zamawiającą nabyty wyłącznie w celach wojskowych, nie stanowi zatem „przedmiotu podwójnego użytku" w ścisłym znaczeniu tego terminu. Zgodnie z ustaleniami dokonanymi w postanowieniu odsyłającym jest jednak możliwe, że prywatne instytucje i przedsiębiorstwa również mogłyby stosować taki stół obrotowy.

II – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

6. Ramy prawa Unii w niniejszej sprawie wyznacza art. 10 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 296 WE.

7. Artykuł 10 dyrektywy 2004/18 zatytułowany „zamówienia publiczne w dziedzinie obronności" w swoim poprzednim brzmieniu [6] zawiera następujące wyjaśnienie dotyczące zakresu zastosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych:

„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z zastrzeżeniem art. 296 traktatu".

8. Artykuł 296 WE (niegdyś art. 223 traktatu EWG) do chwili jego zastąpienia art. 346 TFUE w wyniku wejścia w życie traktatu z Lizbony [7] miał następujące brzmienie:

„1. Postanowienia niniejszego traktatu nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł:

a) [...]

b) każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

2. Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji, może wprowadzać zmiany do sporządzonej przez siebie 15 kwietnia 1958 roku listy produktów, do których mają zastosowanie postanowienia ustępu 1 lit. b)".

5 — Wyrok z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 Komisja przeciwko Włochom, zwany „wyrokiem w sprawie Agusta", Zb.Orz. s. I-2173, pkt 47.

6 — Brzmienie art. 10 dyrektywy 2004/18 zostało zmienione dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. L 216, s. 76). To nowe brzmienie weszło jednak w życie dopiero w dniu 21 sierpnia 2009 r., zaś państwa członkowskie miały dokonać jego transpozycji do dnia 21 sierpnia 2011 r. (zob. art. 72 ust. 1 i art. 74 dyrektywy 2009/81), a więc nie mogło ono jeszcze znaleźć zastosowania do niniejszej sprawy.

7 — Traktat z Lizbony wszedł w życie w dniu 1 grudnia 2009 r.

9. Decyzja Rady nr 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r., ustalająca wykaz wymieniony w art. 296 ust. 2 WE (zwany dalej także „wykazem z 1958 r."), brzmi we fragmentach, jak następuje[8]:

„Artykuł [296] ust. 1 lit. b) traktatu znajduje zastosowanie do następujących rodzajów broni, amunicji i materiałów wojennych, włącznie z bronią skonstruowaną z wykorzystaniem energii atomowej:

[...]

5. Wojskowy sprzęt naprowadzający:

a) Urządzenia naprowadzające, celowniki na podczerwień i inne materiały naprowadzające w ciemności;

b) Urządzenia pomiaru odległości, położenia i wysokości;

c) Elektroniczne, żyroskopowe, optyczne i akustyczne urządzenia monitorujące;

d) Lunety wyrzutni i dział, peryskopy do urządzeń wymienionych na niniejszej liście.

[...]

11. Sprzęt elektroniczny przeznaczony do celów wojskowych.

[...]

14. Fragmenty i pojedyncze części sprzętu wyszczególnionego na tej liście, o ile mają one charakter wojskowy.

15. Maszyny, sprzęt i narzędzia opracowane wyłącznie dla celów rozwoju, produkcji, badań i kontroli wyszczególnionych na liście towarów, amunicji i urządzeń czysto wojskowych".

10. Należy uzupełniająco wskazać na motyw 10 dyrektywy 2009/81: „Dla celów niniejszej dyrektywy, jako sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętym decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r., a państwa członkowskie mogą ograniczyć się do tego wykazu wyłącznie w przypadku transpozycji niniejszej dyrektywy [a przy transpozycji niniejszej dyrektywy państwa członkowskie mogą ograniczyć się do tego wykazu]. W wykazie tym figuruje jedynie sprzęt, który został zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych. Wykaz ten ma jednak charakter ogólny i ma być szeroko interpretowany w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymogów wojskowych prowadzącego do opracowania nowych typów sprzętu, przykładowo na podstawie wspólnej listy sprzętu wojskowego Unii. Do celów niniejszej dyrektywy termin „sprzęt wojskowy" powinien również obejmować produkty, które – choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego – zostają później zaadaptowane do celów wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych".

8 — Decyzja ta nie została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*, jest ona jednak we fragmentach zawarta w dokumencie Rady Unii Europejskiej nr 14538/4/08 z dnia 26 listopada 2008 r., który jest dostępny na stronie internetowej Rady pod adresem http://register.consilium.europa.eu (ostatnia konsultacja w dniu 12 grudnia 2011 r.). Treść rzeczonego wykazu została ponadto przytoczona w odpowiedzi Komisji na zapytanie parlamentarzysty (odpowiedź z dnia 27 września 2001 r. na pisemne zapytanie E-1324/01 posła Barta Staesa, Dz.U. C 364 E, s. 85).

B – *Prawo krajowe*

11. W Finlandii dyrektywa 2004/18 została transponowana ustawą nr 348/2007 w sprawie zamówień publicznych [9] (zwana dalej „ustawą w sprawie zamówień publicznych"), której zakres zastosowania został ograniczony w § 7 ust. 1 w następujący sposób:

„Niniejsza ustawa nie znajduje zastosowania do zamówień:

1) tajnych albo których udzielenie wymaga szczególnych środków bezpieczeństwa przewidzianych ustawą, albo jeśli wymagają tego istotne interesy bezpieczeństwa państwa;

2) których przedmiot przeznaczony jest głównie do celów wojskowych".

12. Ponadto zgodnie z przepisem administracyjnym fińskiego ministerstwa obrony z dnia 28 maja 2008 r. przy udzielaniu zamówień dotyczących nabycia towarów z dziedziny obronności należy do odwołania przestrzegać między innymi zarządzenia nr 76/1995 ministerstwa obronności z dnia 17 marca 1995 r.

13. Paragraf 1 rzeczonego zarządzenia definiuje towary lub usługi przeznaczone głównie do celów wojskowych, do których ustawa w sprawie zamówień publicznych nie znajduje zastosowania. Dotyczy to w szczególności „specjalnego wyposażenia do celów działalności wojskowej i szkolenia lub do celów ćwiczeń symulacji operacji wojskowych, a także specjalnie w tym celu opracowanych części, urządzeń dodatkowych i elementów wyposażenia", jak wynika z § 1 w związku z lit. M załącznika do tego zarządzenia.

III – Okoliczności faktyczne i postępowanie przed sądem krajowym

14. W 2008 r. instytut kontroli technicznej fińskich sił zbrojnych [10] przeprowadził procedurę udzielania zamówień publicznych zmierzającą do nabycia stołu obrotowego do pomiarów elektromagnetycznych o wartości 1 650 000 EUR. W tym celu zwrócił się w dniu 5 lutego 2008 r. do czterech przedsiębiorstw z zaproszeniem do składania ofert, wśród nich także do firmy inżynierskiej Insinööritoimisto InsTiimi Oy (zwanej dalej „InsTiimi").

15. Zamówienie zostało udzielone w „procedurze negocjacyjnej", która zgodnie z informacjami zawartymi we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym różni się od procedury udzielania zamówień publicznych przewidzianej w dyrektywie 2004/18. InsTiimi jest zdania, że należało przeprowadzić procedurę udzielania zamówień publicznych zgodnie z wymogami dyrektywy 2004/18, i wszczęła z tego powodu postępowanie przed sądami fińskimi. W postępowaniu biorą również udział fińskie siły zbrojne, reprezentowane przez sztab główny [11].

16. Skarga wniesiona przez InsTiimi do Markkinaoikeus [12], sądu pierwszej instancji, pozostała bezskuteczna. Markkinaoikeus uznał, że sporny stół obrotowy był przeznaczony głównie do celów wojskowych, a instytucja zamawiająca zamierzała wykorzystać go wyłącznie do celów wojskowych. Z tego względu Markkinaoikeus doszedł do wniosku, że sporne zamówienie było objęte odstępstwem wynikającym z § 7 ust. 1 pkt 2 ustawy w sprawie zamówień publicznych.

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Sąd ds. handlowych.

17. Obecnie w wyniku odwołania wniesionego przez InsTiimi sprawa toczy się w drugiej instancji przed Korkein hallinto-oikeus [13], sądem odsyłającym.

18. W odwołaniu tym InsTiimi podniosła, że stół obrotowy stanowi innowację techniczną pochodzącą z sektora cywilnego, nie został zaś zaprojektowany jako przedmiot wyposażenia wojskowego. Może on zostać użyty generalnie w badaniach naukowych jako urządzenie pomocnicze i podstawka oraz jako taki nie dostarcza nowych informacji o przedmiocie badań. Techniczna realizacja spornego przetargu opiera się na montażu w pełni dostępnych materiałów, części i instalacji, a związany z tym projekt obejmuje jedynie celowy wybór i połączenie części celem spełnienia specyfikacji zamówienia.

19. Siły zbrojne podniosły natomiast przed Korkein hallinto-oikeus, że sporne zamówienie obejmujące stół obrotowy dotyczyło wyłącznie celów wojskowych i że stół ten jest przeznaczony konkretnie do symulacji operacji wojskowych. Za pomocą owego stołu dokonuje się symulacji i ćwiczeń wojskowego zapobiegania przed rozpoznaniem z powietrza przy określonych kątach i namierzeniu celu. Sensor symulujący zagrożenie może zostać ustawiony jedynie pod kątem odpowiadającym zagrożeniu poprzez właściwe pochylenie celu za pomocą stołu obrotowego, na przykład umieszczonego na nim czołgu.

20. Stół obrotowy, jak argumentują siły zbrojne, jest istotną częścią składową toru pomiarowego, który ma zostać utworzony w terenie celem dokonywania pomiarów, symulacji i ćwiczeń elektronicznych strategii wojennych i w związku z tym jest opracowany do badań nad bronią i do celów wojskowych. Stół obrotowy stanowi produkt w rozumieniu lit. M załącznika do zarządzenia nr 76 ministerstwa obrony.

IV – Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

21. Postanowieniem z dnia 13 grudnia 2010 r. Korkein hallinto-oikeus zawiesił toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy dyrektywa 2004/18/WE przy uwzględnieniu art. 10 tej dyrektywy, art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE oraz zatwierdzonego na mocy decyzji Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r. wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych, obowiązuje w przypadku zamówienia publicznego w pozostałym zakresie objętego zakresem obowiązywania dyrektywy, jeżeli wedle wskazań instytucji zamawiającej przedmiot zamówienia ma zostać użyty wyłącznie do celów wojskowych, jednak istnieją dla niego również w dużej mierze równorzędne techniczne zastosowania użytkowe na rynku cywilnym?”.

22. W postępowaniu przed Trybunałem uwagi na piśmie obok obu stron postępowania przed sądem krajowym – InsTiimi i sił zbrojnych – przedstawili rząd fiński, czeski i portugalski, a także Komisja Europejska. Poza rządami czeskim i portugalskim powyżsi uczestnicy postępowania wzięli udział w rozprawie w dniu 12 grudnia 2011 r.

V – Ocena

23. Kluczową kwestią dla udzielenia odpowiedzi na niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest wykładnia art. 296 WE (obecnie art. 346 TFUE), do którego odsyła art. 10 dyrektywy 2004/18.

24. Artykuł 296 ust. 1 lit. b) WE pierwsza część zdania upoważnia każde państwo członkowskie do jednostronnego [14] podejmowania środków, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, o ile dotyczą one produkcji lub handlu bronią, amunicją i materiałami wojennymi. Dyrektywa 2004/18 w swoim art. 10 opiera się na tym przepisie w celu zdefiniowania swojego zakresu obowiązywania.

13 — Naczelny sąd administracyjny.

14 — Trybunał już wcześniej w swoim wyroku z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 Costa przeciwko ENEL, Rec. s. 1253, 1270, stwierdził, że chodzi o jednostronne środki.

25. Jak słusznie podniosła Komisja, a także uznał rząd fiński, pierwsza część zadania w art. 296 ust. 1 lit. b) WE uzależnia przyjęcie jednostronnych środków krajowych od kumulatywnego spełnienia dwóch warunków:

— Po pierwsze musi chodzić o produkcję broni, amunicji i materiałów wojennych albo o handel nimi.

— Po drugie przyjmowane środki muszą się wydawać niezbędne do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa danego państwa członkowskiego.

26. W swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd krajowy odnosi się w szczególności do pierwszego z tych warunków: zajmuje się wyłącznie koncepcją „towarów przeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych". Warunek drugi nie może jednak zostać całkowicie pominięty ani przy ocenie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (zob. w tym względzie bezpośrednio poniżej, pkt A), ani przy merytorycznej ocenie pytania prejudycjalnego (zob. w tym względzie poniżej, pkt B). Z tego względu rozważę poniżej, o ile będzie to konieczne, także ten drugi warunek, jak zrobili to także liczni uczestnicy postępowania, chociażby na rozprawie.

A – *Dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym*

27. Okoliczność, że sąd krajowy w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym odniósł się jedynie do pierwszego z kryteriów zawartych w art. 296 ust. 1 lit. b) WE – koncepcji „towarów przeznaczonych wyłącznie do użytku wojskowego" – sama w sobie nie może podważyć dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

28. Pytanie prejudycjalne skierowane do Trybunału musiałoby wprawdzie zostać uznane za hipotetyczne, gdyby ustalono, że w niniejszej sprawie drugie z kumulatywnych kryteriów zawartych w art. 296 ust. 1 lit. b) WE nie jest spełnione, to jest jeśli odstępstwo od przepisów dotyczących zamówień publicznych zawartych w dyrektywie 2004/18 nie mogłoby zostać uzasadnione podstawowymi interesami bezpieczeństwa Finlandii. W postępowaniu przed Trybunałem nie występują jednak elementy, które w wystarczającym stopniu by na to wskazywały.

29. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie rozstrzyga ostatecznie, czy instytucja zamawiająca w niniejszej sprawie powołała się na ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa Finlandii w rozumieniu drugiego kryterium. Sąd krajowy wskazuje jedynie, że siły zbrojne nie skonkretyzowały w sposób zalecany przez Komisję Europejską [15], jakie podstawowe interesy bezpieczeństwa związane są z nabyciem stołu obrotowego oraz z jakiego powodu niestosowanie dyrektywy 2004/18 do tej sprawy jest niezbędne. Rząd fiński i sztab główny sił zbrojnych podnoszą również, że takie interesy bezpieczeństwa zostały podniesione w postępowaniu krajowym.

30. Sąd krajowy podkreśla ponadto, że skarga InsTiimi musiałaby zostać odrzucona jako niedopuszczalna, gdyby zamówienie publiczne nie było objęte zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18 i ustawy nr 348/2007. Aby to ocenić, niezbędne jest także wyjaśnienie pierwszego kryterium – koncepcji „towarów przeznaczonych wyłącznie do użytku wojskowego".

15 — Sąd krajowy odnosi się w tej kwestii do komunikatu wyjaśniającego Komisji z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie zastosowania art. 296 traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności [COM(2006) 779 wersja ostateczna], zwany dalej: „komunikatem Komisji".

31. W tych okolicznościach nie można przyjąć, że przedstawione pytanie w *oczywisty sposób* nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia [16]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy raczej domniemywać znaczenia tego pytania dla rozstrzygnięcia [17].

32. Żadne względy nie przemawiają zatem przeciwko udzieleniu odpowiedzi na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

B – *Merytoryczna ocena pytania prejudycjalnego*

33. W swoim pytaniu sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy przy udzielaniu zamówienia publicznego w dziedzinie obronności można odstąpić od zastosowania przepisów dyrektywy 2004/18, jeśli wprawdzie przedmiot zamówienia ma być używany wyłącznie do celów wojskowych, ma on jednak szerokie równoważne zastosowanie w sektorze cywilnym.

34. Kontekst dla tego pytania tworzy zgodnie z niezakwestionowanymi informacjami InsTiimi okoliczność, że stoły obrotowe takie jak w niniejszej sprawie mają zastosowanie w przeważającej mierze w sektorze cywilnym, nie zaś w pierwszym rzędzie do celów wojskowych.

35. Poglądy uczestników postępowania różnią się znacznie. Podczas gdy InsTiimi oraz Komisja uważają, że w tej sprawie należało przestrzegać przepisów dyrektywy 2004/18, siły zbrojne i wszystkie rządy biorące udział w postępowaniu stoją na stanowisku, że odstępstwo od tej dyrektywy było uzasadnione zgodnie z art. 296 ust. 1 lit. b) WE.

36. Zasadniczo przepisy unijne dotyczące zamówień publicznych dotyczą także dziedziny obronności. W chwili udzielenia spornego zamówienia wynikało to z art. 10 dyrektywy 2004/18. W okresie po 21 sierpnia 2011 r. zostało to potwierdzone ponadto w dyrektywie 2009/81 [18]. Stosowanie przepisów unijnych dotyczących udzielania zamówień publicznych przyczynia się do umocnienia swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu usług w Unii oraz do urzeczywistnienia rynku wewnętrznego [19].

37. Prawo Unii uznaje natomiast jednocześnie uprawniony interes państw członkowskich w ochronie ich podstawowych interesów bezpieczeństwa, co znajduje wyraz w szczególności w art. 296 WE. W art. 10 dyrektywy 2004/18, który odsyła wyraźnie do tego przepisu traktatu, przejawia się kontrowersja mogąca powstać przy udzielaniu zamówień publicznych pomiędzy zasadą rynku wewnętrznego a krajowymi interesami bezpieczeństwa.

38. Z art. 10 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 296 WE wynika, że państwo członkowskie może wprowadzić odstępstwa od unijnych przepisów w sprawie zamówień publicznych, jeśli z jednej strony chodzi o broń, amunicję albo materiały wojenne (kryterium pierwsze) oraz jeśli z drugiej strony odstępstwo od unijnych przepisów w sprawie zamówień publicznych wydaje się konieczne do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego (kryterium drugie).

16 — W przedmiocie podstawy niedopuszczalności w postaci *oczywistego* braku wpływu na rozstrzygnięcie zob. m.in. wyroki z dnia 3 czerwca 2008 r. w sprawie C-308/06 Intertanko i in., Zb.Orz. s. I-4057, pkt 31, 32; z dnia 12 października 2010 r. w sprawie C-45/09 Rosenbladt, Zb.Orz. s. I-9391, pkt 32, 33; z dnia 25 października 2011 r. w sprawach połączonych C-509/09 i C-161/10 eDate Advertising, Zb.Orz. s. I-10269, pkt 32, 33.

17 — Wyroki z dnia 7 września 1999 r. w sprawie C-355/97 Beck i Bergdorf, Rec. s. I-4977, pkt 22; ww. w przypisie 16 wyrok w sprawie Rosenbladt, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie C-119/09 Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, Zb.Orz. s. I-2551, pkt 21.

18 — Zobacz w szczególności art. 10 dyrektywy 2004/18 w brzmieniu zmienionym dyrektywą 2009/81, a także art. 2 dyrektywy 2009/81 oraz pierwsze zdanie motywu 10 dyrektywy 2009/81.

19 — Motyw 2 dyrektywy 2004/18; podobnie utrwalone orzecznictwo Trybunału dotyczące szeregu dyrektyw w przedmiocie harmonizacji prawa zamówień publicznych, zob. chociażby wyroki z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 16; z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 27; z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173, pkt 38.

39. Biorąc pod uwagę kluczowe znaczenie swobód podstawowych i zasady rynku wewnętrznego w systemie traktatów [20], kryteria te należy interpretować ściśle w zgodzie z orzecznictwem dotyczącym art. 296 WE [21].

1. Kryterium pierwsze: produkty wojskowe

40. Pierwsza część zdania art. 296 ust. 1 lit. b) WE znajduje zastosowanie do broni, amunicji i materiałów wojennych – w skrócie: *produktów wojskowych*. Wydając wykaz z 1958 r. Rada ustanowiła kategorie przedmiotów, które należy konkretnie za takie uważać.

41. Podzielam pogląd Sądu Unii Europejskiej (uprzednio Sądu Pierwszej Instancji) [22], zgodnie z którym przedmiotowy zakres zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) WE został wyczerpująco uregulowany w wykazie z 1958 r., do którego wyraźnie odnosi się art. 296 ust. 2 WE [23]. Sąd słusznie wskazał, że przepisy wprowadzające odstępstwo w art. 296 ust. 1 lit. b) WE nie powinny znajdować zastosowania do transakcji dotyczących produktów innych niż produkty wojskowe wymienione w wykazie z 1958 r. [24].

42. Oparte na art. 296 ust. 1 lit. b) WE odstępstwo od przewidzianej w dyrektywie 2004/18 procedury udzielania zamówień publicznych wymaga zatem przede wszystkim, aby produkt taki jak sporny stół obrotowy mógł w ogóle zostać zaklasyfikowany do jednej z kategorii przedmiotów wymienionej w wykazie z 1958 r. Do sądu krajowego, który jako jedyny ma za zadanie dokonanie ustaleń faktycznych oraz ocenę stanu faktycznego, będzie należało szczegółowe badanie i ocena tej okoliczności.

43. Skoro przedmiotowy stół obrotowy zgodnie z informacjami podanymi przez fińskie siły zbrojne umożliwia przeprowadzenie pomiarów elektromagnetycznych oraz ma służyć symulacji działań wojennych przy ćwiczeniu namierzania celu, może on stanowić część wyposażenia wojskowego służącego do badań i kontroli broni (pkt 15 w związku z pkt 11 i 14 wykazu z 1958 r.). Teoretycznie stół obrotowy mógłby zostać uznany za część urządzenia naprowadzającego albo monitorującego [pkt 5 lit. b) i c) w związku z pkt 14 wykazu z 1958 r.] [25].

44. Sama okoliczność, że stół obrotowy może zostać zaklasyfikowany do którejś z kategorii przedmiotów w rozumieniu wykazu z 1958 r., nie upoważnia jednak jeszcze do wprowadzenia odstępstwa od unijnych przepisów w sprawie zamówień publicznych. Wymienienie określonego przedmiotu w wykazie z 1958 r. jest wprawdzie niezbędnym, jednak niewystarczającym warunkiem powołania się na art. 10 dyrektywy 2004/18 w związku z pierwszą częścią zdania art. 296 ust. 1 lit. b) WE.

20 — Zobacz w tym względzie dotąd art. 2 UE i art. 3 ust. 1 lit. c) WE (obecnie art. 3 ust. 3 zdanie pierwsze TUE).

21 — Wyżej wymienione w przypisie 2 wyroki w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 21; w sprawie C-284/05 Komisja przeciwko Finlandii, pkt 46; w sprawie C-294/05 Komisja przeciwko Szwecji, pkt 44; w sprawie C-372/05 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 69; w sprawie C-387/05 Komisja przeciwko Włochom, pkt 46; w sprawie C-409/05 Komisja przeciwko Grecji, pkt 51; w sprawie C-461/05 Komisja przeciwko Danii, pkt 52; w sprawie C-239/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 47; w sprawie C-38/06 Komisja przeciwko Portugalii, pkt 63.

22 — Zobacz wyroki Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 Fiocchi munizioni przeciwko Komisji, Rec. s. II-3951.

23 — Nie wyklucza to oczywiście odpowiedniej interpretacji i zastosowania wykazu z uwzględnieniem aktualnego rozwoju technicznego. Jak wynika z motywu 10 dyrektywy 2009/81, wykaz ten ma mianowicie „charakter ogólny i ma być szeroko interpretowany w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymogów wojskowych prowadząc[ych] do opracowania nowych typów sprzętu" (podobnie komunikat Komisji przywołany w przypisie 15, pkt 3). Wykaz ten znajduje zatem zastosowanie nie tylko do broni znanej w 1958 r., lecz także do używanej obecnie przez siły zbrojne państw członkowskich, o ile można ją zaklasyfikować do kategorii wymienionych w wykazie.

24 — Wyżej wymieniony w przypisie 22 wyrok w sprawie Fiocchi munizioni przeciwko Komisji, pkt 61.

25 — Klasyfikacja do pkt 5 wykazu z 1958 r. wymaga „wojskowego sprzętu naprowadzającego". Związku z „naprowadzaniem" można się zasadniczo dopatrywać w tym, że sporny stół obrotowy ma być stosowany w odniesieniu do „elektronicznych strategii wojennych" przy symulacji i ćwiczeniach „namierzania celu" oraz ma ostatecznie przygotowywać „środki zapobiegania przed rozpoznaniem z powietrza". Uczestnicy postępowania nie przyjęli jednak na rozprawie przed Trybunałem takiego związku z naprowadzaniem.

45. Stosowanie pierwszej części zdania art. 296 ust. 1 lit. b) WE wymaga ponadto, aby dany przedmiot był *przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych* [26]. Wynika to a contrario z drugiej części zdania w tym przepisie, w której jest mowa o „produktach nieprzeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych". Wykaz z 1958 r. zawiera również szereg sformułowań, z których wynika, że produkt w rozumieniu art. 296 ust. 1 lit. b) WE nie tylko musi być zaklasyfikowany pod względem rodzaju do określonej kategorii, lecz ponadto musi być przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych [27]. Potwierdził to również niedawno prawodawca unijny [28].

46. O tym, czy produkt przeznaczony jest do celów wojskowych, nie decyduje wyłącznie fakt, że nabywcą są siły zbrojne państwa członkowskiego albo że inna instytucja publiczna te produkty dla sił zbrojnych nabywa. W przeciwnym razie każdy ołówek stałby się produktem wojskowym z tego tylko powodu, że jest nabywany przez wojsko. Sprzeciwiałoby się to nakazowi ścisłej wykładni art. 296 ust. 1 lit. b) WE oraz naruszałoby nadmiernie zasadę rynku wewnętrznego.

47. Tym bardziej nie wystarczy, że chodzi o towar *zdatny* do używania w wojsku i który *można* z tego powodu stosować do celów wojskowych. Trybunał orzekł podobnie w sprawie Agusta, że helikoptery nabywane zgodnie z wieloletnią praktyką przez państwo włoskie bez przeprowadzania przetargu nie były objęte art. 296 ust. 1 lit. b) WE, ponieważ zostały one skonstruowane do celów cywilnych oraz mogły służyć celom wojskowym jedynie ewentualnie [29].

48. Zastosowanie art. 296 ust. 1 lit. b) WE wymaga produktu, który poza samą zdatnością do ewentualnego wykorzystania w wojsku posiada *szczególne wojskowe przeznaczenie*, a mianowicie zarówno w sensie subiektywnym, jak i obiektywnym. Dany przedmiot musi mieć szczególne wojskowe przeznaczenie nie tylko zgodnie z jego konkretnym zastosowaniem zdefiniowanym przez instytucję zamawiającą [30] (a więc *subiektywnie*), lecz także zgodnie ze swoją koncepcją i właściwościami [31] (a zatem *obiektywnie*).

49. W przypadku niektórych produktów to szczególne wojskowe przeznaczenie może być oczywiste. Można tu wymienić chociażby figurujące w wykazie z 1958 r. broń przeciwpancerną, bomby i okręty wojenne [32]. Zostały one skonstruowane jako urządzenia typowo wojskowe (obiektywne przeznaczenie) oraz nabywane są przez instytucję zamawiającą wyłącznie do celów wojskowych (subiektywne przeznaczenie).

50. W przypadku innych towarów, jak na przykład również wymienionych w wykazie pojazdów, samolotów, materiałów wybuchowych, amunicji i dalmierzy, szczególne wojskowe przeznaczenie należy konkretnie wykazać [33], ponieważ możliwe jest także wykorzystanie cywilne.

51. Tak właśnie jest również w niniejszym przypadku.

26 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Agusta, pkt 47; wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/06 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-7313, pkt 26.

27 — Zobacz np. pkt 5 i 11 („dla celów wojskowych"), a także pkt 14 wykazu z 1958 r. („o ile mają charakter wojskowy").

28 — „[W wykazie z 1958 r.] figuruje jedynie sprzęt, który został zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych" (zdanie drugie motywu 10 dyrektywy 2009/81).

29 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Agusta, w szczególności pkt 48, 49; zob. ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie C-157/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 27.

30 — Zobacz ponownie ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Agusta, w szczególności pkt 48, 49, który wskazuje jako decydujące kryterium zastosowanie zdefiniowane przez instytucję zamawiającą.

31 — Podobnie także motyw 10 dyrektywy 2009/81, zgodnie z którym „[w wykazie z 1958 r.] figuruje jedynie sprzęt, który został *zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany* konkretnie dla celów wojskowych" (podkreślenie tylko tutaj); zob. także komunikat Komisji, przywołany w przypisie 15, pkt 3, w którym jest mowa o uzbrojeniu, które ma *„wyłącznie wojskowy charakter i przeznaczenie"* (podkreślenia także w oryginale).

32 — Punkt 2 lit. a), pkt 4 i 9 lit. a) wykazu z 1958 r.

33 — Punkt 3, 5 lit. a), pkt 6, 8 lit. b) i pkt 10 wykazu z 1958 r.

52. Ustalono z pewnością, że sporny stół obrotowy w *rozumieniu subiektywnym* miał szczególne wojskowe przeznaczenie: miał on być używany zgodnie z wolą instytucji zamawiającej przy symulacji działań wojennych i ćwiczeniach w namierzaniu celu przez fińskie siły zbrojne. W tym zakresie niniejsza sprawa różni się więc od sprawy Agusta, w której nie można było stwierdzić szczególnego wojskowego przeznaczenia nabywanych towarów [34].

53. Poważne wątpliwości co do uznania owego stołu obrotowego za posiadający szczególne wojskowe przeznaczenie występują *pod względem obiektywnym*. Co prawda uczestnicy postępowania nie byli zgodni na rozprawie co do tego, czy stół obrotowy taki jak w niniejszej sprawie w przypadku jego późniejszej sprzedaży na rynku cywilnym znalazłby jeszcze nabywcę. Zgodnie z informacjami sądu krajowego, które w postępowaniu prejudycjalnym jako jedyne są miarodajne [35], taki stół obrotowy posiada w dużej mierze równorzędne techniczne zastosowania użytkowe na rynku cywilnym. Podobnie InsTiimi podnosi – co nie zostało podważone – że stoły obrotowe mogą znaleźć zastosowanie także w sektorze cywilnym, ponieważ zostały wręcz oryginalnie skonstruowane do cywilnego wykorzystania i dopiero później zaczęto ich używać do celów wojskowych.

54. Takie przedmioty, które wprawdzie zostały zaprojektowane do celów cywilnych, później jednak zostały zaadaptowane do celów wojskowych, nie powinny zgodnie z wolą prawodawcy unijnego [36] być co do zasady wyłączone z zakresu zastosowania unijnoprawnej procedury udzielania zamówień publicznych [37].

55. Z pewnością nie można również wykluczyć, że nabyty w niniejszej sprawie stół obrotowy został ze względu na swe wojskowe wykorzystanie zmieniony w tak istotnych punktach, że powstał z niego zupełnie inny produkt niż ten, który jest używany do celów cywilnych. Takie dostosowanie mogło nastąpić na przykład wraz z wbudowaniem stołu obrotowego do specjalnie zaprojektowanego „toru pomiarowego utworzonego w terenie" w celu dokonywania pomiarów, symulacji i ćwiczeń „elektronicznych strategii wojennych".

56. Jeśli doszło do tak istotnych zmian, co powinien zbadać sąd krajowy, przedmiotowy stół obrotowy nabył szczególne wojskowe przeznaczenie nie tylko w znaczeniu subiektywnym, ale i obiektywnym. Wówczas, i tylko w takim przypadku, instytucja zamawiająca słusznie zaklasyfikowała go jako towar wojskowy w rozumieniu drugiej części zadania art. 296 ust. 1 lit. b) WE.

57. Jeśli natomiast w postępowaniu przed sądem krajowym potwierdzi się dotychczasowe założenie sądu krajowego, że sporny stół obrotowy zgodnie z jego projektem i właściwościami, także jako część specjalnej wojskowej instalacji służącej do pomiarów elektromagnetycznych i symulacji działań wojennych, nie różni się w istotny sposób od stołów obrotowych, które są zwykle używane w sektorze cywilnym, to wówczas nie będzie on posiadał szczególnego wojskowego przeznaczenia w obiektywnym znaczeniu, nawet jeśli instytucja zamawiająca przewidziała i nabyła stół obrotowy do szczególnych celów wojskowych.

58. W tym ostatnim przypadku należałoby zastosować w odniesieniu do zakupu przedmiotowego stołu obrotowego procedurę udzielania zamówień publicznych przewidzianą przepisami unijnymi.

34 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Agusta, w szczególności pkt 48, 49.

35 — Wyroki z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. s. I-8089, pkt 10; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych C-482/01 i C-493/01 Orfanopoulos i Oliveri, Rec. s. I-5257, pkt 42; z dnia 25 stycznia 2011 r. w sprawie C-382/08 Neukirchinger, Zb.Orz. s. I-139, pkt 41.

36 — Zdanie ostatnie motywu 10 dyrektywy 2009/81. Jakkolwiek to przekonanie wynika z aktu ustawodawczego, który ratione tempore nie znajduje zastosowania do niniejszej sprawy, nic, jak się wydaje, nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu tej podstawowej koncepcji przy dokonywaniu wykładni dyrektywy 2004/18 w brzmieniu właściwym dla niniejszej sprawy. We wskazanym motywie 10 zostały w każdym razie zawarte w istocie wyjaśnienia co do znaczenia wykazu z 1958 r., jakie należało przyjmować już uprzednio.

37 — Podobnie Trybunał stwierdził, że państwo członkowskie nie może się powołać na art. 296 WE dla wolnocłowego przywozu urządzenia, które może służyć celom zarówno wojskowym, jak i cywilnym, „niezależnie od tego, czy zostało ono przywiezione w celach wyłącznie, czy też nie wyłącznie wojskowych" (zob. w tym względzie przywołane w przypisie 2 wyroki w sprawie C-294/05 Komisja przeciwko Szwecji, pkt 53; w sprawie C-387/05 Komisja przeciwko Włochom, pkt 55.

59. Podsumowując, należy zatem stwierdzić:

Przedmiot, który wedle wskazań instytucji zamawiającej ma zostać użyty wyłącznie do celów wojskowych, jednak nie różni się obiektywnie w istotny sposób od przedmiotów mających równorzędne zastosowania użytkowe na rynku cywilnym, nie może zostać wyłączony na podstawie art. 296 ust. 1 lit. b) WE w związku z art. 10 dyrektywy 2004/18 z przewidzianej w tej dyrektywie procedury udzielania zamówień publicznych.

2. Kryterium drugie: ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa

60. Nawet w przypadku gdy sporny stół obrotowy należałoby zaklasyfikować jako produkt wojskowy [kryterium pierwsze dla zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) WE], do sądu krajowego należałoby jeszcze zbadanie, czy w niniejszej sprawie niezbędne było wprowadzenie odstępstwa od przewidzianej przepisami unijnymi procedury udzielania zamówień publicznych dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa Finlandii [kryterium drugie zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) WE].

61. W tym względzie Trybunał orzekł już, że samo powołanie się państwa członkowskiego na jego interesy bezpieczeństwa nie uzasadnia jeszcze odstępstwa od prawa Unii [38].

62. Państwu członkowskiemu należy wprawdzie przyznać szeroki zakres uznania w odniesieniu do definicji jego interesów bezpieczeństwa [39]; wskazuje na to choćby zastosowanie zwrotu „jakie uważa za konieczne" w art. 296 ust. 1 lit. b) WE. Na organach krajowych ciąży jednakże obowiązek wykazania, że przesłanki tego przepisu są spełnione [40].

63. Jak słusznie wskazała Komisja, w niniejszej sprawie instytucja zamawiająca obowiązana była wykazać, że do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa Finlandii odstępstwo od procedury udzielania zamówień publicznych przewidzianej w dyrektywie 2004/18 było niezbędne [41] oraz proporcjonalne [42].

64. Należy w tym względzie zauważyć, że ewentualny obowiązek zachowania poufności w odniesieniu do określonych informacji wojskowych sam w sobie nie jest jeszcze przeszkodą do udzielenia zamówienia w drodze przetargu [43]. W ramach przewidzianej prawem Unii procedury udzielania zamówień publicznych mogły bowiem również zostać podjęte niezbędne kroki w celu ochrony informacji poufnych [44].

38 — Wyżej wymienione w przypisie 2 wyroki w sprawie C-284/05 Komisja przeciwko Finlandii, pkt 47; w sprawie C-294/05 Komisja przeciwko Szwecji, pkt 45; w sprawie C-372/05 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 70; w sprawie C-387/05 Komisja przeciwko Włochom, pkt 47; w sprawie C-409/05 Komisja przeciwko Grecji, pkt 52; w sprawie C-461/05 Komisja przeciwko Danii, pkt 53; w sprawie C-239/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 48; w sprawie C-38/06 Komisja przeciwko Portugalii, pkt 64.

39 — Wyżej wymieniony w przypisie 22 wyrok w sprawie Fiocchi munizioni przeciwko Komisji, pkt 58; a także ww. w przypisie 15 komunikat Komisji, zgodnie z którym art. 296 WE przyznaje rzeczywiście państwom członkowskim „szeroki zakres uznania" przy decydowaniu o sposobie ochrony ich podstawowych interesów bezpieczeństwa (pkt 4 komunikatu), a „definiowanie swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa jest prerogatywą państw członkowskich" (pkt 5 komunikatu).

40 — Wyżej wymienione w przypisie 2 wyroki w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 22, 24; w sprawie C-294/05 Komisja przeciwko Szwecji, pkt 47; w sprawie C-284/05 Komisja przeciwko Finlandii, pkt 49; w sprawie C-372/05 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 72; w sprawie C-387/05 Komisja przeciwko Włochom, pkt 49; w sprawie C-409/05 Komisja przeciwko Grecji, pkt 54; w sprawie C-461/05 Komisja przeciwko Danii, pkt 55; w sprawie C-239/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 50; w sprawie C-38/06 Komisja przeciwko Portugalii, pkt 66.

41 — Zobacz także ww. w przypisie 15 komunikat Komisji, pkt 3.

42 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Agusta, w szczególności pkt 53; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie C-157/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 31; podobnie ww. w przypisie 15 komunikat Komisji, pkt 5, zgodnie z którym należy wykazać, z jakiego powodu w konkretnym przypadku niezastosowanie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych jest *konieczne* do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa.

43 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Agusta, w szczególności pkt 52; ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie C-157/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 30.

44 — W przedmiocie poufności informacji niejawnych przekazanych przez instytucję zamawiającą zob. w szczególności art. 7, 20 i 22 dyrektywy 2009/81; w przedmiocie poufności informacji przekazanych przez oferenta zob. chociażby art. 6 dyrektywy 2004/18 i art. 6 dyrektywy 2009/81, a także wyrok z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 Varec, Zb.Orz. s. I-581.

65. W niniejszej sprawie, wedle niezakwestionowanych wyjaśnień InsTiimi, instytucja zamawiająca przedstawiła szczegółowe informacje co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu funkcjonowania stołu obrotowego w fińskiej prasie. W tych okolicznościach wydaje się wątpliwe, że w procedurze udzielania zamówień publicznych mógł występować uprawniony interes bezpieczeństwa państwa fińskiego do utrzymania poufności.

66. Określone odstępstwa od przewidzianej w prawie Unii procedury udzielania zamówień publicznych mogą być natomiast uzasadnione tym, że państwo członkowskie nie chce po prostu przekazać informacji dotyczących bezpieczeństwa przedsiębiorstwu zagranicznemu albo kontrolowanemu przez podmiot zagraniczny, w szczególności jeśli chodzi o przedsiębiorstwo albo osoby z państw trzecich. Państwo członkowskie może ponadto w uprawniony sposób dążyć do tego, aby nie popaść w zależność od państw trzecich albo przedsiębiorstw z państw trzecich w odniesieniu do swojego zaopatrzenia w elementy uzbrojenia. Na obie te okoliczności wskazał słusznie rząd czeski.

67. Jak się wydaje, w niniejszej sprawie nic jednak nie wskazuje również na tego rodzaju zastrzeżenia dotyczące bezpieczeństwa ze strony instytucji zamawiającej. Ostatecznie jednak ocena tej kwestii będzie należała do sądu krajowego w oparciu o kompleksową analizę wszystkich okoliczności konkretnego przypadku.

VI – Wnioski

68. W kontekście powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby udzielił na pytanie Korkein hallinto-oikeus następującej odpowiedzi:

Przedmiot, który wedle wskazań instytucji zamawiającej ma zostać użyty wyłącznie do celów wojskowych, jednak nie różni się obiektywnie w istotny sposób od przedmiotów tego samego rodzaju mających zastosowania użytkowe na rynku cywilnym, nie może zostać wyłączony na podstawie art. 296 ust. 1 lit. b) WE w związku z art. 10 dyrektywy 2004/18 z przewidzianej w tej dyrektywie procedury udzielania zamówień publicznych.