

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

2. oktober 2008 \*

I sag C-157/06,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 23. marts 2006,

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved X. Lewis og D. Recchia, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

**Den Italienske Republik** ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

har

\* Processprog: italiensk.

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af formanden for Sjette Afdeling, L. Bay Larsen, som fungerende formand for Anden Afdeling, og dommerne K Schiemann, J. Makarczyk (refererende dommer), J.-C. Bonichot og C. Toader,

generaladvokat: M. Poiares Maduro  
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. maj 2008,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

**Dom**

- <sup>1</sup> I stævningen har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), artikel 6 og 9, idet den har vedtaget indenrigsministerens dekret nr. 558/A/04/03/RR af 11. juli 2003 (herefter »det ministerielle dekret«), som giver adgang til at fravige de fællesskabsretlige

bestemmelser på området for offentlige indkøb af letvægtshelikoptere til dækning af behovene hos politiet og det nationale brandvæsen, uden at nogen af de betingelser, der kan berettigge en sådan fravigelse, er opfyldt.

## Retsforskrifter

### *Fællesskabsbestemmelser*

<sup>2</sup> Artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på:

[...]

b) indkøbsaftaler, der erklæres hemmelige, eller hvis gennemførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i henhold til gældende love eller administrative

forskrifter i den pågældende medlemsstat, eller når beskyttelsen af medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser kræver det.«

3 Direktivets artikel 3 bestemmer:

»Med forbehold af artikel 2 og 4 og artikel 5, stk. 1, finder dette direktiv anvendelse på alle varer, som er omhandlet i artikel 1, litra a), herunder varer, der omfattes af aftaler, som de ordregivende myndigheder indgår på forsvarsområdet, med undtagelse af de varer, der er omfattet af [...] artikel [296], stk. 1, litra b), [EF].«

4 Direktivets artikel 6 bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder anvender ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler de i artikel 1, litra d), e) og f), definerede procedurer i de nedenfor anførte tilfælde.

2. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling, når der i forbindelse med et offentlig eller et begrænset udbud afgives bud, der ikke er forskriftsmæssige, eller når der afgives bud, der er uantagelige i henhold til nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med afsnit IV, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt. De ordregivende myndigheder skal i så fald offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, medmindre de i udbuddet efter forhandling medtager alle de virksomheder, som opfylder betingelserne i artikel 20 til 24, og som

under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet bud, der opfylder udbudsprocedurens formelle krav.

3. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud ikke er afgivet bud eller ikke er afgivet noget egnet bud, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt, og forudsat at der forelægges Kommissionen en rapport
  
- b) når de pågældende varer alene er fremstillet med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling; denne bestemmelse omfatter ikke serieproduktion til påvisning af varens handelsmæssige levedygtighed eller til dækning af forsknings- og udviklingsomkostninger
  
- c) når der er tale om varer, hvis fremstilling eller levering af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kan overdrages til en bestemt leverandør
  
- d) i strengt nødvendigt omfang, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de pågældende ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de frister, der gælder ved offentligt eller begrænset udbud eller

ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må på ingen måde kunne tilskrives de ordregivende myndigheder selv

- e) ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Løbetiden for disse aftaler samt for aftaler, der kan fornyes, må generelt ikke overstige tre år.

4. I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder indgå indkøbskontrakter ved offentligt udbud eller ved begrænset udbud.«

5 Direktivets artikel 9 har følgende ordlyd:

»1. De ordregivende myndigheder offentliggør snarest muligt efter deres regnskabsårs begyndelse ved en vejledende bekendtgørelse for hvert vareområde de samlede indkøbsaftaler, som de agter at indgå i de følgende tolv måneder, når den samlede anslåede værdi, jf. artikel 5, er 750 000 [EUR] eller derover.

Produktområderne fastsættes af de ordregivende myndigheder ved henvisning til positionerne i nomenklaturen »Classification of Products According to Activities« (CPA). Kommissionen fastlægger efter fremgangsmåden i artikel 32, stk. 2,

betingelserne for henvisning i bekendtgørelsen til bestemte positioner i nomenklaturen.

2. Ordregivende myndigheder, der ønsker at indgå en offentlig indkøbsaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller ved udbud efter forhandling i de i artikel 6, stk. 2, omhandlede tilfælde, tilkendegiver deres hensigt ved en bekendtgørelse.

3. Ordregivende myndigheder, der har indgået en aftale, giver meddelelse om resultatet heraf ved en bekendtgørelse. Dog kan offentliggørelse af visse oplysninger om indgåelsen af aftalen i visse tilfælde undlades, hvis disse oplysninger ville være til hinder for anvendelsen af lovgivningen eller til skade for offentlige eller private virksomheders retmæssige handelsmæssige interesser eller for den loyale konkurrence mellem leverandørerne.

4. Bekendtgørelserne udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag IV og skal indeholde de deri krævede oplysninger. De ordregivende myndigheder kan ikke kræve andre betingelser opfyldt end de i artikel 22 og 23 fastsatte, når de anmoder om oplysning om de økonomiske og tekniske mindstekrav, som de kræver opfyldt af leverandører som forudsætning for udvælgelse (punkt 11 i bilag IV B, punkt 9 i bilag IV C og punkt 8 i bilag IV D).

5. Bekendtgørelserne sendes af de ordregivende myndigheder snarest muligt og på den bedst egnede måde til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer. Når der er tale om den i artikel 12 omhandlede hasteprocedure, skal bekendtgørelserne sendes pr. telex, telegram eller telefax.

Den i stk. 1 omhandlede bekendtgørelse sendes snarest muligt efter hvert regnskabsårs begyndelse.

Den i stk. 3 omhandlede bekendtgørelse sendes senest 48 dage efter indgåelsen af den pågældende aftale.

6. De i stk. 1 og 3 omhandlede bekendtgørelser offentliggøres i deres helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* og i TED-databanken på Fællesskabernes officielle sprog, dog således at kun udgaven på originalsproget er autentisk.

7. De i stk. 2 omhandlede bekendtgørelser offentliggøres i deres helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* og i TED-databanken på originalsproget. Et resumé af hver bekendtgørelses hovedindhold offentliggøres på Fællesskabernes øvrige sprog, dog således at kun udgaven på originalsproget er autentisk.

8. Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer offentliggør bekendtgørelserne senest tolv dage efter afsendelsesdatoen. Når der er tale om den i artikel 12 omhandlede hasteprocedure, nedsættes fristen til fem dage.

9. Offentliggørelse i de officielle meddelelsesorganer eller i pressen i den ordregivende myndigheds hjemland må ikke finde sted før datoen for afsendelsen til Kontoret for De Europæiske Officielle Publikationer; datoen skal nævnes i offentliggørelsen. Den må ikke indeholde andre oplysninger end dem, der offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.



10. De ordregivende myndigheder skal være i stand til at bevise afsendelsesdatoen.

11. Omkostningerne ved offentliggørelse af udbudsbekendtgørelserne i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* afholdes af Fællesskaberne. Bekendtgørelsen må ikke være længere end en side i nævnte Tidende, dvs. ca. 650 ord. Hvert nummer af *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, som indeholder en eller flere bekendtgørelser, gengiver den eller de modeller, som den eller de offentliggjorte bekendtgørelser henviser til.«

#### *Nationale bestemmelser*

6 Det ministerielle dekret bestemmer:

»1. Indkøb af letvægtshelikoptere til dækning af behovene hos politiet og det nationale brandvæsen ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger, som tillige omfatter akter fra den tekniske vurderingsgruppe og det tværministerielle udvalg nævnt i betragtningerne.

2. Med henblik på disse indkøb kan bestemmelserne i lovdekret nr. 358 af [24. juli 1992], som ændret ved lovdekret nr. 402 af [20. oktober 1998 (herefter »lovdekret nr. 358/1992«)], fraviges, såfremt betingelserne i artikel 4, litra c), i dekretet er opfyldt i det pågældende tilfælde.«

- 7 Lovdekret nr. 358/1992, som det ministerielle dekret henviser til, gennemfører fællesskabsbestemmelserne på området for offentlige indkøb.
- 8 Artikel 4, litra c), i lovdekret nr. 358/1992 gengiver bestemmelserne i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36.

### **Den administrative procedure**

- 9 Da Kommissionen fik kendskab til det ministerielle dekret og fandt, at det ikke var i overensstemmelse med artikel 2, stk. 1, litra b), artikel 6 og 9 i direktiv 93/96, fremsendte den, den 1. april 2004, en åbningsskrivelse, som Den Italienske Republik besvarede den 30. juli 2004.
- 10 Kommissionen fandt ikke besvarelsen tilfredsstillende og fremsendte den 14. december 2004 en begrundet udtalelse til Den Italienske Republik, hvori denne blev opfordret til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme meddelelsen inden for en frist på to måneder fra modtagelsen heraf.
- 11 Ved skrivelse af 22. marts 2005 oplyste Den Italienske Republik Kommissionen, at den endnu ikke havde foretaget en detaljeret besvarelse af den begrundede udtalelse, men at den »i den forbindelse havde indledt en refleksionsproces«, hvis første resultater »gav anledning til at tro, at affattelsen af dette dekret kunne skabe nogen forvirring vedrørende overensstemmelsen med de gældende fællesskabsbestemmelser for

procedurerne for tildeling af aftaler om offentlige indkøb«. I skrivelsen blev der dernæst fremsat et ønske om en teknisk dialog med Kommissionens tjenestegrene, hvilken dialog kunne » ledsage den nævnte refleksionsproces og medføre en fornyet undersøgelse af den ovenfor anførte lovgivning, hvorved der tages behørigt hensyn til de forskellige krav på området«.

- 12 På trods af to skrivelser fra Kommissionen af 14. april og 26. maj 2005, hvori den oplyste Den Italienske Republik om, at den ønskede at indlede en dialog med de berørte ministerier, fandt denne tekniske dialog aldrig sted. På denne baggrund har Kommissionen besluttet at anlægge den foreliggende sag.

## Søgsmålet

### *Parternes argumenter*

- 13 Kommissionen har kritiseret Den Italienske Republik for, at den i det ministerielle dekret uberettiget har undtaget indkøb af letvægtshelikoptere til dækning af behovene hos politiet og det nationale brandvæsen fra anvendelsesområdet for direktiv 93/36, da ingen af betingelserne i direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), var opfyldt.

- 14 I den forbindelse har Kommissionen understreget, at helikopterne skal anvendes af politiet og det nationale brandvæsen, dvs. civiltjenester, som normalt ikke deltager i militære operationer. Desuden bekræfter det forhold, at let bevæbning blot er en mulighed, at de berørte helikoptere i det væsentlige skal anvendes civilt. Endelig er det forhold, at helikopterne skal have bestemte egenskaber, som ligner egenskaberne ved militærhelikoptere, ikke tilstrækkeligt til at sidestille dem med indkøb til militæret. For Kommissionen er der højest tale om luftfartøjer med et dobbelt formål.
- 15 Hertil kommer, at Kommissionen er af den opfattelse, at direktiv 93/36 også finder anvendelse, når der er tale om indkøb til militæret, og de omstændigheder, som berettiger fravigelsen i henhold til artikel 2, stk. 1, litra b), skal godtgøres af den medlemsstat, som påberåber sig denne fravigelse. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at Den Italienske Republik i det foreliggende tilfælde ikke har godtgjort, at det var berettiget at anvende fravigelsen i denne bestemmelse.
- 16 Den Italienske Republik har anført, at begreberne krig og krigsmateriel, i lighed med begrebet beskyttelse af statens væsentlige sikkerhedsinteresser, i den nuværende verdenssituation væsentligt har ændret sig i forhold til deres oprindelige betydning. Det kan ikke bestrides, at de helikoptere, som er genstand for de i det ministerielle dekret fastsatte indkøb, har militære egenskaber, da disse helikoptere kan anvendes til at sikre opgaver vedrørende den nationale sikkerhed. Disse helikoptere skal i overensstemmelse med det, som et i denne forbindelse nedsat tværministerielt udvalg har fastsat, have bestemte tekniske egenskaber, således at de kan anvendes som våben- og forsvarssystem, hvorfor der kræves en godkendelse fra forsvarsministeriet.
- 17 Den Italienske Republik har gjort gældende, at betingelserne i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 er opfyldt. Dette støttes bl.a. på det argument, hvorefter de omhandlede indkøb, på grund af deres anvendelse som våbensystem og det forhold, at de kan

anvendes sammen med andet militærmateriel, skal behandles med stor diskretion. Denne hemmelighed kan ikke sikres i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure.

- 18 Desuden er Den Italienske Republik af den opfattelse, at eftersom de berørte luftfartøjer uforbeholdent kan anses for militærmateriel, selv om betingelserne i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 ikke skulle finde anvendelse i det foreliggende tilfælde, er de omtvistede indkøb ikke desto mindre omfattet af undtagelsen i artikel 296 EF og henhører derfor ikke under fællesskabsbestemmelserne om offentlige udbud.
- 19 Endelig finder Den Italienske Republik, at den foreliggende sag bør afvises, for så vidt som princippet *ne bis in idem* er tilsidesat. Den har nemlig anført, at Domstolen i dom af 8. april 2008, Kommissionen mod Italien (sag C-337/05, Sml. I, s. 2173), allerede har behandlet og taget stilling til det spørgsmål, som er genstand for tvisten.

### *Domstolens bemærkninger*

#### Formaliteten

- 20 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at fremhæve en væsentlig forskel mellem den foreliggende sag og den sag, som gav anledning til dommen i sagen Kommissionen mod Italien. I den foreliggende sag har Den Italienske Republik handlet i henhold til dekretet udstedt af indenrigsministeriet, hvorimod den sag, der gav anledning til den nævnte

dom, vedrørte lovligheden af en praksis, som de italienske myndigheder fulgte. Denne konstatering er tilstrækkelig til at godtgøre, at princippet *ne bis in idem* i den foreliggende sag under alle omstændigheder ikke med føje kan gøres gældende.

21 Følgelig skal formalitetsindsigelsen fremsat af Den Italienske Republik forkastes.

## Realiteten

22 Indledningsvis bemærkes, at det er ubestridt mellem parterne, at værdien af de udbud, som er omhandlet i det ministerielle dekret, overstiger den værdi, der er fastsat i artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36, hvorefter de er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

23 Det skal endvidere bemærkes, at fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i EF-traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige kontrakter, ifølge fast retspraksis skal fortolkes indskrænkende (jf. i denne retning dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 36), og at bevisbyrden påhviler den part, som påberåber sig, at de ganske særlige omstændigheder, der berettiger en undtagelse, rent faktisk foreligger (jf. i denne retning dom af 3.5.1994, sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1569, præmis 15 og 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 57 og 58).

- 24 Den Italienske Republik har gjort gældende, at det ministerielle dekret opfylder betingelserne i artikel 296 EF samt i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, med den begrundelse, at de helikoptere, der er omfattet af dekretet, er formuegoder med dobbelt anvendelse, dvs. at de kan anvendes til såvel civile som militære formål.
- 25 I den forbindelse skal det bemærkes, at hver medlemsstat i henhold til artikel 296, stk. 1, litra b), EF kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel, forudsat at disse foranstaltninger ikke forringer konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 46).
- 26 Det fremgår af affattelsen af denne bestemmelse, at de pågældende varer skal være bestemt specielt til militære formål. Heraf følger, at indkøb af udstyr, hvis anvendelse til militære formål er usikker, nødvendigvis skal overholde reglerne for indgåelse af offentlige aftaler (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 47).
- 27 Det er ubestridt, at det ministerielle dekret, hvilket Den Italienske Republik har medgivet, vedrører helikoptere, hvoraf den civile anvendelse er sikker, mens de militære formål kun er eventuelle.
- 28 Følgelig kan artikel 296, stk. 1, litra b), EF, som henviser til artikel 3 i direktiv 93/96, ikke med føje påberåbes af Den Italienske Republik for at begrunde nationale regler, som giver adgang til udbud efter forhandling med henblik på indkøb af disse helikoptere.

29 Den Italienske Republik har endvidere påberåbt sig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36.

30 Det bemærkes straks, at nødvendigheden af at fastsætte en fortrolighedsforpligtelse i den forbindelse på ingen måde er til hinder for, at der gennemføres en udbudsprocedure for en kontrakt (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 52).

31 Følgelig forekommer det i forhold til formålet med at hindre spredning af følsomme oplysninger om produktionen af helikopterne uforholdsmæssigt at henvise til artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 for at begrunde nationale regler, der giver adgang til indkøb af disse ved udbud efter forhandling. Den Italienske Republik har nemlig ikke godtgjort, at et sådant formål ikke kunne forfølges inden for rammerne af en udbudsprocedure i henhold til direktivet (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 53).

32 Heraf følger, at den blotte angivelse af, at de omhandlede indkøb er erklæret hemmelige, at de skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger, eller at det er nødvendigt at undtage dem fra fællesskabsbestemmelserne for at beskytte statens væsentlige sikkerhedsinteresser, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at godtgøre, at de ganske



særlige omstændigheder, som kan berettige fravigelsen i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, reelt foreligger.

33 Følgelig kan Den Italienske Republik ikke med føje påberåbe sig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 for at begrunde nationale regler, der giver adgang til anvendelsen af udbud efter forhandling ved indkøb af de nævnte helikoptere.

34 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger fastslås det, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36, navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), artikel 6 og 9, idet den vedtog det ministerielle dekret, som giver adgang til at fravige de fællesskabsretlige bestemmelser på området for offentlige indkøb af letvægtshelikoptere til dækning af behovene hos politiet og det nationale brandvæsen, uden at nogen af de betingelser, der kan berettige en sådan fravigelse, er opfyldt.

### **Sagens omkostninger**

35 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Den Italienske Republik har tabt sagen og bør derfor pålægges sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

- 1) **Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, navnlig artikel 2, stk. 1, litra b), artikel 6 og 9, idet den har vedtaget indenrigsministerens dekret nr. 558/A/04/03/RR af 11. juli 2003, som giver adgang til at fravige de fællesskabsretlige bestemmelser på området for offentlige indkøb af letvægtshelikoptere til dækning af behovene hos politiet og det nationale brandvæsen, uden at nogen af de betingelser, der kan berettige en sådan fravigelse, er opfyldt.**
  
- 2) **Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter