



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 19. januarja 2012¹

Zadeva C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Korkein hallinto-oikeus (Finska))

„Javna naročila blaga — Člen 10 Direktive 2004/18/ES — Člen 296 ES — Zaščita bistvenih interesov varnosti države članice — Trgovanje z vojaško opremo — Blago, ki ga naročnik nabavi izrecno v vojaške namene, za katero pa obstaja pretežno enak način uporabe v civilne namene — Naprava z vrtljivo ploščo za elektromagnetne meritve“

I – Uvod

1. Pogoji, pod katerimi lahko države članice v zvezi s svojo obrambo in oboroženimi silami odstopijo od določb prava Unije, so vedno znova povod za spore².
2. V obravnavanem primeru je Sodišče zaproseno za pojasnitev pogojev, pod katerimi lahko oborožene sile posamezne države članice z zaobitvijo evropske zakonodaje o javnih naročilih oddajo javna naročila za dobavo blaga, namenjenega za vojaško uporabo.
3. Finske obrambne sile so leta 2008 oddale javno naročilo za dobavo naprave z vrtljivo ploščo za elektromagnetne meritve³, ki je bila v okviru „elektronskega vojskovanja“ predvidena za simulacijo in vadbo vojaškega posredovanja. Pri tem z Direktivo 2004/18/ES⁴ predpisani postopki oddaje javnih naročil niso bili v celoti upoštevani.
4. Finsko sodišče sprašuje, kako je treba razumeti izjeme iz člena 10 Direktive 2004/18 v zvezi s členom 296 ES (postal člen 346 PDEU) za javna naročila na področju obrambe. Izhajajoč iz sodbe v zadevi Augusta⁵, bo Sodišče pri odgovoru na ta predlog za sprejetje predhodne odločbe moralo predvsem pojasniti, ali se lahko proizvodi opredelijo za „izrecno predvidene v vojaške namene“, če obstaja poleg uporabe v vojaške namene tudi pretežno enaka uporaba v civilne namene.

1 — Jezik izvirnika: nemščina.

2 — Glej na primer sodno prakso glede dostopa žensk do zaposlitve v oboroženih silah držav članic (sodbi z dne 26. oktobra 1999 v zadevi Sirdar, C-273/97, Recueil, str. I-7403, in z dne 11. januarja 2000 v zadevi Kreil, C-285/98, Recueil, str. I-69), glede vojaške obveznosti moških (sodba z dne 11. marca 2003 v zadevi Dory, C-186/01, Recueil, str. I-2479), glede obveznosti plačila DDV za orožje (sodba z dne 16. septembra 1999 v zadevi Komisija proti Španiji, C-414/97, Recueil, str. I-5585) in glede carinske obravnave vojaške opreme (sodbe z dne 15. decembra 2009 v zadevi Komisija proti Finski, C-284/05, ZOdL, str. I-11705; Komisija proti Švedski, C-294/05, ZOdL, str. I-11777; Komisija proti Nemčiji, C-372/05, ZOdL, str. I-11801; Komisija proti Italiji, C-387/05, ZOdL, str. I-11831; Komisija proti Grčiji, C-409/05, ZOdL, str. I-11859; Komisija proti Danski, C-461/05, ZOdL, str. I-11887, in Komisija proti Italiji, C-239/06, ZOdL, str. I-11913, ter sodba z dne 4. marca 2010 v zadevi Komisija proti Portugalski, C-38/06, ZOdL, str. I-1569).

3 — Angleško: „tiltable turntable“.

4 — Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

5 — Sodba z dne 8. aprila 2008 v zadevi Komisija proti Italiji („Augusta“, C-337/05, ZOdL, str. I-2173, točka 47).

5. V nasprotju s helikopterji v zadevi Agusta je javni naročnik sicer zadevno napravo z vrtljivo ploščo nabavil izključno v vojaške namene, torej ne gre za „blago z dvojno rabo“ v strogem pomenu izraza. Vendar pa je glede na ugotovitve iz predložitvene odločbe vsekakor mogoče, da tako napravo z vrtljivo ploščo uporabljajo tudi zasebni subjekti in podjetja.

II – Pravni okvir

A – Pravo Unije

6. Pravni okvir Unije v tem primeru določa člen 10 Direktive 2004/18 v povezavi s členom 296 ES.

7. Člen 10 Direktive 2004/18, naslovljen „Oddajanje naročil na področju obrambe“, je v prvotni različici⁶ glede področja uporabe določb za javna naročila določal:

„Ta direktiva se mora uporabljati za javna naročila, ki jih oddajajo naročniki s področja obrambe, upoštevajoč člen 296 Pogodbe.“

8. Člen 296 ES (pred spremembo člen 223 Pogodbe EGS) je do nadomestitve s členom 346 PDEU na podlagi začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe⁷ določal:

„1. Določbe te pogodbe ne izključujejo uporabe naslednjih pravil:

[...]

(b) vsaka država članica lahko v zvezi s proizvodnjo orožja, streliva in vojaških sredstev ali trgovino z njimi sprejme ukrepe, za katere meni, da so potrebni za zaščito bistvenih interesov njene varnosti; takšni ukrepi ne smejo negativno vplivati na pogoje konkurence na skupnem trgu glede proizvodov, ki niso izrecno predvideni v vojaške namene.

2. Svet lahko na predlog Komisije soglasno spremeni seznam proizvodov, za katere se uporabljajo določbe odstavka 1(b), ki ga je pripravil 15. aprila 1958.“

9. Sklep Sveta 255/58 z dne 15. aprila 1958, s katerim je bil določen v členu 296(2) ES navedeni seznam (v nadaljevanju tudi: seznam iz leta 1958), med drugim določa⁸:

„Določbe člena 223(1)(b) Pogodbe se uporabljajo za orožje, strelivo in vojaška sredstva, ki so naštetja spodaj, vključno za orožje, ki je zasnovano za uporabo jedrske energije:

[...]

5. Vojaška oprema za vodenje ognja:

(a) računalniki za usmerjanje ognja in sistemi vodenja v infra rdečih in drugih napravah za nočno vodenje;

6 — Besedilo člena 10 Direktive 2004/18 je bilo spremenjeno z Direktivo 2009/81/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. julija 2009 o usklajevanju postopkov za oddajo nekaterih naročil gradenj, blaga in storitev, ki jih oddajo naročniki na področju obrambe in varnosti, ter spremembi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES (UL L 216, str. 76). Sprememba je začela veljati šele 21. avgusta 2009, države članice pa so jo morale v nacionalne zakonodaje prenesti do 21. avgusta 2011 (glej člena 72(1) in 74 Direktive 2009/81), tako da se za obravnavani primer ne more uporabiti.

7 — Lizbonska pogodba je začela veljati 1. decembra 2009.

8 — Ta sklep ni bil objavljen v *Uradnem listu Evropskih skupnosti*, je pa deloma vsebovan v dokumentu Sveta Evropske unije št. 14538/4/08 z dne 26. novembra 2008, ki je javno dostopen na spletni strani Sveta <http://register.consilium.europa.eu/> (zadnji obisk spletne strani 12. decembra 2011). Poleg tega je vsebina navedenega seznama vsebovana v odgovoru Komisije na parlamentarno vprašanje (odgovor z dne 27. septembra 2001 na pisno vprašanje poslanca Barta Staesa E-1324/01, UL C 364 E, str. 85).

- (b) daljinometri, kazalniki položaja, višinomeri;
- (c) elektronske komponente za sledenje, giroskopske, optične in zvočne;
- (d) namerilne naprave za bombe in topove, periskopi za opremo s tega seznama.

[...]

11. Elektronska oprema za vojaško rabo.

[...]

14. Specializirani deli in kosi materiala, vključeni na ta seznam, če so vojaške narave.

15. Stroji, oprema in predmeti, izključno zasnovani za preučevanje, izdelavo, preskušanje in nadzor orožja, streliva in aparatov izključno vojaške narave s tega seznama.“

10. Opozoriti je treba še na uvodno izjavo 10 Direktive 2009/81: „Za namene te direktive bi bilo treba vojaško opremo razumeti zlasti kot vrste proizvodov, ki so vključene v seznam orožja, streliva in vojaških sredstev, ki je bil sprejet s Sklepom Sveta 255/58 z dne 15. aprila 1958 [...], države članice pa se lahko omejijo samo na ta seznam, ko prenašajo to direktivo. Ta seznam vključuje le opremo, ki je načrtovana, razvita in proizvedena za specifične vojaške namene. Vendar je seznam splošen in ga je treba razlagati široko v luči razvoja tehnologije, politike naročanja in vojaških zahtev, ki vodijo k razvoju novih vrst opreme, denimo na podlagi skupnega seznama vojaške opreme Unije. Za namene te direktive bi ‚vojaška oprema‘ morala zajemati tudi proizvode, ki so, kljub temu, da so bili sprva načrtovani za civilno uporabo, bili kasneje prilagojeni za vojaške namene, in sicer za uporabo kot orožje, strelivo ali vojaško sredstvo.“

B – Nacionalno pravo

11. Na Finskem je bila Direktiva 2004/18 prenesena z zakonom št. 348/2007 o oddaji javnih naročil⁹ (zakon o javnem naročanju), katerega področje uporabe je v skladu s členom 7(1) omejeno tako:

„Ta zakon ne velja za naročila,

- 1. ki morajo ostati tajna ali katerih izvedba zahteva posebne, zakonsko določene varnostne ukrepe ali če to terjajo bistveni interesi varnosti države;
- 2. katerih predmet je primeren zlasti za vojaške namene.“

12. Poleg tega je treba v skladu z upravnim predpisom finskega ministrstva za obrambo z dne 28. maja 2008 pri oddaji naročil, ki zadevajo nabavo obrambne opreme, do preklica uporabljati med drugim odredbo ministrstva za obrambo št. 76 z dne 17. marca 1995.

13. V členu 1 navedene odredbe št. 76 je opredeljeno, kaj se šteje za blago ali storitve, ki so predvidene zlasti za vojaške namene in za katere se ne uporabi zakon o javnem naročanju. To velja predvsem za „posebno opremo za vojaško dejavnost in urjenje ali za vaje v zvezi s simulacijami vojaškega posredovanja ter za komponente, pomožne naprave in opremo, ki so za to posebej razvite“, kot to izhaja iz člena 1 v povezavi s točko M priloge k tej odredbi.

⁹ — Julkisista hankinnoista annettu laki.

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

14. Tehnični testni urad finskih obrambnih sil¹⁰ je leta 2008 izvedel postopek oddaje javnega naročila za dobavo naprave z vrtljivo ploščo za elektromagnetne meritve v vrednosti 1.650.000 EUR. Za ta namen je 5. februarja 2008 pozval štiri družbe k oddaji ponudb, med njimi tudi inženirski biro Insinööritoimisto InsTiimi Oy (v nadaljevanju: InsTiimi).

15. Oddaja naročila je potekala po „postopku s pogajanji“, ki se glede na navedbe iz predložitvene odločbe razlikuje od postopka oddaje javnih naročil, določenega v Direktivi 2004/18. InsTiimi meni, da bi moral biti postopek oddaje javnega naročila izveden v skladu z Direktivo 2004/18, in je zato sprožil postopek v glavni stvari pred finskimi sodišči. Stranka tega postopka so tudi finske obrambne sile, ki jih zastopa generalštab¹¹.

16. InsTiimi s tožbo, ki jo je vložil na Markkinaoikeus¹², prvostopenjsko sodišče, ni uspel. Markkinaoikeus je štelo za dokazano, da je zadevna naprava z vrtljivo ploščo predvidena zlasti za vojaške namene in da jo želi naročnik uporabljati izključno v vojaške namene. Zato je Markkinaoikeus zaključilo, da zadevno naročilo spada med izjeme, določene v členu 7(1), točka 2, zakona o javnem naročanju.

17. Zadeva je zdaj na podlagi pritožbe InsTiimi v obravnavi na drugostopenjskem sodišču Korkein hallinto-oikeus¹³, ki je predložitveno sodišče.

18. V pritožbenem postopku je InsTiimi zatrjeval, da naj bi bila vrtljiva plošča tehnična inovacija iz civilnega sektorja in naj ne bi bila zasnovana kot del vojaške opreme. V raziskavah naj bi se na splošno uporabljala kot pomožna naprava in podstavek in naj kot taka ne bi prispevala k novim odkritjem o samem predmetu raziskovanja. Tehnična izvedba zadevnega naročila temelji na sestavi povsem prosto dostopnih materialov, komponent in inštalacij, s tem povezano načrtovanje pa tako zajema zgolj izbiro in povezavo sestavnih delov za izpolnitev zahtev iz razpisa.

19. Obrambne sile so v postopku pred Korkein hallinto-oikeus odgovorile, da je bilo naročilo za vrtljivo ploščo razpisano izrecno v vojaške namene in da je ta namenjena posebej za simulacijo vojaškega posredovanja. Z vrtljivo ploščo naj bi se simulirali in vadili vojaški protiukrepi zoper zračne izvidnice pod posebnimi koti in ciljanje. Senzor, ki naj bi posnemal grožnjo, naj bi bil v nagib, ki ustreza grožnji, lahko postavljen le tako, da se cilj, na primer oklepnik, postavljen na vrtljivo ploščo, s to ploščo nagne pod pravilnim kotom.

20. Obrambne sile so trdile, da je bila vrtljiva plošča bistveni del meritvene proge na prostem, namenjene merjenju, simulaciji in vadbi elektronskega vojskovanja, in naj bi bila zato zasnovana za raziskovanje orožja v vojaške namene. Vrtljiva plošča naj bi spadala med proizvode v smislu točke M priloge k odredbi št. 76 ministrstva za obrambo.

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

21. Z vmesnim sklepom z dne 13. decembra 2010 je Korkein hallinto-oikeus sklenilo, da prekine odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predloži to vprašanje:

Ali se Direktiva 2004/18/ES ob upoštevanju člena 10 te direktive, člena 346(2)(b) PDEU in seznama orožja, streliva in vojaških sredstev, potrjenega s Sklepom Sveta z dne 15. aprila 1958, uporablja za naročilo, ki sicer spada na področje uporabe te direktive, če se bo predmet naročila po navedbah naročnika uporabljal izrecno v vojaške namene, vendar pa je pretežno enaka tehnična uporaba predmeta naročila mogoča tudi na civilnem trgu?

¹⁰ — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

¹¹ — Pääesikunta.

¹² — Sodišče za tržnopravne spore.

¹³ — Vrhovno upravno sodišče.

22. V postopku pred Sodiščem so poleg strank iz postopka v glavni stvari –InsTiimi in obrambnih sil – pisna stališča podali finska, češka in portugalska vlada ter Evropska komisija. Razen češke in portugalske vlade so se navedeni udeležili tudi obravnave 12. decembra 2011.

V – Presoja

23. Odločilna za odgovor na obravnavani predlog za sprejetje predhodne odločbe je razlaga člena 296 ES (postal člen 346 PDEU), na katerega se sklicuje člen 10 Direktive 2004/18.

24. Prvi stavek člena 296(1)(b) ES vsaki državi članici dovoljuje enostransko¹⁴ sprejetje ukrepov v zvezi s proizvodnjo orožja, streliva in vojaških sredstev ter trgovino z njimi, za katere meni, da so potrebni za zaščito bistvenih interesov njene varnosti. Na to se za namene opredelitve svojega področja uporabe v členu 10 navezuje Direktiva 2004/18.

25. Kot je Komisija pravilno poudarila in s čimer se je strinjala tudi finska vlada, prvi stavek člena 296(1)(b) ES pogojuje sprejetje enostranskih nacionalnih ukrepov s kumulativnim izpolnjevanjem dveh meril:

- prvič, nanašati se morajo na proizvodnjo orožja, streliva in vojaških sredstev ali na trgovino z njimi;
- drugič, ukrepi, ki naj se sprejmejo, morajo biti potrebni za zaščito bistvenih interesov varnosti zadevne države članice.

26. V predlogu za sprejetje predhodne odločbe predložitveno sodišče poudarja predvsem prvo merilo: obravnava le pojem „proizvodov, izrecno predvidenih v vojaške namene“. Vendar drugega merila ni mogoče popolnoma zanemariti ne pri preizkusu dopustnosti predloga za sprejetje predhodne odločbe (glej oddelek A spodaj) ne pri vsebinski presoji vprašanja za predhodno odločanje (glej oddelek B spodaj). Zato se bom v nadaljevanju, če bo to potrebno, posvetila tudi drugemu merilu, kot so se mu tudi sicer posvetile stranke postopka, in to tudi na obravnavi.

A – Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe

27. Okoliščina, da se predložitveno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ukvarja le s prvim merilom člena 296(1)(b) ES – pojmom „proizvodi, izrecno predvideni v vojaške namene“ – samo po sebi ne more ustvariti dvoma o dopustnosti predloga za sprejetje predhodne odločbe.

28. Vprašanje za predhodno odločanje, predloženo Sodišču, bi se sicer moralo obravnavati kot hipotetično, če bi se ugotovilo, da v obravnavanem primeru drugo izmed kumulativnih meril iz člena 296(1)(b) ES nikakor ne bi bilo izpolnjeno, torej če odstopanje od pravil za oddajo javnih naročil iz Direktive 2004/18 ne bi moglo biti upravičeno z nobenimi bistvenimi interesi varnosti Finske. Vendar pa v postopku pred Sodiščem glede tega ni bilo razkritih dovolj opornih točk.

29. V predložitveni odločbi ni dokončno pojasnjeno, ali se je javni naročnik v obravnavanem primeru v smislu drugega merila skliceval na zaščito bistvenih interesov varnosti Finske ali ne. Predložitveno sodišče le navaja, da obrambne sile niso na način, kot je to predlagala Evropska komisija¹⁵, opredelile, na katere bistvene interese varnosti vpliva nabava naprave z vrtljivo ploščo in zakaj je bilo v tem primeru nujno, da se Direktiva 2004/18 ne uporabi. Finska vlada in generalštab obrambnih sil pa navajata, da so bili ti varnostni interesi v nacionalnem postopku zatrjevani.

14 — Da gre za enostranske ukrepe, je Sodišče že zgodaj ugotovilo v sodbi z dne 15. julija 1964 v zadev Costa proti ENEL (6/64, Recueil, str. 1253 in 1270).

15 — Predložitveno sodišče se pri tem sklicuje na Obrazložitev sporočila Komisije z dne 7. decembra 2006 o uporabi člena 296 Pogodbe na področju javnih naročil za obrambo (COM(2006) 779 final, v nadaljevanju: Sporočilo Komisije).

30. Poleg tega predložitveno sodišče poudarja, da bi se morala tožba InsTiimi kot nedopustna zavreči, če naročilo ne bi spadalo na področje uporabe Direktive 2004/18 in zakona št. 348/2007. Da bi se to lahko presodilo, je potrebna pojasnitev tudi prvega merila – pojma „proizvodi, izrecno predvideni v vojaške namene“.

31. Glede na te okoliščine ni mogoče domnevati, da vprašanje, predloženo v predhodno odločanje, *očitno* ni upoštevno za odločitev¹⁶. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba še vedno izhajati iz domneve, da je vprašanje upoštevno¹⁷.

32. Tako ni pomislekov glede odgovora na predlog za sprejetje predhodne odločbe.

B – Vsebinska presoja vprašanja za prehodno odločanje

33. Predložitveno sodišče z vprašanjem v bistvu sprašuje, ali se pri oddaji javnega naročila na področju obrambe lahko določbe Direktive 2004/18 prezrejo, če naj bi se predmet naročila sicer uporabil izrecno v vojaške namene, vendar zanj obstajajo tudi v bistvenem enake možnosti uporabe v civilne namene.

34. Ozadje tega vprašanja je, kot to zatrjuje InsTiimi in proti čemur ni bilo ugovorov, da se naprave z vrtljivo ploščo, kot je ta, ki je bila dobavljena v tem primeru, ne uporabljajo predvsem v vojaške namene, ampak predvsem v civilne.

35. Stališča strank postopka se zelo razlikujejo. Medtem ko InsTiimi in Komisija menita, da bi se zahteve Direktive 2004/18 morale v obravnavanem primeru upoštevati, obrambne sile in vse v postopku udeležene vlade menijo, da je bilo odstopanje od te direktive v skladu s členom 296(1)(b) ES upravičeno.

36. Načeloma tudi na področju obrambe veljajo pravila Unije o oddaji javnih naročil. To je že v času oddaje zadevnega naročila izhajalo iz člena 10 Direktive 2004/18. Za čas po 21. avgustu 2011 je bilo isto načelo potrjeno z Direktivo 2009/81¹⁸. Z uporabo pravil iz prava Unije o oddaji javnih naročil se krepijo prosti pretok blaga, svoboda ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev v Uniji ter se prispeva k uresničevanju notranjega trga¹⁹.

37. Pravo Unije hkrati priznava legitimni interes držav članic glede zaščite njihovih bistvenih interesov varnosti, kar pride do izraza predvsem v členu 296 ES. V členu 10 Direktive 2004/18, ki se izrecno sklicuje na to določbo Pogodbe, je izražena napetost, do katere lahko pride pri oddaji javnih naročil med načelom notranjega trga in interesi nacionalne varnosti.

38. Iz člena 10 Direktive 2004/18 v povezavi s členom 296(1)(b) ES je razvidno, da lahko država članica odstopi od pravil iz prava Unije glede oddaje javnih naročil, če se ta po eni strani nanašajo na proizvodnjo orožja, streliva ali vojaških sredstev (prvo merilo) in se to odstopanje od pravil iz prava Unije glede oddaje javnih naročil po drugi strani šteje za potrebno za zaščito bistvenih interesov varnosti te države članice (drugo merilo).

16 — Glede razloga nedopustnosti zaradi *očitne* neupoštevnosti glej med drugim sodbe z dne 3. junija 2008 v zadevi Intertanko in drugi (C-308/06, ZOdl., I-4057, točki 31 in 32); z dne 12. oktobra 2010 v zadevi Rosenblatt (C-45/09, ZOdl., str. I-9391, točki 32 in 33) in z dne 25. oktobra 2011 v združenih zadevah eDate Advertising (C-509/09 in C-161/10, ZOdl., str. I-10269, točki 32 in 33).

17 — Sodba z dne 7. septembra 1999 v zadevi Beck und Bergdorf (C-355/97, Recueil, str. I-4977, točka 22); v opombi 16 navedena sodba Rosenblatt (točka 33) in sodba z dne 5. aprila 2011 v zadevi Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, ZOdl., str. I-2551, točka 21).

18 — Glej zlasti člen 10 Direktive 2004/18, kakor je bil spremenjen z Direktivo 2009/81, ter člen 2 Direktive 2009/81 in prvi stavek uvodne izjave 10 Direktive 2009/81.

19 — Uvodna izjava 2 Direktive 2004/18; v istem smislu ustaljena sodna praksa Sodišča glede različnih direktiv o usklajevanju prava javnih naročil; glej na primer sodbe z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge (C-380/98, Recueil, str. I-8035, točka 16); z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski (C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točka 27) in z dne 13. decembra 2007 v zadevi Bayerischer Rundfunk in drugi (C-337/06, ZOdl., str. I-11173, točka 38).

39. Glede na bistveni pomen temeljnih svoboščin in načela notranjega trga v sistemu Pogodb²⁰ je treba ti merili v skladu s sodno prakso glede člena 296 ES razlagati ozko²¹.

1. Prvo merilo: vojaška oprema

40. Prvi stavek člena 296(1)(b) ES se uporabi za orožje, streliva in vojaška sredstva – na kratko: za *vojaško opremo*. Podrobnejšo opredelitev kategorij predmetov je določil Svet s seznamom iz leta 1958.

41. Strinjam se z mnenjem Splošnega sodišča Evropske unije (prej: Sodišče prve stopnje)²², v skladu s katerim je stvarno področje uporabe člena 296(1)(b) ES dokončno določeno s seznamom iz leta 1958, na katerega se izrecno sklicuje člen 296(2) ES²³. Splošno sodišče je pravilno opozorilo, da izjeme, določene v členu 296(1)(b) ES, ni mogoče uporabiti za dejavnosti v zvezi z drugimi proizvodi kot pa vojaško opremo, določeno v seznamu iz leta 1958²⁴.

42. Odstopanje na podlagi člena 296(1)(b) ES od postopkov za oddajo javnih naročil iz Direktive 2004/18 predpostavlja, da blago, kot je zadevna naprava z vrtljivo ploščo, sploh spada v katero od kategorij predmetov, ki so določene v seznamu iz leta 1958. Predložitveno sodišče, ki je edino pristojno za ugotovitev in oceno dejanskega stanja, bo to moralo podrobno preučiti in presoditi.

43. Ker navedena naprava z vrtljivo ploščo v skladu s trditvami finskih obrambnih sil omogoča elektromagnetne meritve in naj bi bila namenjena za simulacijo vojaškega posredovanja, pri kateri se vadi ciljanje, bi lahko šlo za del opreme za preskušanje orožja in nadzor nad njim (točka 15 v povezavi s točkama 11 in 14 seznama iz leta 1958). Teoretično bi bilo mogoče napravo z vrtljivo ploščo opredeliti kot del kazalnika položaja ali komponente za sledenje (točka 5(b) in (c) v povezavi s točko 14 seznama iz leta 1958)²⁵.

44. Vendar pa sama okoliščina, da se lahko naprava z vrtljivo ploščo uvrsti pod eno ali drugo kategorijo predmetov v smislu seznama iz leta 1958, ne upravičuje odstopanja od pravil iz prava Unije glede oddaje javnih naročil. Navedba določenega predmeta na seznamu iz leta 1958 je sicer nujna predpostavka, vendar ne zadostuje za sklicevanje na člen 10 Direktive 2004/18 v povezavi s prvim stavkom člena 296(1)(b) ES.

45. Uporaba prvega stavka člena 296(1)(b) ES je poleg tega pogojena s tem, da je zadevni predmet *izrecno predviden v vojaške namene*²⁶. To izhaja iz nasprotnega razlogovanja drugega stavka te določbe, ki se nanaša na „proizvode, ki niso izrecno predvideni v vojaške namene.“ Seznam iz leta 1958 prav tako vsebuje številne formulacije, iz katerih izhaja, da zgolj možnost uvrstitve proizvoda v smislu člena 296(1)(b) ES v neko kategorijo predmetov ni dovolj, ampak mora biti poleg tega ta proizvod izrecno predviden za vojaške namene²⁷. To je pred kratkim potrdil tudi zakonodajalec Unije.²⁸

20 — Glej prejšnji člen 2 EU in člen 3(1)(c) ES (postal člen 3(3), prvi stavek, PEU).

21 — Glej v opombi 2 navedene sodbe Komisija proti Španiji, točka 21; Komisija proti Finski, točka 46; Komisija proti Švedski, točka 44; Komisija proti Nemčiji, točka 69; Komisija proti Italiji, C-387/05, točka 46; Komisija proti Grčiji, točka 51; Komisija proti Danski, točka 52; Komisija proti Italiji, C-239/06, točka 47, in Komisija proti Portugalski, točka 63.

22 — Glej sodbo Splošnega sodišča z dne 30. septembra 2003 v zadevi Fiocchi munizioni proti Komisiji (T-26/01, Recueil, str. II-3951).

23 — Vendar pa to ne izključuje časa primerne razlage in uporabe seznama, da bi se tako vsakokrat upošteval aktualen razvoj. Kot izhaja iz uvodne izjave 10 Direktive 2009/81, gre za „splošen [seznam, ki] [...] ga je treba razlagati široko v luči razvoja tehnologije, politike naročanja in vojaških zahtev, ki vodijo k razvoju novih vrst opreme“ (podobno tudi v opombi 15 navedeno Sporočilo Komisije, odsek 3). Tako se seznam ne uporabi le za leta 1958 znano vojaško blago, ampak tudi za tisto, ki ga danes uporabljajo oborožene sile, če to lahko spada v katero od kategorij, določenih v seznamu.

24 — V opombi 22 navedena sodba Fiocchi munizioni proti Komisiji, točka 61.

25 — Uvrstitev pod točko 5 seznama iz leta 1958 predpostavlja, da gre za „vojaško opremo za vodenje ognja“. Povezanost z „vodenjem ognja“ bi lahko bila načeloma v tem, da se zadevna naprava z vrtljivo ploščo glede na „elektronsko vojskovanje“ uporabi pri simulaciji in vadbi „ciljanja“ ter je namenjena pripravi „protiukrepov zoper zračne izvidnice“. Vendar pa se stranke na obravnavi pred Sodiščem niso sklicevale na takšno povezanost.

26 — V opombi 5 navedena sodba Agusta (točka 47) in sodba z dne 2. oktobra 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-157/06, ZOdl., str. I-7313, točka 26).

27 — Glej na primer točki 5 in 11 („za vojaško rabo“) ter točko 14 seznama iz leta 1958 („če so vojaške narave“).

28 — „[Seznam iz leta 1958] vključuje le opremo, ki je načrtovana, razvita in proizvedena za specifične vojaške namene“ (drugi stavek uvodne izjave 10 Direktive 2009/81).

46. Ali je določen proizvod izrecno predviden za vojaške namene, ni mogoče sklepati le na podlagi dejstva, da v vlogi kupca nastopajo obrambne sile države članice ali druga oseba javnega prava, ki proizvod kupi za obrambne sile. V nasprotnem primeru bi lahko vsak svinčnik postal vojaška oprema le zato, ker je bil nabavljen za vojsko. To bi bilo v nasprotju z zahtevo po ozki razlagi člena 296(1)(b) ES in načelom notranjega trga.

47. Prav tako ne zadošča, da gre za blago, ki je le *primerno* za vojaško uporabo in bi ga tako bilo *mogoče* uporabiti v vojaške namene. V tem smislu je Sodišče v zadevi Agusta odločilo, da helikopterji, ki jih je država Italija več let kupovala brez predhodnega javnega naročila, niso zajeti s členom 296(1)(b) ES, ker so bili vsekakor predvideni za civilne namene in bi le morebiti služili v vojaške namene²⁹.

48. Uporaba člena 296(1)(b) ES je odvisna od tega, da gre za proizvode, ki niso zgolj primerni za morebitno vojaško uporabo, ampak imajo prav *specifičen vojaški namen*, in sicer tako s subjektivnega kot objektivnega vidika. Tako mora biti zadevni predmet ne le zaradi dejanske uporabe, ki jo opredeli javni naročnik³⁰ (torej *subjektivno*), ampak tudi zaradi svoje zasnove in lastnosti³¹ (torej *objektivno*) predviden za vojaške namene.

49. Pri nekaterih proizvodih je lahko ta specifični vojaški namen očiten. Zadostuje pomisliti na protitankovske topove, bombe in bojne ladje³² s seznama iz leta 1958. Zasnovani so izključno kot vojaška oprema (objektivni namen) in naročniki jih nabavijo izključno v vojaške namene (subjektivni namen).

50. Pri drugih proizvodih, kot na primer pri vozilih, zrakoplovih, razstrelivu, strelivu in daljinometrih, navedenih na seznamu iz leta 1958, pa se mora specifični vojaški namen jasno dokazati³³, ker si je mogoče predstavljati tudi civilno uporabo v civilne namene.

51. Natanko za to gre tudi v obravnavani zadevi.

52. Gotovo je, da je imela zadevna naprava z vrtljivo ploščo s *subjektivnega vidika* specifični vojaški namen: v skladu z namenom javnega naročnika naj bi jo uporabljale finske obrambne sile pri simulaciji vojaških posredovanj in pri vadbi ciljanja. V tem se obravnavani primer razlikuje od zadeve Agusta, kjer ni bilo mogoče ugotoviti specifičnega vojaškega namena nabavljenih proizvodov³⁴.

53. Resni pomisleki glede značilnosti naprave z vrtljivo ploščo kot proizvoda za specifične vojaške namene pa obstajajo z *objektivnega vidika*. Sicer se stranke postopka na obravnavi niso strinjale, ali bi se za napravo z vrtljivo ploščo, kot je ta v obravnavanem primeru, v primeru nadaljnje prodaje s strani obrambnih sil na civilnem trgu našel kupec. V skladu z navedbami predložitvenega sodišča, ki so v postopku predhodnega odločanja edine upoštevalne³⁵, pa obstaja na civilnem trgu za takšno napravo z vrtljivo ploščo pretežno enaka vrsta tehnične uporabe. Podobno navaja InsTiimi, ne da bi bilo to izpodbito, in sicer da se lahko naprave z vrtljivo ploščo uporabljajo tudi v civilnem sektorju, saj naj bi bile namreč prvotno celo zasnovane za uporabo v civilne namene in šele kasneje predelane za vojaške namene.

29 — V opombi 5 navedena sodba Agusta, točki 48 in 49, in v opombi 26 navedena sodba Komisija proti Italiji, točka 27.

30 — Glej v opombi 5 navedeno sodbo Agusta, predvsem točki 48 in 49, kjer se sklicuje na namen uporabe, kot ga je opredelil javni naročnik.

31 — V tem smislu tudi uvodna izjava 10 Direktive 2009/81, v skladu s katero seznam iz leta 1958 „vključuje le opremo, ki je *načrtovana, razvita in proizvedena* za specifične vojaške namene“ (moj poudarek); glej tudi Sporočilo Komisije (navedeno v opombi 15), kjer se obravnava oprema, „ki je *izključno vojaške narave in namena*“ (poudarjeno tudi v izvirniku).

32 — Točke 2(a), 4 in 9(a) seznama iz leta 1958.

33 — Točke 3, 5(a), 6, 8(b) in 10 seznama iz leta 1958.

34 — V opombi 5 navedena sodba Agusta, točki 48 in 49.

35 — Sodbe z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, str. I-8089, točka 10); z dne 29. aprila 2004 v združenih zadevah Orfanopoulos und Oliveri (C-482/01 in C-493/01, Recueil, str. I-5257, točka 42) in z dne 25. januarja 2011 v zadevi Neukirchinger (C-382/08, ZDl., str. I-139, točka 41).

54. Taki predmeti, ki so bili sicer prvotno zasnovani za civilne namene, kasneje pa prilagojeni za vojaške namene, naj v skladu z voljo zakonodajalca Unije³⁶ načeloma ne bi bili izključeni s področja uporabe postopkov oddaje javnih naročil³⁷, kot jih določa pravo Unije.

55. Ni mogoče zagotovo izključiti, da je bila v tem primeru nabavljena naprava z vrtljivo ploščo glede na njeno uporabo v vojaške namene v bistvenih točkah tako spremenjena, da je iz nje nastal popolnoma drug proizvod kot pa tisti, ki se uporablja v civilnem sektorju. Do takšne prilagoditve bi lahko prišlo na primer z vgradnjo naprave z vrtljivo ploščo v posebej načrtovano „meritveno progo na prostem“, namenjeno merjenju, simulaciji in vadbi „elektronskega vojskovanja“.

56. Če je prišlo do tako temeljite spremembe, kar mora presoditi predložitveno sodišče, je zadevna naprava z vrtljivo ploščo ne le s subjektivnega, ampak tudi z objektivnega vidika pridobila specifični vojaški namen. V tem primeru (in le v tem) bi jo javni naročnik pravilno uvrstil med vojaške proizvode v smislu člena 296(1)(b), prvi stavek, ES.

57. Če pa bi se v sporu o glavni stvari potrdila dosedanja domneva predložitvenega sodišča, v skladu s katero se zadevna naprava z vrtljivo ploščo glede na zasnovu in lastnosti – tudi kot del posebne vojaške naprave za elektromagnetne meritve in simulacijo vojskovanja – ne razlikuje bistveno od naprave z vrtljivo ploščo, ki se običajno uporablja v civilnem sektorju, bi to pomenilo, da z objektivnega vidika specifični vojaški namen ni podan, čeprav je javni naročnik napravo z vrtljivo ploščo predvidel in nabavil za specifični vojaški namen.

58. V zadnjem primeru bi se pri nabavi zadevne naprave z vrtljivo ploščo morali upoštevati s pravom Unije določeni postopki oddaje javnih naročil.

59. Sklepno se lahko ugotovi:

Predmeta, ki se bo v skladu z navedbami javnega naročnika uporabljal izrecno v vojaške namene, vendar se objektivno ne razlikuje bistveno od istovrstnih predmetov, ki se uporabljajo v civilnem sektorju, ni mogoče s sklicevanjem na člen 296(1)(b) ES v povezavi s členom 10 Direktive 2004/18 izvzeti iz postopkov oddaje javnih naročil, določenih s to direktivo.

2. Drugo merilo: zaščita bistvenih interesov varnosti

60. Tudi v primeru, če bi se zadevna naprava z vrtljivo ploščo štela za vojaško opremo (prvo merilo za uporabo člena 296(1)(b) ES), bi moralo predložitveno sodišče še preučiti, ali se v obravnavanem primeru odstopanje od postopkov oddaje javnih naročil, določenih s pravom Unije, šteje za potrebno za zaščito bistvenih interesov varnosti Finske (drugo merilo za uporabo člena 296(1)(b) ES).

61. V zvezi s tem je Sodišče že ugotovilo, da zgolj sklicevanje države članice na interese njene varnosti ne upravičuje odstopanja od prava Unije³⁸.

36 — Zadnji stavek uvodne izjave 10 Direktive 2009/81. Čeprav ta izjava izhaja iz zakonodajnega akta, ki se *ratione temporis* za obravnavani primer ne more uporabiti, ni razvidno, kaj bi nasprotovalo upoštevanju teh preudarkov, na katerih temelji ta direktiva, pri razlagi Direktive 2004/18 v različici, ki je glede na postopek v glavni stvari upoštevana. Omenjena uvodna izjava 10 namreč v bistvu pojasni pomen seznama iz leta 1958 na način, kot ga je bilo treba že doslej razlagati.

37 — Na podoben način je Sodišče navedlo, da se država članica ne more sklicevati na člen 296 ES, da bi opremo, ki služi tako v civilne kot vojaške namene, uvozila brez carin, ne glede na to, „ali je bila uvožena izključno ali neizključno za vojaške namene“ (glej v opombi 2 navedeni sodbi Komisija proti Švedski, točka 53, in Komisija proti Italiji, C-387/05, točka 55).

38 — V opombi 2 navedene sodbe Komisija proti Finski, točka 47; Komisija proti Švedski, točka 45; Komisija proti Nemčiji, točka 70; Komisija proti Italiji, C-387/05, točka 47; Komisija proti Grčiji, točka 52; Komisija proti Danski, točka 53; Komisija proti Italiji, C-239/06, točka 48, in Komisija proti Portugalski, točka 64.

62. Vsaki državi članici je treba sicer glede opredelitve njenih interesov varnosti priznati široko diskrecijsko pravico³⁹, na kar kaže že uporaba navedbe „za katere meni“ v členu 296(1)(b) ES. Vendar pa nacionalni organi nosijo dokazno breme glede izpolnjevanja pogojev iz te določbe⁴⁰.

63. Kot je Komisija pravilno poudarila, bi v tem primeru javni naročnik moral dokazati, da je bilo za zaščito bistvenih interesov varnosti Finske odstopanje od postopkov oddaje javnih naročil, določenih z Direktivo 2004/18, potrebno⁴¹ in sorazmerno⁴².

64. V zvezi s tem je treba pripomniti, da morebitna nujnost glede zaupnosti v zvezi s posameznimi vojaškimi informacijami sama po sebi še ne pomeni ovire za uporabo postopka razpisa za oddajo naročila⁴³. Tudi v okviru postopka oddaje javnega naročila, kot ga določa pravo Unije, se namreč lahko sprejmejo ukrepi, potrebni za varovanje občutljivih informacij⁴⁴.

65. V obravnavanem primeru naj bi v skladu z navedbami InsTiimi, ki niso bile izpodbite, javni naročnik o predmetu naročila in delovanju naprave z vrtljivo ploščo obsežno poročal v finskem dnevniku. V teh okoliščinah se zdi manj verjetno, da bi lahko v postopku oddaje javnega naročila obstajal legitim interes finske države glede varovanja zaupnih podatkov.

66. Nekatera odstopanja od postopkov oddaje javnih naročil, kot jih določa pravo Unije, pa je mogoče upravičiti s tem, da posamezna država članica tujim podjetjem ali podjetjem, ki jih vodijo tuje osebe, ne želi razkriti podatkov, pomembnih za varnost, predvsem če gre za podjetja ali osebe iz tretjih držav. Prav tako lahko država članica legitimno pazi na to, da glede oskrbe z orožjem ne postane odvisna od tretjih držav ali podjetij iz tretjih držav. Na oboje je češka vlada pravilno opozorila.

67. Za takšne varnostne pomisleke javnega naročnika v tem primeru – kolikor je razvidno – prav tako ni opornih točk. Na koncu pa bo o tem moralo odločiti predložitveno sodišče na podlagi obsežne presoje vseh okoliščin primera.

VI – Predlog

68. Ob upoštevanju zgornjih preudarkov Sodišču predlagam, naj na vprašanje Korkein hallinto-oikeus odgovori:

Predmeta, ki se bo v skladu z navedbami javnega naročnika uporabljal izrecno v vojaške namene, vendar se objektivno ne razlikuje bistveno od istovrstnih predmetov, ki se uporabljajo v civilnem sektorju, ni mogoče s sklicevanjem na člen 296(1)(b) ES v povezavi s členom 10 Direktive 2004/18/ES izvzeti iz postopkov oddaje javnih naročil, določenih s to direktivo.

39 — V opombi 22 navedena sodba Flocchi munizioni proti Komisiji, točka 58; glej tudi v opombi 15 navedeno Sporočilo Komisije, v skladu s katerim člen 296 ES državam članicam dodeljuje „precejšnjo stopnjo diskrecijske pravice“ pri odločanju, kako bodo ščitile svoje bistvene interese varnosti (odsek 4 Sporočila), in je „posebna pravica držav članic [...], da opredelijo svoje bistvene varnostne interese“ (odsek 5 Sporočila).

40 — V opombi 2 navedene sodbe Komisija proti Španiji, točki 22 in 24; Komisija proti Švedski, točka 47; Komisija proti Finski, točka 49; Komisija proti Nemčiji, točka 72; Komisija proti Italiji, C-387/05, točka 49; Komisija proti Grčiji, točka 54; Komisija proti Danski, točka 55; Komisija proti Italiji, C-239/06, točka 50, in Komisija proti Portugalski, točka 66.

41 — Glej tudi v opombi 15 navedeno Sporočilo Komisije, odsek 3.

42 — V opombi 5 navedena sodba Agusta, predvsem točka 53, in v opombi 26 navedena sodba Komisija proti Italiji, točka 31; podobno tudi v opombi 15 navedeno Sporočilo Komisije, odsek 5, v skladu s katerim je potrebno dokazati, zakaj je neuporaba direktive o javnih naročilih v posebnem primeru *potrebna* za zaščito bistvenih interesov varnosti.

43 — V opombi 5 navedena sodba Agusta, točka 52, in v opombi 26 navedena sodba Komisija proti Italiji, točka 30.

44 — Glede varovanja zaupnih informacij javnega naročnika glej predvsem člene 7, 20 in 22 Direktive 2009/81; glede zaupnosti podatkov, ki jih posredujejo ponudniki, glej na primer člen 6 Direktive 2004/18 in člen 6 Direktive 2009/81 ter tudi sodbo z dne 14. februarja 2008 v zadevi Varec (C-450/06, ZOdl., str. I-581).