

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BHREITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA



LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTITIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKÝCH SPOLOČENSTEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 2 oktober 2008 *

”Fördragsbrott – Offentlig upphandling av varor – Direktiv 93/36/EEG –
Tilldelning av offentliga kontrakt utan att meddelande först publiceras – Lätta
helikoptrar till polisen och den nationella brandkåren”

I mål C-157/06,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts
den 23 mars 2006,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av X. Lewis och
D. Recchia, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Italien, företrädd av I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av
G. Fiengo, avvocato dello Stato, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden på sjätte avdelningen L. Bay Larsen, tillförordnad
ordförande på andra avdelningen, samt domarna K. Schiemann, J. Makarczyk
(referent), J.-C. Bonichot och C. Toader,

generaladvokat: M. Poiares Maduro,

justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

* Rättegångsspråk: italienska

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 15 maj 2008,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), och särskilt artiklarna 2.1 b, 6 och 9 i detta direktiv, genom att anta inrikesministerns dekret nr 558/A/04/03/RR av den 11 juli 2003 (nedan kallat ministerdekretet), som medger undantag från gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling av varor för inköp av lätta helikoptrar till polismyndigheten och den nationella brandkåren, utan att något av de villkor som kan motivera ett sådant undantag är uppfyllt.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

- 2 I artikel 2.1 b i direktiv 93/36 föreskrivs följande:
”1. Detta direktiv skall inte gälla:
...
b) upphandlingskontrakt som sekretessbeläggs eller när deras utförande måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder enligt lagar eller andra författningar i den berörda medlemsstaten, eller om hänsyn till medlemsstatens grundläggande säkerhet så kräver.”
- 3 I artikel 3 i samma direktiv föreskrivs följande:
”Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 2, 4 och 5.1 skall detta direktiv gälla för alla varor som omfattas av artikel 1 a, även dem som omfattas av kontrakt tilldelade av upphandlande myndigheter inom försvarssektorn, men med undantag för produkter som täcks av bestämmelserna i ... artikel [296].1 b [EG].”
- 4 Artikel 6 i direktivet har följande lydelse:

”1. Vid tilldelningen av offentliga varuupphandlingskontrakt skall de upphandlande myndigheterna tillämpa de förfaranden, som fastställs i artikel 1 d), e) och f), i de fall som räknas upp nedan.

2. De upphandlande myndigheterna får tilldela varukontrakt i ett förhandlat förfarande om godtagbara anbud ej lämnas vid öppet eller selektivt förfarande, eller om lämnade anbud är oacceptabla med hänsyn till nationella bestämmelser motsvarande dem i avdelning IV, under förutsättning att de ursprungliga kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats. I dessa fall skall de upphandlande myndigheterna publicera ett meddelande, såvida de inte låter sådana förhandlade förfaranden omfatta alla företag, som uppfyller kraven i artiklarna 20–24 och som under det föregående öppna eller selektiva förfarandet har lämnat anbud enligt de formella reglerna för anbuds förfarandet.

3. De upphandlande myndigheterna får upphandla sina varor genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande i följande fall:

- a) Då det vid öppet eller selektivt förfarande inte lämnas några anbud alls eller några lämpliga anbud under förutsättning att kontraktets ursprungliga villkor inte väsentligt ändrats och att en rapport lämnas till kommissionen.
- b) Då de berörda produkterna framställs enbart för att tjäna forskning, experiment, studier eller utveckling skall denna bestämmelse inte utsträckas till att omfatta produktion i syfte att uppnå kommersiell lönsamhet eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.
- c) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt produkterna bara kan tillverkas eller levereras av en viss leverantör.
- d) I den utsträckning det är absolut nödvändigt när man inte kan iaktta de fastställda tidsfristerna i de öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden som avses i punkt 2, till följd av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna i fråga. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får ej i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna.
- e) Då det gäller ytterligare leveranser från den ursprunglige leverantören, vilka är avsedda antingen som delersättning för normala leveranser eller installationer, eller som utökning av redan förekommande leveranser eller installationer, om ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa materiel med andra tekniska egenskaper, som skulle medföra oförenlighet eller orimliga tekniska svårigheter vid drift och underhåll. Varaktigheten av sådana kontrakt liksom av återkommande kontrakt får som allmän regel inte överstiga tre år.

4. I alla andra fall skall de upphandlande myndigheterna upphandla sina varor genom öppet förfarande eller selektivt förfarande.”

5 I artikel 9 i direktivet föreskrivs följande:

”1. De upphandlande myndigheterna skall snarast möjligt efter början av sitt budgetår genom ett meddelande på förhand ange sin beräknade upphandling per varuområde under de närmaste 12 månaderna, där det uppskattade värdet enligt artikel 5 i detta direktiv är minst 750 000 [euro].

Produktområdet skall fastställas av de upphandlande myndigheterna genom en hänvisning till nomenklaturen 'Classification of Products According to Activities' (CPA). Kommissionen skall fastställa villkoren för hänvisning i meddelandet till bestämda kategorier i nomenklaturen i enlighet med det förfarande som anges i artikel 32.2.

2. Upphandlande myndigheter som önskar upphandla genom ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande i de fall som avses i artikel 6.2, måste annonsera sin avsikt i ett meddelande.

3. Upphandlande myndigheter som har avslutat en upphandling skall tillkännage sitt beslut i ett meddelande om avslutad upphandling. Emellertid får publicering av viss information angående tilldelning av kontrakt underlåtas i vissa fall, om utlämnandet skulle strida mot lag eller på annat sätt stå i motsättning till det allmännas intresse eller skada legitima kommersiella intressen, offentliga eller privata, eller skulle hindra en sund konkurrens mellan leverantörer.

4. Meddelandena skall utformas enligt förlagorna i bilaga [IV] och skall innehålla de uppgifter som förtecknats i dessa förlagor. De upphandlande myndigheterna kan inte kräva några andra villkor än dem som fastställs i artikel 22 och 23 när de begär in uppgifter om de ekonomiska och tekniska standarder som krävs av leverantörer för att de skall komma i fråga för urval (punkt 11 i bilaga [IV] B, punkt 9 i bilaga [IV] C och punkt 8 i bilaga [IV] D).

5. De upphandlande myndigheterna skall sända meddelandena så fort som möjligt och på lämpligaste sätt till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Vid sådant påskyndat förfarande som beskrivs i artikel 12 skall meddelandet sändas per telex, telegram eller telefax.

Meddelandet enligt punkt 1 skall sändas snarast möjligt efter början av varje budgetår.

Meddelandet enligt punkt 3 skall sändas senast 48 dagar efter tilldelningen av kontraktet i fråga.

6. Meddelandena enligt punkterna 1 och 3 skall i sin helhet publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* och i TED databank på gemenskapernas officiella språk, varvid endast texten på originalspråket är autentisk.

7. Meddelandena enligt punkt 2 skall i sin helhet publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* och TED databank på sitt originalspråk. En sammanfattning av de viktigare delarna av varje meddelande skall publiceras på gemenskape[rnas övriga] officiella språk, varvid endast texten på originalspråket är autentisk.

8. Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer skall publicera meddelandena senast 12 dagar efter avsändandet. Vid skyndsamt förfarande enligt artikel 12 skall denna frist minskas till fem dagar.

9. Meddelandena får inte publiceras i de officiella tidningarna eller i annan press i det land där de upphandlande myndigheterna finns före dagen för avsändandet till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, och de måste innehålla uppgift om detta datum. De får inte innehålla annan information än den som publiceras i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

10. De upphandlande myndigheterna måste kunna styrka att avsändandet har skett viss dag.

11. Kostnaden för publicering av meddelanden i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* skall bäras av gemenskaperna. Inget meddelande får vara längre än en sida i tidningen, dvs. ca 650 ord. Varje utgåva av tidningen som innehåller ett eller flera meddelanden om upphandling skall återge förlagan eller förlagorna som ligger till grund för det eller de publicerade meddelandena.”

Den nationella lagstiftningen

6 I ministerdekretet föreskrivs följande:

”1. Upphandling av lätta helikoptrar till polismyndigheten och den nationella brandkåren måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder, vilka även omfattar den tekniska utvärderingsgruppens och det interdepartementala utskottets i framställningen nämnda handlingar.

2. Vid genomförande av nämnda upphandling får det göras undantag från bestämmelserna i lagdekret nr 358 [av den 24 juli 1992], i dess ändrade lydelse enligt lagdekret nr 402 [av den 20 oktober 1998 (nedan kallat lagdekret nr 358/1992)], eftersom de villkor som anges i artikel 4 c i nämnda dekret är uppfyllda i förevarande fall.”

7 Lagdekret nr 358/1992, som citeras i ministerdekretet, utgör den lagstiftning genom vilken gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling av varor införlivas med nationell rätt.

8 I artikel 4 c i lagdekret nr 358/1992 återges bestämmelserna i artikel 2.1 b i direktiv 93/36.

Det administrativa förfarandet

- 9 Eftersom kommissionen hade fått kännedom om ministerdekretet och ansåg att detta stod i strid med artiklarna 2.1 b, 6 och 9 i direktiv 93/36, tillställdes Republiken Italien den 1 april 2004 en formell underrättelse. Republiken Italien besvarade underrättelsen den 30 juli 2004.
- 10 Kommissionen fann inte svaret tillfredsställande och riktade därför ett motiverat yttrande till Republiken Italien den 14 december 2004 och uppmanade den att inom två månader från mottagandet av yttrandet vidta nödvändiga åtgärder för att efterkomma detta.
- 11 Republiken Italien meddelade kommissionen genom skrivelse av den 22 mars 2005 att den ännu inte hade utarbetat ett detaljerat svar på nämnda motiverade yttrande, men att den ”hade inlett en fördjupad reflektionsprocess” och att de första resultaten av denna process ”gav anledning att anta att nämnda dekret kunde ge upphov till tveksamhet avseende dess överensstämmelse med gällande gemenskapbestämmelser om förfaranden vid offentlig upphandling av varor”. I skrivelsen uttrycktes vidare önskemål om att inleda en teknisk dialog med kommissionens tjänstemän, vilken skulle kunna ”ledsaga reflektionsprocessen och leda till en omprövning av den ovannämnda lagstiftningen med vederbörligt beaktande av de många krav som ställs på området”.
- 12 Trots att kommissionen i två skrivelser av den 14 april 2005 och den 26 maj 2005 meddelade Republiken Italien att den var beredd att inleda en dialog med de berörda ministerierna kom denna tekniska dialog aldrig till stånd. Kommissionen beslutade därför att väcka förevarande talan.

Talan

Parternas argument

- 13 Kommissionen har anfört att Republiken Italien genom ministerdekretet otillbörligen har undantagit inköp av lätta helikoptrar till polismyndigheten och den nationella brandkåren från tillämpningsområdet för direktiv 93/36, då inget av de villkor som anges i artikel 2.1 b i detta direktiv är uppfyllt.
- 14 Kommissionen har i detta hänseende betonat att nämnda helikoptrar ska användas av polismyndigheten och den nationella brandkåren, det vill säga av civila enheter som normalt inte är skyldiga att delta i militära operationer. Det faktum att installation av lätt bevapning har framställts som en rent hypotetisk möjlighet bekräftar dessutom att de aktuella helikoptrarna är avsedda att huvudsakligen användas för civila ändamål. Slutligen utgör den omständigheten att helikoptrarna i viss mån ska ha liknande egenskaper som militärhelikoptrar inte tillräcklig grund för att likställa dem med varor för militära ändamål. Enligt kommissionen rör det sig på sin höjd om luftfartyg med ett eventuellt dubbelt användningsområde.

- 15 Härutöver anser kommissionen att direktiv 93/36 är tillämpligt även på varor för militära ändamål och att den medlemsstat som åberopar undantaget i artikel 2.1 b i direktivet ska visa att det föreligger sådana omständigheter som motiverar en tillämpning av detta undantag. Kommissionen anser dock inte att Republiken Italien i förevarande fall har visat att det är berättigat att tillämpa undantaget i nämnda bestämmelse.
- 16 Republiken Italien har påstått att betydelsen av begreppen krig och krigsmateriel, liksom av begreppet hänsyn till en medlemsstats grundläggande säkerhet, i dagens internationella sammanhang har ändrats väsentligt, jämfört med den ursprungliga betydelsen av dessa begrepp. Det kan inte förnekas att de helikoptrar som omfattas av den upphandling som avses i ministerdekretet är av militär karaktär, eftersom de kan användas för att utföra uppdrag rörande nationell säkerhet. Enligt vad det interdepartementala utskott som har inrättats för detta syfte har föreskrivit ska helikoptrarna ha vissa tekniska egenskaper som gör det möjligt att eventuellt använda dem som vapen- och försvarssystem, vilket kräver försvarsministeriets godkännande.
- 17 Republiken Italien har gjort gällande att de villkor som föreskrivs i artikel 2.1 b i direktiv 93/36 är uppfyllda. Denna inställning grundas bland annat på argumentet att största möjliga diskretion ska iakttas med avseende på de aktuella varorna på grund av deras användning som vapensystem och deras driftskompatibilitet med annan militär materiel. Sådan sekretess skulle inte kunna garanteras inom ramen för ett öppet anbudsförfarande.
- 18 Republiken Italien har dessutom hävdats att de omtvistade varorna, även i den händelse att villkoren i artikel 2.1 b i direktiv 93/36 inte skulle anses tillämpliga i förevarande fall, omfattas av undantaget i artikel 296 EG och därmed ändå är undantagna från gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, eftersom de aktuella luftfartygen utan förbehåll är att klassificera som militär materiel.
- 19 Republiken Italien har slutligen invänt att förevarande talan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom principen *ne bis in idem* härvid skulle åsidosättas. Den har gjort gällande att domstolen redan har prövat och avgjort den fråga som är föremål för denna tvist genom dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-0000).

Domstolens bedömning

Upptagande till sakprövning

- 20 Det är i detta avseende tillräckligt att framhäva en viktig skillnad mellan detta mål och det ovannämnda målet kommissionen mot Italien. I förevarande mål har Republiken Italien handlat med stöd av ett dekret från inrikesministern, medan det tidigare målet kommissionen mot Italien avsåg frågan huruvida den praxis som följdes av de italienska myndigheterna var lagenlig. Redan på grund härav kan det

konstateras att principen *ne bis in idem* under alla förhållanden inte kan åberopas med framgång i förevarande fall.

- 21 Republiken Italiens invändning om rättegångshinder ska således lämnas utan bifall.

Prövning i sak

- 22 Domstolen påpekar inledningsvis att parterna är eniga om att värdet av de kontrakt som avses i ministerdekretet överstiger det tröskelvärde som fastställts i artikel 5.1 a i direktiv 93/36, vilket medför att kontrakten omfattas av direktivets tillämpningsområde.
- 23 Det framgår av fast rättspraxis att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG-fördraget inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 november 1993 i mål C-71/92, kommissionen mot Spanien, REG 1993, s. I-5923, punkt 36) och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, kommissionen mot Spanien, REG 1994, s. I-1569, punkterna 15 och 16, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 57 och 58).
- 24 Republiken Italien har i förevarande mål gjort gällande att ministerdekretet uppfyller villkoren i artikel 296 EG och i artikel 2.1 b i direktiv 93/36, bland annat på den grunden att de helikoptrar som avses i dekretet är varor med dubbla användningsområden, det vill säga varor som kan användas för såväl civila som militära ändamål.
- 25 I detta hänseende ska det noteras att varje medlemsstat enligt artikel 296.1 b EG 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 emellertid inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 46).
- 26 Det framgår av nämnda bestämmelses ordalydelse att varorna ska vara avsedda speciellt för militärändamål. Härav följer att inköp av utrustning vars användning för militära ändamål är osäker med nödvändighet ska följa bestämmelserna om offentlig upphandling (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 47).
- 27 Det är klarlagt att ministerdekretet avser helikoptrar som med säkerhet ska användas för civila ändamål, men som endast såsom en eventualitet kan komma att användas för militära ändamål, vilket Republiken Italien har vitsordat.

- 28 Republiken Italien kan följaktligen inte med framgång åberopa artikel 296.1 b EG, som det hänvisas till i artikel 3 i direktiv 93/36, för att motivera nationella bestämmelser som medger att nämnda helikoptrar köps in genom ett förhandlat förfarande.
- 29 Republiken Italien har även åberopat artikel 2.1 b i direktiv 93/36.
- 30 Inledningsvis ska det noteras att nödvändigheten att ange en sekretesskyldighet inte på något sätt hindrar att inbjudan till anbudsgivning sker för att tilldela ett kontrakt (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 52).
- 31 Att åberopa artikel 2.1 b i direktiv 93/36 för att motivera nationella bestämmelser som medger att de aktuella helikoptrarna köps in genom ett förhandlat förfarandet är därför oproportionerligt, med hänsyn till syftet att hindra spridning av känsliga uppgifter angående tillverkningen av dessa helikoptrar. Republiken Italien har nämligen inte visat att ett sådant syfte inte skulle ha kunnat uppnås inom ramen för en inbjudan till anbudsgivning i enlighet med direktivet (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 53).
- 32 I förevarande fall räcker det således inte att enbart ange att den aktuella upphandlingen är sekretessbelagd, att den måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder eller att det är nödvändigt att den undantas från gemenskapsbestämmelserna av hänsyn till statens grundläggande säkerhet, för att det ska anses utrett att de särskilda omständigheter som motiverar undantagen i artikel 2.1 b i direktiv 93/36 faktiskt föreligger.
- 33 Republiken Italien kan följaktligen inte med framgång åberopa artikel 2.1 b i direktiv 93/36 för att motivera nationella bestämmelser som medger att nämnda helikoptrar köps in genom ett förhandlat förfarande.
- 34 Av vad som anförts ovan följer att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/36/EEG, och särskilt artiklarna 2.1 b, 6 och 9 i detta direktiv, genom att anta det ministerdekret som medger undantag från gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling av varor för inköp av lätta helikoptrar till polismyndigheten och den nationella brandkåren, utan att något av de villkor som kan motivera ett sådant undantag är uppfyllt.

Rättegångskostnader

- 35 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Italien ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Italien har tappat målet ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) **Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, och särskilt artiklarna 2.1 b, 6 och 9 i detta direktiv, genom att anta inrikesministerns dekret nr 558/A/04/03/RR av den 11 juli 2003, som medger undantag från gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling av varor för inköp av lätta helikoptrar till polismyndigheten och den nationella brandkåren, utan att något av de villkor som kan motivera ett sådant undantag är uppfyllt.**
- 2) **Republiken Italien ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter