

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JÁN MAZÁK

föredraget den 10 juli 2007¹

1. Genom förevarande talan, som väckts enligt artikel 226 EG, har kommissionen begärt att domstolen skall fastställa att Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling, nämligen rådets direktiv 93/36/EEG² och, tidigare, rådets direktiv 77/62/EEG,³ rådets direktiv 80/767/EEG⁴ och rådets direktiv 88/295/EEG,⁵ genom att införa som praxis – vilken förekommer sedan länge och fortfarande följs – att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar till företaget Agusta för att tillgodose behoven inom ett antal ministerier och departement utan något upphandlingsförfarande.

2. Italien har bestritt det påtalade fördragsbrottet och till sitt försvar bland annat åberopat artikel 296.1 b EG.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — 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).

3 — Rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, s. 1).

4 — Rådets direktiv 80/767/EEG av den 22 juli 1980 om anpassning och komplettering avseende vissa upphandlande myndigheter av direktiv 77/62/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 215, s. 1).

5 — Rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 om ändring av direktiv 77/62/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor och upphävande av vissa bestämmelser i direktiv 80/767/EEG (EGT L 127, s. 1).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

3. Genom direktiv 93/36 (nedan kallat direktiv 93/36 eller direktivet) samordnas förfarandena för tilldelning av offentliga kontrakt och fastställs kraven för tilldelning av sådana kontrakt.

4. Artikel 1 i direktiv 93/36 har följande lydelse:

”a) '[O]ffentliga varuupphandlingskontrakt': skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en av de nedan under

b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter. Leveransen kan vidare omfatta projektering och installation, ...

särskilda säkerhetsåtgärder enligt lagar eller andra författningar i den berörda medlemsstaten, eller om hänsyn till medlemsstatens grundläggande säkerhet så kräver”.

d) 'öppet förfarande': inhemskt förfarande, varvid alla leverantörer som så önskar får lämna in anbud,

6. I artikel 3 i direktivet 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].”

e) 'selektivt förfarande': inhemskt förfarande, varvid endast de leverantörer kan lämna in anbud som de upphandlande myndigheterna uppmanat till detta,

f) 'förhandlat förfarande': inhemskt förfarande, varvid de upphandlande myndigheterna tillfrågar vissa utvalda leverantörer och förhandlar kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.”

7. Artikel 6 i direktivet har följande lydelse:

5. Enligt artikel 2.1 b skall direktivet inte gälla ”upphandlingskontrakt som sekretessbeläggs eller när deras utförande måste förenas med

”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. ...

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

...

c) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt produkterna bara kan tillverkas eller levereras av en viss leverantör.

...

e) Då det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga 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.”

8. Jag återkommer till andra särskilda bestämmelser i samband med bedömningen av grunderna för det påstådda fördragsbrottet.

II — Bakgrund, det administrativa förfarandet och yrkandena

A — Bakgrund

9. Efter att ha mottagit ett klagomål inledde kommissionen ett fördragsbrottsförfarande (nr 2002/4194) rörande den italienske premiärministerns beslut nr 3231 av den 24 juli 2002 om bekämpning av skogsbränder, enligt vilket det är möjligt att, med avvikelse från direktiven om offentlig upphandling av varor och tjänster, använda ett förhandlat förfarande. Med stöd av det beslutet ingick *Corpo Forestale dello Stato* (den statliga skogsbevakningsmyndigheten) den 28 oktober 2002 avtal om köp av två helikoptrar av märket Agusta Bell AB 412 EP för omkring 18 miljoner euro, ”med undantag från de bestämmelser som anges i artikel 4

[i beslutet], ... genom ett förhandlat förfarande”, det vill säga särskilt från den nationella lagstiftning genom vilken direktiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling införlivats. Kommissionen väckte talan vid domstolen enligt artikel 226 EG, vilken ledde fram till dom av den 27 oktober 2005 i mål C-525/03.⁶

Agusta Bell AB 412 för omkring 30,5 miljoner euro; ii) den 23 december 2002, ett avtal om köp av fyra helikoptrar av märket Agusta A 109 Power för omkring 33,6 miljoner euro, och iii) den 19 mars 2003, ett avtal om hyrköp av fyra helikoptrar av märket A 109 Power för omkring 12,8 miljoner euro. Kommissionen påpekade att Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco helikopterflotta i huvudsak bestod av Agusta- eller Agusta Bell-helikoptrar.

10. På grundval av de uppgifter som erhöles inom ramen för ovanstående förfarande noterade kommissionen att just den överträdelse som utgjorde föremålet för det förfarandet inte var en isolerad händelse, utan typisk för en allmän praxis att direkt tilldela avtal om köp av helikoptrar tillverkade av Agusta och Agusta Bell för att tillgodose behov hos en rad enheter inom den italienska staten, utan något upphandlingsförfarande. Kommissionen inledde därför ytterligare ett fördragsbrottsförfarande (nr 2003/2158).

12. I fråga om *Corpo Carabinieri* (försvarsministeriet) tyder de uppgifter som lämnats till kommissionen på att *Corpo Carabinieri*, under perioden 2000-2002, tilldelade Agusta två avtal om köp av fyra helikoptrar utan något upphandlingsförfarande. Kommissionen påpekade att även *Corpo Carabinieri* helikopterflotta i huvudsak bestod av Agusta- eller Agusta Bell-helikoptrar.

11. I fråga om *Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco* (brandkåren, inrikesministeriet) noterade kommissionen särskilt att följande avtal direkt tilldelats bolaget Agusta, utan något upphandlingsförfarande: i) den 10 juni 2002, ett avtal om köp av fyra helikoptrar av märket

13. I fråga om *Corpo Forestale dello Stato* (jordbruks- och skogsministeriet) sägs detta organ, förutom de köp som behandlades i mål C-525/03, ha köpt ytterligare en Agusta-helikopter. På samma sätt påpekade kommissionen att *Corpo Forestale* helikopterflotta i huvudsak bestod av Agusta- eller Agusta Bell-helikoptrar.

6 — Dom av den 27 oktober 2005 i mål C-525/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-9405).

14. I fråga om civilförsvarsdepartementet informerades kommissionen om att den ingått avtal om hyrköp av Agustahelikoptrar.

tillställde kommissionen den italienska regeringen en formell underrättelse, i vilken den anmodades att yttra sig.

15. I fråga om andra statliga enheter fann kommissionen – trots att den saknade information om de enskilda avtalen – att flygflottan vid *Guardia Costiera* (kustbevakningen), en underavdelning av *Corpo delle Capitanerie di Porto* (infrastruktur- och transportministeriet), vid *Guardia di Finanza* (finanspolisen, ministeriet för ekonomi och finans) och vid *Polizia di Stato* (den statliga polisen, inrikesministeriet) även de enbart eller i huvudsak bestod av helikoptrar av märket Agusta eller Agusta Bell.

17. De italienska myndigheterna svarade genom ett fax den 9 december 2003 från sin ständiga representation vid Europeiska unionen. Kommissionen, som inte ansåg att de italienska myndigheternas svar var tillfredsställande, tillställde Republiken Italien ett motiverat yttrande den 5 februari 2004, där den anmodades att följa det motiverade yttrandet inom två månader från dess delgivning.

18. De italienska myndigheterna besvarade det motiverade yttrandet genom tre skrivelser från Italiens ständiga representation vid Europeiska unionen.⁷

B — *Det administrativa förfarandet*

16. Kommissionen – som inte funnit några uppgifter om att en anbudsinfordran på gemenskapsnivå organiserats för köp av helikoptrar för att tillgodose behoven hos ovan nämnda italienska ministerier och departement – ansåg att dessa helikoptrar av märket Agusta köptes med direkt åsidosättande av de förfaranden som fastställdes i direktiv 93/36 och, tidigare, direktiv 77/62, direktiv 80/767 och direktiv 88/295. Den 17 oktober 2003

19. Kommissionen ansåg att de italienska myndigheterna inte framfört tillfredsställande argument för att vederlägga de anmärkningar som framfördes i det motiverade yttrandet och konstaterade att Republiken Italien inte vidtagit några åtgärder för att bringa det kritiserade förfarandet att upphöra, och den väckte följakt-

⁷ — i) Det första daterat den 5 april 2004 innehållande en not från chefen för lagstiftningsenheten vid ministeriet för gemenskapspolitik av den 2 april 2004, ii) det andra daterat den 13 maj 2004 med en not från ordföranden för ministerrådet (departementet för gemenskapspolitik) av den 11 maj 2004 och iii) det tredje daterat den 27 maj 2004 innehållande en not från avdelningen för civilförvarsfrågor vid premiärministerns kansli av den 12 maj 2004.

ligen förevarande talan vid domstolen den 15 september 2005.⁸

tillämpa något upphandlingsförfarande, och särskilt genom att inte följa de förfaranden som föreskrivs i ovannämnda direktiv,

20. Kommissionen har begärt att domstolen skall

2. förplikta Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.”

”1. fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/36/EEG [och, tidigare, direktiven] 77/62/EEG, 80/767/EEG och 88/295/EEG, genom att den italienska regeringen, och i synnerhet inrikesministeriet, försvarsministeriet, ekonomi- och finansministeriet, jordbruks- och skogsministeriet, infrastruktur- och transportministeriet samt avdelningen för civilförsvarsfrågor vid premiärministerns kansli har infört som praxis – vilken förekommer sedan länge och fortfarande följs – att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar av märket ”Agusta” och ”Agusta Bell” till företaget Agusta för att tillgodose behoven inom brandkårens militära förband, militärpolisen, den statliga skogsbevakningsmyndigheten, kustbevakningen, finanspolisen och den statliga polisen samt avdelningen för civilförsvarsfrågor, utan att

21. Republiken Italien anser att talan skall avvisas därför att den inte kan tas upp till sakprövning och, i alla händelser, bör ogillas såsom ogrundad.

22. Båda parter yttrade sig muntligen vid förhandlingen som hölls den 17 april 2007.

III — Bedömning

A — Inledande anmärkningar

8 — Kommissionen har även påpekat att den italienska regeringen, enligt egen uppgift, i december 2003 genom ett förhandlat förfarande köpte ytterligare helikoptrar av märket Agusta för att tillgodose behov hos *Guardia di Finanza*, *Polizia di Stato*, *Carabinieri* och *Corpo Forestale* och att, som framgår av datum för registrering av dessa vid den italienska *Corte dei Conti*, Italien inte upphävdessa avtal efter mottagandet av det motiverade yttrandet.

23. Det är viktigt att notera att den italienska regeringen inte har bestritt att det förhandlade förfarandet använts för köpet

av helikoptrar till statliga enheter och att avtal tilldelats direkt till Agusta utan något föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling på gemenskapsnivå. Diskussionen i förevarande mål gäller således frågan huruvida Italien lagenligt kunde avvika från gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling av varor.⁹ I kommissionens yrkanden hänvisas inte bara till direktiv 93/36, utan även till tidigare direktiv, nämligen direktiven 77/62, 80/767 och 88/295. Med tanke på likheten mellan de berörda bestämmelserna i dessa direktiv anser jag dock, som kommissionen har föreslagit, att det för tydlighetens och enkelhetens skull är tillräckligt att jag enbart hänvisar till direktiv 93/36 i min analys.

det administrativa förfarandet, utan att de enda leveranser som nämndes under det förfarandet var civila sådana. Inom ramen för det administrativa förfarandet nämnde kommissionen vidare endast ett antal avtal som ingåtts på senare år, det vill säga år 2002 och år 2003, mellan Corpo de Vigili del Fuoco, Corpo Forestale och Carabinieri och Agusta. Således överensstämmer inte de klagomål som framfördes under det administrativa förfarandet med yrkandena i förevarande talan vid domstolen. I sin duplik har Italien vidare förklarat att med tanke på de vaga och inexakta uppgifter som kommissionen har åberopat uppfyller inte talan de krav som fastställts i rättspraxis. Republiken Italien anser att detta inverkat menligt på dess rätt till försvar.

B — Upptagande till sakprövning

24. Den italienska regeringen har i sitt svaromål ifrågasatt huruvida förevarande talan kan tas upp till prövning i sak.

26. Slutligen har den italienska regeringen förklarat att den del av förevarande talan som gäller leveranser till Corpo Forestale dello Stato inte kan tas upp till sakprövning, eftersom dessa leveranser grundades på beslut 3231. Principen *ne bis in idem* skulle åsidosättas, eftersom det beslutet redan behandlats av domstolen i domen i målet kommissionen mot Italien.¹⁰

1. Parternas huvudsakliga argument

25. Italien har förklarat att kommissionen inte hänvisade till militära leveranser under

27. Kommissionen har ifrågasatt Republiken Italiens synpunkter. Den anser att det administrativa förfarandet aldrig gällde

9 — Nämligen direktiv 93/36 och, tidigare, direktiv 77/62, direktiv 80/767 och direktiv 88/295.

10 — Se ovan fotnot 6.

militära leveranser. Det gällde i stället civila leveranser avsedda att tillgodose bland annat behov hos vissa av Republiken Italiens militära enheter. I fråga om den påstådda oklarheten har kommissionen förklarat att det sedan den formella underrättelsen stått klart att föremålet för förfarandet var att det under lång tid varit praxis att tilldela avtal direkt till Agusta, ett tillvägagångssätt som fortfarande tillämpas. Syftet med förfarandet var uppenbart för Italien, som kunde försvara sig och även gjort detta, bland annat genom att inkomma med en rad handlingar. Kommissionen har vidare gjort gällande att det förfarande som låg till grund för domen i målet kommissionen mot Italien hade ett annat föremål än förevarande mål.

2. Bedömning

28. Enligt fast rättspraxis skall kommissionen i varje ansökan enligt artikel 226 EG ange exakt vilka anmärkningar som domstolen skall uttala sig om samt, åtminstone översiktligt, de rättsliga och faktiska omständigheter som dessa anmärkningar grundar sig på.¹¹

11 — Se, bland annat, dom av den 23 oktober 1997 i mål C-375/95, kommissionen mot Grekland (REG 1997, s. I-5981), punkt 35 och där angiven rättspraxis.

29. Det är i det avseendet visserligen riktigt att föremålet för en talan som väcks med stöd av artikel 226 EG avgränsas genom det administrativa förfarande som avses i samma bestämmelse, och att kommissionens motiverade yttrande och talan följaktligen måste grunda sig på samma anmärkningar. Detta krav är emellertid inte så långtgående att det i samtliga fall måste råda fullständig överensstämmelse med avseende på hur anmärkningarna har formulerats, när tvisteföremålet inte har utvidgats eller ändrats utan enbart inskränkts. Kommissionen kan således precisera sina inledande anmärkningar i ansökan, under förutsättning att den inte ändrar föremålet för talan.¹²

30. För det första godtar jag kommissionens påstående att adjektivet ”militära” otvetydigt avser vissa statliga ”enheter” och inte ”leveranser”, som den italienska regeringen har gjort gällande.¹³ Av handlingarna i målet framgår att kommissionens talan bara gäller civila leveranser som köpts för att tillgodose behoven hos vissa enheter inom den italienska staten, varav vissa är av militär karaktär och vissa är av civil karaktär. En jämförelse mellan det motiverade yttrandet och förevarande ansökan, som är i det

12 — Se, senast, dom av den 26 april 2007 i mål C-195/04, kommissionen mot Finland (REG 2007, s. I-3351), punkt 18 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (REG 2005, s. I-9705), punkterna 25–27 och där angiven rättspraxis.

13 — Kommissionen har helt korrekt påpekat i sin replik att Italien självt till sitt svaromål förklarat att *Carabinieri*, *Guardia di Finanza* och *Guardia Costiera* är statliga enheter av militär karaktär. De övriga enheterna är dock civila.

närmaste identiskt formulerade, visar i själva verket att de baserar sig på samma invändningar. Under dessa omständigheter kan inte Italiens påstående att de klagomål som framfördes under det administrativa förfarandet inte överensstämmer med yrkandena i förevarande talan godtas.

31. För det andra anser jag, i fråga om den italienska regeringens påstående att de omständigheter som har åberopats av kommissionen är vaga och inexakta, att det under det administrativa förfarandet i förevarande mål klart angavs varför kommissionen ansåg att Republiken Italien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiven om offentlig upphandling. I punkt 14 i det motiverade yttrandet och punkt 25 i den formella underrättelsen förklarade kommissionen i själva verket entydigt att det inte varit möjligt att få någon information som kunde bekräfta att den italienska regeringen följt förfarandena för offentlig upphandling på gemenskapsnivå vid inköpen av helikoptrar, i enlighet med direktiv 93/36 men, tidigare, även direktiven 77/62, 80/767 och 88/295. Kritiken var alltså tillräckligt tydlig för att den italienska regeringen skulle kunna försvara sig.

32. Avslutningsvis anser jag inte att principen *ne bis in idem* har åsidosatts i detta förfarande. Som jag ser det gällde mål C-525/03 ett bestämt nationellt beslut

(nämligen beslut nr 3231), enligt vilket det var möjligt att använda ett förhandlat förfarande, med avvikelse från direktiven om offentlig upphandling av varor och tjänster. Det konstaterades faktiskt att den talan inte kunde tas upp till prövning i sak på grund av beslutets tidsmässiga giltighet. En omprövning av lagenligheten hos beslut 3231 har inte begärts i förevarande förfarande. Föremålet för förevarande mål är snarare det påstådda förfarandet att tilldela avtal om köp av helikoptrar direkt till Agusta utan något föregående upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå.

33. Av ovan sagda följer att den italienska regeringens invändning om rättegångshinder skall underkännas.

C — *Prövning i sak*

1. De ”interna” relationerna med Agusta

34. För att utreda om Italien faktiskt åsidosatte direktiven om offentlig upphandling kommer jag först att granska den italienska regeringens påstående att dess relationer med Agusta fram till slutet av 1990-talet var att beteckna som ”interna” relationer.

a) Parternas huvudsakliga argument

35. Italien har förklarat att relationerna med Agusta var "interna" relationer och i sitt svaromål redovisat hur det offentliga deltagandet i Agusta utvecklats. Italien medger visserligen att statens direkta tilldelning av avtal till företag som den är delägare i vid den aktuella tiden var svår att förena med rättspraxis om "interna" transaktioner, men anser att Agustas relationer med den italienska staten snarare var av sådan karaktär att man kan tala om "egen produktion av varor och tjänster" – som användes av staten och som utgjorde en grundläggande del av produktionsportföljen i bolag med ett statligt ägande.

36. Kommissionen anser inte att de italienska myndigheterna visat att de kriterier som domstolen fastställde i domen i målet Teckal var uppfyllda i förevarande mål,¹⁴ eftersom Italien endast lämnat vaga och oprecisa uppgifter.

14 — Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

b) Bedömning

37. Som kommissionen helt riktigt har påpekat är det viktigt att erinra sig att fast rättspraxis visar att enligt direktiven om offentlig upphandling krävs inte någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, om två kumulativa villkor är uppfyllda. För det första skall den myndighet som är upphandlande myndighet utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.¹⁵

38. Det ankom inte bara på Italien att hävda att ett sådant förhållande förelåg mellan de upphandlande myndigheterna och Agusta, utan även att lägga fram bevis med stöd av vilka domstolen entydigt kunde slå fast att de två ovannämnda villkoren var uppfyllda. Av handlingarna i målet framgår dock att Italiens uppgifter i detta avseende är tämligen vaga och de stöds inte av relevanta handlingar. Således har den italienska regeringen inte visat att de två villkoren var uppfyllda i förevarande mål.

15 — Se domen i målet Teckal (ovan fotnot 14), punkt 50, och senast dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (REG 2007, s. I-2999), punkt 55 och där angiven rättspraxis.

39. Domstolen har nyligen fastslagit att det faktum att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga i alla händelser utesluter att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet.¹⁶

40. Således skulle redan den omständighet, som framhållits av kommissionen, att Agusta från 1970-talet till 1990-talet aldrig var helägt av den italienska staten vara tillräcklig för att utesluta att det förelåg ett internt förhållande med Agusta.¹⁷ Vidare måste det även i fråga om perioden från år 2000, när ett joint venture – ”Agusta Westland” – bildades med det brittiska företaget Westland, uteslutas att ett internt förhållande med den italienska staten förelåg.

41. Därför kommer jag nu att pröva frågan huruvida direktiven om offentlig upphandling faktiskt åsidosattes.

16 — Se dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle (REG 2005, s. I-1), punkterna 49 och 50.

17 — Italiens argument att domen i målet Stadt Halle inte är tillämplig eftersom den är av senare datum än omständigheterna i förevarande mål är enligt min uppfattning irrelevant, eftersom den senare domen endast innehöll en tolkning av lagstiftningen, såsom den skulle ha tolkats från början.

2. Förfarandets existens

a) Parternas huvudsakliga argument

42. Mot bakgrund av att de offentliga varuavtalen i fråga uppfyller de villkor som anges i direktiv 93/36, genom att avtalen på grund av helikoptrarnas höga pris i princip alltid överskred tröskelvärdet på 130 000 särskilda dragningsrätter (SDR),¹⁸ har kommissionen förklarat att de skulle ha varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande i enlighet med artikel 6 direktivet, men inte ett förhandlat förfarande. Kommissionen anser att åsidosättandet av gemenskapsrätten därmed är styrkt. Eftersom de italienska myndigheterna uttryckligen har medgivit att de köpt Agustahelikoptrar utan något upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå före år 2000, har kommissionen förklarat att förfarandet att tilldela avtal direkt till Agusta har fortgått efter år 2000, vilket bekräftas av de avtal som fogats till dess ansökan.

43. I fråga om köpen före år 2000 har Italien i princip förklarat att de kunde betecknas som ”interna”, medan Italien i fråga om den senaste tidens inköp har förklarat att den direkta tilldelningen av avtalen är en

18 — Enligt artikel 5.1 a ii i direktiv 93/36. Det beloppet i SDR motsvarar ungefär 162 000 euro för år 2002 och år 2003.

konsekvens av det internationella säkerhetsläget efter den 11 september 2001. Civila helikoptrar skall därför jämföras med militära helikoptrar. Köpen var således undantagna från gemenskapsrätten enligt artikel 296 EG.

46. Av tolfte skälet i direktiv 93/36 framgår tydligt att det förhandlade förfarandet bör ses som ett undantag och därför bara tillämpas i särskilda fall. I det avseendet anges i artikel 6.2 och 6.3 i direktivet uttömmande och uttryckligen de fall där det förhandlade förfarandet kan användas utan att det dessförinnan publiceras ett meddelande om upphandling.¹⁹

b) Bedömning

44. Kommissionen anser att det berörda förfarandet var "allmänt" och "systematiskt" och att direktiv 93/36 och direktiv 77/62 och de övriga direktiv som var tillämpliga under tiden har åsidosatts. Därav följer att förfarandet att systematiskt tilldela avtal avseende köp av helikoptrar direkt till Agusta mycket väl kan ha pågått i omkring 30 år.

47. Det bör erinras om att undantag från regler som syftar till att säkerställa tillämpligheten av de rättigheter som tillerkänns genom fördraget inom området för offentlig upphandling skall tolkas restriktivt.²⁰ För att inte beröva direktiv 93/36 sin ändamålsenliga verkan, får medlemsstaterna inte föreskriva att det förhandlade förfarandet får användas i andra fall än de som anges i nämnda direktiv eller förena de fall som uttryckligen anges i det direktivet med nya villkor som gör det lättare att få tillgång till nämnda förfarande.²¹ Det är dessutom den som åberopar

45. Den italienska regeringen har inte förnekat att förfarandet tillämpats. I bilagorna till sitt svaromål bekräftar Italien faktiskt även kommissionens påstående i detta avseende. Följaktligen har Italien de facto använt det förhandlade förfarandet utan ett föregående upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå. Det är därmed nödvändigt att ta ställning till huruvida Italien lagenligt kunde avvika från direktivet.

19 — Se domen i målet Teckal (ovan fotnot 14), punkt 43, där det konstateras att: "... de enda undantag från tillämpningen av direktiv 93/36 som är tillåtna är de undantag som uttömmande och uttryckligen är angivna i denna bestämmelse" (beträffande direktiv 77/62, se dom av den 17 november 1993 i mål C-71/92, kommissionen mot Spanien, REG 1993, s. I-5923), punkt 10. Beträffande bland annat direktiv 93/37/EEC, se dom av den 17 september 1998 i mål C-323/96, kommissionen mot Belgien (REG 1998, s. I-5063), punkt 34.

20 — Se dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), punkt 14.

21 — Se dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien (REG 2005, s. I-139), punkterna 48 och 58 samt domslutet, och där angiven rättspraxis.

dessa undantagsbestämmelser som har bevisbördan för förekomsten av de exceptionella omständigheterna.²²

48. Det är därför nödvändigt att i det följande pröva huruvida Italien uppfyller de krav som uttryckligen omfattas av de undantag som föreskrivs i fördraget och/eller det direktiv som medlemsstaten har åberopat.

3. Legitima krav hänförliga till nationellt intresse

a) Parternas huvudsakliga argument

49. Italien har förklarat att köpen av de berörda helikoptrarna uppfyller sådana legitima krav hänförliga till nationellt intresse som avses i artikel 296 EG samt artikel 2.1 b i direktivet. Italien anser att dessa bestämmelser är tillämpliga, därför att de berörda helikoptrarna utgör ”varor med dubbla användningsområden”, det vill säga varor som kan användas för såväl civila som militära ändamål.

22 — Domen i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 20), punkt 14. Se senast, beträffande direktiv 93/38/EEG, dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-4713), punkt 33.

50. Den italienska regeringen anser för det första att artikel 296 EG omfattar alla leveranser till den italienska statens militära enheter. I fråga om andra enheter har den betonat att leveranserna till dessa enheter sedan år 2001 successivt har hänförs till ett särskilt område som gäller statens säkerhet (eller ”homeland security”) och omfattas av ett system som syftar till att jämställa dem med militära leveranser.²³ Italien anser att domstolen i domen i målet Leifer,²⁴ som gällde ett undantag från artikel 28 EG i fråga om varor med dubbla användningsområden, uttryckligen medgav att medlemsstaterna har ett visst handlingsutrymme när de vidtar åtgärder som de anser nödvändiga för att garantera sin allmänna, både inre och yttre, säkerhet.

51. Italien har i detta avseende hänvisat till förstainstansrättens dom i målet Fiocchi Munizioni,²⁵ där det konstateras att den ordning som har införts genom artikel 296.1 b EG syftar till att bevara medlemsstaternas handlingsfrihet på vissa områden som rör nationellt försvar och

23 — Italien har förklarat att det faktum att militär eller paramilitär användning av helikoptrarna i fråga bara eventuellt kommer att bli aktuell inte står i motsättning till deras ”icke civila” karaktär, eftersom behovet av att garantera att helikoptrarna är lämpade för militära ändamål medför krav från beställnings- och upphandlingsstadierna, särskilt i fråga om sekretessprinciper.

24 — Dom av den 17 mars 1995 i mål C-83/94, Leifer (REG 1995, s. I-3231), punkt 35.

25 — Dom av den 30 september 2003 i mål T-26/01, Fiocchi munizioni mot kommissionen (REG 2003, s. II-3951), punkt 58.

nationell säkerhet. Artikel 296.1 b EG ger medlemsstaterna ett särskilt stort utrymme för att bedöma de behov för vilka ett sådant skydd gör sig gällande.

inte artikel 296 EG ett automatiskt undantag av den typ som tillämpats av Italien under de omständigheter som är för handen i förevarande mål. Att undanta en hel industri-sektor från konkurrensreglerna för att skydda nationella säkerhetsintressen ter sig varken proportionellt eller nödvändigt.

52. För det andra har Italien förklarat att mot bakgrund av att helikoptrarna i fråga både kan användas i kampen mot terrorism och vid insatser för att skydda allmän ordning är undantaget i artikel 2.1 b i direktivet tillämpligt. Italien har även hänvisat till kravet på sekretess vid köpen av helikoptrarna.

53. Kommissionen har förklarat att Italien inte i förevarande mål har visat att det förelåg krav som motiverade tillämpningen av artikel 30 EG och argumentet avseende "varor med dubbla användningsområden". Kommissionen har vidare, i fråga om artikel 2.1 b i direktivet och argumentet att ett offentliggörande av uppgifter om det berörda köpet skulle strida mot Italiens väsentliga intressen, förklarat att Italien inte har specificerat vilka "uppgifter" det kan vara. Beträffande artikel 296 EG är det här inte fråga om "handel med vapen, ammunition och krigsmateriel", utan snarare köp av helikoptrar i huvudsak avsedda för civilt bruk. Italien har inte visat att situationen i förevarande mål utgjorde en åtgärd som var nödvändig för att skydda väsentliga intressen för landet, såsom säkerhetsintressen, vilket är ett orubbligt villkor i artikel 296 EG. Kommissionen har förklarat att den enda säkra användningen av helikoptrarna är för civila ändamål och att den militära användningen av dem fortfarande bara är eventuell och oviss. Därför är inte artikel 296 EG tillämplig. Även om man antar att de berörda leveranserna var av militär karaktär, medger

b) Bedömning

54. Domstolen har konstaterat att det endast är artiklarna 30 EG, 39 EG, 46 EG, 58 EG, 64 EG, 296 EG och 297 EG som innehåller undantag för situationer som kan påverka allmän säkerhet. Dessa artiklar gäller exceptionella och väl avgränsade fall. Härav kan man inte sluta sig till att det skulle finnas ett generellt förbehåll i fördraget som undantar alla åtgärder från gemenskapsrättens tillämpningsområde som vidtas med hänvisning till allmän säkerhet. Om man godtog att det fanns ett sådant förbehåll, vid sidan av de särskilda villkoren i fördragets bestämmelser, skulle gemenskapsrättens tvingande karaktär och dess enhetliga tillämpning riskera att

urholkas.²⁶ Således kan allmän säkerhet åberopas enbart då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse. Det egentliga syftet med dessa hänsyn får inte heller kringgås genom att de åberopas för att tjäna rent ekonomiska syften.²⁷

vapen, ammunition och krigsmateriel, så att de ges rätt att avvika från gemenskapsrätten, men endast på de strikta villkor som anges.

55. Domstolen har vidare konstaterat att det ankommer på den medlemsstat som avser att tillämpa undantagen att bevisa att undantaget i fråga inte går utöver gränserna för sådana fall och att de är nödvändiga för att skydda väsentliga säkerhetsintressen.²⁸

57. Denna artikel skall, i egenskap av undantag, tolkas restriktivt.

56. Italien har i sitt svaromål särskilt åberopat artikel 296 EG. Syftet med artikel 296 EG är både att samordna och balansera samspel och spänningar mellan skyddet för konkurrensen på den gemensamma marknaden och skyddet för medlemsstaternas väsentliga säkerhetsintressen, i samband med medlemsstaternas tillverkning av eller handel med

58. Följaktligen kan inte ett sådant undantag, som exempelvis undantaget i artikel 30 EG, betraktas som ett automatiskt och/eller generellt undantag som medlemsstaterna kan åberopa oberoende av de speciella omständigheterna i en viss situation. Artikel 296 EG skall tillämpas av medlemsstaterna från fall till fall, och i ett fall som det förevarande skall varje enskilt upphandlingsavtal bedömas. Enligt artikel 296 EG skall de åtgärder som vidtas av en medlemsstat och som sammanhänger med tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel vara *nödvändiga* för att skydda väsentliga säkerhetsintressen. Dessutom innehåller artikel 296 EG villkoret att ”sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda *speciellt* för mili-

26 — Dom av den 11 mars 2003 i mål C-186/01, Dory mot Bundesrepublik Deutschland (REG 2003, s. I-2479), punkt 31, av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651, och av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil (REG 2000, s. I-69), punkt 16.

27 — Se dom av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris och Scientology International Reserves Trust mot Premier ministre (REG 2000, s. I-1335), punkt 17 och där angiven rättspraxis.

28 — Dom av den 16 september 1999 i mål C-414/97, kommissionen mot Spanien (REG 1999, s. I-5585), punkt 22. Se även dom av den 4 oktober 1991 i mål C-367/89, Richardt och Les Accessoires Scientifiques (REG 1991, s. I-4621), punkterna 20 och 21 och där angiven rättspraxis.

tärändamål [min kursivering]”. Artikel 296 EG är vidare endast tillämplig på varor som anges i förteckningen i rådets beslut av den 15 april 1958.²⁹

59. När en medlemsstats tillämpning av artikel 296 EG påverkar konkurrensen på den gemensamma marknaden negativt skall den berörda medlemsstaten enligt min uppfattning visa att produkterna är avsedda *speciellt* för militära ändamål.³⁰ Jag anser att redan detta i sig utesluter varor med dubbla användningsområden.³¹

60. Karaktären hos de varor som anges i 1958 års förteckning och den uttryckliga hänvisningen i artikel 296 EG till ”speciellt för militärändamål” bekräftar att endast handel med utrustning som utformats, utvecklats och tillverkats speciellt för militära ändamål kan undantas från gemenskapens konkurrensregler med hänvisning till artikel 296.1 b EG.³² Kravet på att varorna skall vara speci-

ellt avsedda för militära ändamål innebär exempelvis att leveransen av en helikopter till *militära enheter*, som var avsedd för civila ändamål skall ske enligt reglerna om offentlig upphandling. Helikopterleveranser till vissa *civila enheter* inom en medlemsstat, som hypotetiskt, vilket Italien har gjort gällande, kan användas även för militära ändamål måste, *a fortiori*, ofrånkomligen ske enligt dessa regler.

61. I förevarande mål har Italien inte gjort gällande att alla de berörda helikoptrarna köptes speciellt för militära ändamål. I stället har den italienska regeringen i huvudsak förklarat att de berörda helikoptrarna hypotetiskt *även* kunde användas för militära ändamål, men att de dock samtidigt används för civila ändamål. Det framgår således av handlingarna i målet att de berörda helikoptrarna inte var avsedda att användas speciellt för militära ändamål. Således kan Italien inte åberopa artikel 296.1 b EG till sitt försvar.

62. Italien har inte försökt visa att dess angelägenhet att skydda sekretessen inte kunde ha tillgodosetts på ett lämpligt sätt genom att följa de förfaranden som anges i direktivet, särskilt det selektiva förfarande som föreskrivs i artikel 1 e i detta. Italien har i stället undantagit en stor del av leveranserna av helikoptrar till den italienska statens

29 — Rådet antog den förteckning över produkter som artikeln är tillämplig på den 15 april 1958. Förteckningen i sig har aldrig publicerats offentligt eller ändrats, men den är allmänt känd. Se skriftlig fråga E-1324/01 från Bart Staes (Verts/ALE) till rådet. Artikel 296.1 b i EG-fördraget (EGT C 364 E, 2001, s. 85).

30 — I domen i målet kommissionen mot Spanien (ovan fotnot 28), punkt 22, förklarade domstolen att det ”ankommer ... på den medlemsstat som avser att tillämpa undantagen [det vill säga, bland annat artiklarna 30 EG och 296 EG] att bevisa att skattebefrielsen inte går utöver gränserna för sagda förhållanden”.

31 — *E contrario* vill jag dock påpeka att varor som förekommer i förteckningen och som inte är speciellt avsedda för militära ändamål omfattas av upphandlingsreglerna.

32 — Se domen i målet Fiocchi Munizioni (ovan fotnot 25), punkterna 59 och 61.

centralförvaltning från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling genom att systematiskt tilldela avtal direkt till Agusta. Detta förfarande står uppenbarligen inte i förhållande till den uttryckta omsorgen om att skydda sekretessen.³³

och det faktum att de berörda leveranserna utgjorde tilläggsleveranser, hade regeringen rätt att tilldela avtalet genom ett förhandlat förfarande med tillämpning av artikel 6.3 c och e i direktiv 93/36.

63. I fråga om artikel 2.1 b i direktivet kullkastas Italiens argument rörande behovet av sekretesskydd vid köpen av helikoptrarna i förevarande mål av det faktum att helikoptrarna i fråga enbart eller främst använts för civila ändamål, och därmed är undantaget enligt den bestämmelsen inte tillämpligt på köpet av de helikoptrar som utgör föremålet för förevarande förfarande.

65. Kommissionen har förklarat att de två ovannämnda undantagen inte aktualiseras i förevarande mål. I fråga om ytterligare leveranser har kommissionen vidare förklarat att den allmänna treårsregel som anges i artikel 6.3 e i direktivet var tillämplig, och eftersom de tidigare leveranserna var olagliga så var, under alla omständigheter, de ytterligare leveranserna per definition olagliga även de.

4. Angående flottans homogenitet/interoperativitet

a) Parternas huvudsakliga argument

64. Italien har förklarat att på grund av helikoptrarnas tekniskt sett specifika karaktär

b) Bedömning

66. Det räcker att konstatera att Italien underlät att i tillräcklig mån förklara och visa varför den ansåg att endast Agustahelikoptrar hade de egenskaper som krävdes för att berättiga köpen enligt artikel 6.3 c och e i direktivet. Jag delar dessutom kommissionens uppfattning och anser att den omstän-

33 — Jag delar kommissionens uppfattning att det i detta avseende är lämpligt att erinra om generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen (REG 2003, s. I-3851, punkterna 249–257), där han konstaterade att sekretesshänsyn inte kan åberopas för att undanta ett offentligt avtal från konkurrens. Det tillämpliga direktivet i det målet var direktiv 77/62, som upphävdes genom direktiv 93/36.

dighet som åberopats av Italien, att andra medlemsstater som tillverkar helikoptrar tillämpar samma förfarande, saknar betydelse med avseende på förevarande förfarande.

IV — Rättegångskostnader

67. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag således att domstolen förklarar att Republiken Italien har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt direktiv 93/36 och, tidigare, direktiven 77/62, 80/767 och 88/295.

68. Republiken Italien skall, i egenskap av tappande part, enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

V — Förslag till avgörande

69. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen

- 1) fastställer 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 och, tidigare, rådets direktiv 77/62/EEG, rådets direktiv 80/767/EEG och rådets direktiv 88/295/EEG genom att den italienska regeringen, och i synnerhet inrikesministeriet, försvarsministeriet, ekonomi- och finansministeriet, jordbruks- och skogsministeriet, infrastruktur- och transportministeriet samt avdelningen för civilförsvarsfrågor vid premiärministerns kansli har infört som praxis – vilken förekommer sedan länge och fortfarande följs – att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar tillverkade av Agusta och Agusta

Bell till företaget Agusta för att tillgodose behoven inom brandkårens militära förband, militärpolisen, den statliga skogsbevakningsmyndigheten, kustbevakningen, finanspolisen och den statliga polisen samt avdelningen för civilförsvarsfrågor, utan att tillämpa något upphandlingsförfarande, och särskilt genom att inte följa de förfaranden som föreskrivs i direktiv 93/36/EEG och dessförinnan i direktiven 77/62, 80/767 och 88/295,

- 2) förpliktar Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.