



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NICHOLAS EMILIOU
föredraget den 2 mars 2023¹

Mål C-601/21

**Europeiska kommissionen
mot**

Republiken Polen

”En medlemsstats underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter – Offentlig upphandling – Artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24/EU – Undantag – Framställning av identitetshandlingar och andra officiella handlingar – Skydd av medlemsstaternas väsentliga säkerhetsintressen – Mindre ingripande åtgärder”

I. Inledning

1. Behovet av att skydda offentliga handlingars integritet och allmänhetens förtroende för offentliga handlingar (såsom pass, valedlar eller tjänstekort för personer som tjänstgör vid polisen, militären och underrättelsetjänsten) gör att de offentliga myndigheterna, både i Europeiska unionen och på andra ställen, måste ta hänsyn till de betydande säkerhetsrisker som framställningen av sådana handlingar ger upphov till. Särskilt i dagens värld där personer, och i ännu högre grad data, kan färdas enkelt och snabbt för dessa myndigheter en ständig kamp mot kriminella i sin strävan att utveckla material och tekniker som gör det så svårt som möjligt att förfälska eller manipulera offentliga handlingar.

2. Artikel 15.2 och 15.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG,² och artikel 346.1 FEUF gör det möjligt för medlemsstaterna att undanta vissa offentliga kontrakt från de förfaranden som anges i det direktivet när medlemsstaternas väsentliga intressen skulle kunna äventyras, förutsatt att det inte finns några mindre ingripande åtgärder.

3. Vilka allmänintressen kan i detta avseende anses utgöra ”väsentliga säkerhetsintressen”? Vilket handlingsutrymme har medlemsstaterna? Har en medlemsstat rätt att välja den skyddsnivå som den anser lämpligast för att skydda dessa intressen? Hur långt sträcker sig en medlemsstats skyldighet att undersöka om det finns mindre ingripande åtgärder, och vid behov vidta dessa?

4. Detta är i korthet de viktigaste rättsfrågor som domstolen har att ta ställning till i förevarande mål. I förevarande förslag till avgörande kommer jag att försöka bringa viss klarhet i dessa frågor.

¹ Originalspråk: engelska.

² EUT L 94, 2014, s. 65.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

5. Artikel 346.1 FEUF har följande lydelse:

”Bestämmelserna i fördragen ska inte hindra tillämpningen av följande regler:

a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.

...”

6. I artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 2014/24, som rör direktivets syfte och tillämpningsområde, i dess ändrade och nu gällande lydelse, föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter med avseende på offentliga kontrakt ..., vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4.

...

3. Detta direktiv ska tillämpas om inte annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget.”

7. I artikel 2.1.9 i direktiv 2014/24 definieras ”offentligt tjänstekontrakt” som ”ett offentligt kontrakt som avser tillhandahållandet av andra tjänster än de som avses i punkt 6”.³

8. I artikel 15.2 och 15.3 i samma direktiv, som rör ”försvar och säkerhet”, föreskrivs följande:

”2. Detta direktiv ska inte tillämpas på offentliga kontrakt ... som inte annars omfattas av ett undantag enligt punkt 1, om skyddet av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder, exempelvis genom att det ställs krav för att skydda den konfidentiella karaktären hos den information som den upphandlande myndigheten lämnar ut i ett förfarande för kontraktstilldelning som genomförs i enlighet med detta direktiv.

Detta direktiv ska dessutom, i överensstämmelse med artikel 346.1 a i EUF-fördraget, inte tillämpas på offentliga kontrakt ... som inte annars omfattas av ett undantag enligt punkt 1 i den här artikeln, om tillämpningen av detta direktiv skulle innebära en skyldighet för en medlemsstat att tillhandahålla information vars avslöjande den anser strida mot medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen.

3. Om upphandlingen och fullgörandet av det offentliga kontraktet ... omfattas av sekretess eller måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i enlighet med lagar och andra författningar som gäller i en medlemsstat, ska detta direktiv inte tillämpas, förutsatt att medlemsstaten har fastslagit att de berörda väsentliga intressena inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder, såsom de som avses i punkt 2 första stycket.”

³ Punkt 6 innehåller en definition av ”offentligt byggtreprenadkontrakt”.

B. Polsk rätt

9. I artikel 11.4 i ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (lagen av den 11 september 2019 om offentlig upphandling) (nedan kallad Pzp 2019) föreskrivs följande:

”Bestämmelserna i denna lag ska inte tillämpas på kontrakt rörande framställning av

- 1) tomma offentliga handlingar som avses i artikel 5.2 i lagen om offentliga handlingar av den 22 november 2018 ..., samt personalisering eller individualisering av dessa,
- 2) punktskattmärken,
- 3) lagstadgade märkningar och kontrolldekaleringar som avses i lagen av den 20 juni 1997 om införande av vägtrafiklagen ...,
- 4) valsedlar och valsedlar med blindskrift som avses i artikel 40.1 respektive i artikel 40a.1 i lagen av den 5 januari 2011 om införande av vallagen ... och i artikel 20 i lagen av den 14 mars 2003 om nationella folkomröstningar ...,
- 5) holografiska märkningar på rösträttsintyg som avses i artikel 32.1 i lagen av den 5 januari 2011 om vallagen,
- 6) mikroprocessorsystem med programvara som används för hantering av offentliga handlingar, datasystem och databaser som är nödvändiga för användningen av offentliga handlingar som avses i artikel 5.2 i lagen av den 22 november 2018 om offentliga handlingar som innehåller ett elektroniskt chip, i enlighet med deras ändamål”.

10. Följande förteckning över offentliga handlingar återfinns i artikel 5.2 i lagen om offentliga handlingar av den 22 november 2018: 1) ID-kort, 2) pass, 3) sjöfartsböcker som avses i artikel 10.1 i lagen om sjöfartsarbete av den 5 augusti 2015, 4) handlingar utfärdade i enlighet med artikel 44.1 och artikel 83.1 i folkbokföringslagen av den 28 november 2014, 5) handlingar utfärdade till utlänningar i enlighet med artikel 37 och artikel 226 i utlänningslagen av den 12 december 2013, 6) handlingar utfärdade till medlemmar av utländska staters diplomatiska beskickningar eller konsulat eller varje person som likställs med dessa enligt lagar, konventioner eller internationell sedvanerätt samt handlingar utfärdade till de familjemedlemmar som ingår i deras hushåll enligt artikel 61 i utlänningslagen av den 12 december 2013, 7) den handling som utfärdas till unionsmedborgare i enlighet med artikel 48.1 i lagen av den 14 juli 2006 om inresa till, vistelse i och utresa från Republiken Polens territorium för medborgare i Europeiska unionens medlemsstater och deras familjemedlemmar, 8) handlingar utfärdade till familjemedlemmar till unionsmedborgare i enlighet med artikel 30.1 och artikel 48.2 i lagen av den 14 juli 2006 om inresa till, vistelse i och utresa från Republiken Polens territorium för medborgare i Europeiska unionens medlemsstater och deras familjemedlemmar, 9) handlingar som utfärdats till utlänningar i enlighet med artikel 55.1 och artikel 89i.1 i lagen av den 13 juni 2003 om beviljande av skydd för utlänningar i Republiken Polen, 10) exekutionstitlar utfärdade av domstolar eller exekutionsbiträden, 11) kopior av lagakraftvunna domar om förvärv, förekomst eller upphörande av en rättighet eller som rör en persons civilrättsliga ställning, 12) kopior av domar eller intyg utfärdade av domstolar som ger behörighet att företräda en person, utföra en rättshandling eller förvalta viss egendom, 13) kopior av domstolsavgöranden och beslut av exekutionsbiträden avseende anbringande av en notering om verkställighet på en annan exekutionstitel än den som anges i artikel 777.1.1 och 777.1.1¹ i lagen av den 17 november 1964

om införande av civilprocesslagen, om föremålet är en exekutionstitel som inte har utfärdats av domstolen, 14) kopior och utdrag ur handlingar rörande de notariebestyrkta handlingar som avses i artikel 79.1–79.1b och 79.4 i notarielagen av den 14 februari 1991, de tillstånd som avses i artikel 79.2 samt de reklamationer som avses i artikel 79.5 i lagen av den 14 februari 1991 om notarieämbetet, 15) intyg på tjänstgöring som medlem av en flygbesättning, 16) personliga militära handlingar utfärdade till personer som är inskrivna i militärregistret i enlighet med artikel 54.1 i lagen av den 21 november 1967 om den allmänna skyldigheten att försvara Republiken Polen, 17) personliga militära handlingar utfärdade i enlighet med artikel 48.1 i lagen av den 11 september 2003 om yrkesmilitärtjänstgöring, 18) identitetskort utfärdade i enlighet med artikel 137c.1 i lagen av den 11 september 2003 om yrkesmilitärtjänstgöring, 19) identitetskort utfärdade i enlighet med artikel 54a.1 i lagen av den 21 november 1967 om den allmänna skyldigheten att försvara Republiken Polen, 20) en sådan anteckning i ett pass som avses i artikel 19.1 i passlagen av den 13 juli 2006, 21) viseringsmärket, 22) det ”polska kortet” (Karta Polaka), 23) det kort som styrker funktionsnedsättning eller graden av funktionsnedsättning, 24) läkarlegitimation, 25) tandläkarlegitimation. 26) körkort, 27) yrkesregistreringsbevis och registreringsbevis för fordon, med undantag för de registreringsbevis för fordon som avses i artikel 73.3 i vägtrafiklagen av den 20 juni 1997, 28) fordonskortet (”karta pojazdu”), 29) det tillfälliga certifikat som avses i artikel 71.1 i vägtrafiklagen av den 20 juni 1997, 30) det färdskrivarkort som avses i artikel 2.4 i lagen av den 5 juli 2018 om färdskrivare, 31) det intyg om alternativ tvistlösning som avses i artikel 2.10 i lagen av den 19 augusti 2011 om transport av farligt gods, 31a) det registreringsbevis som avses i artikel 4.1 i lagen av den 12 april 2018 om registrering av lustjakter och andra fartyg med en längd på högst 24 meter, 32) tjänstekort för a) poliser, b) gränsvakter, c) statliga säkerhetsagenter, d) tjänstemän vid den byrån för inrikes säkerhet, e) underrättelsetjänstofficerare, f) tjänstemän vid byrån för korruptionsbekämpning, g) officerare inom det militära kontraspionaget och yrkesmilitärer som har utnämnts till en tjänst inom det militära kontraspionaget, h) officerare inom den militära underrättelsetjänsten och yrkesmilitärer som har utnämnts till en tjänst inom den militära underrättelsetjänsten, i) tjänstemän och övrig personal inom kriminalvården, j) skatte- och tulltjänstemän, k) personer anställda på den nationella skatteförvaltningens lokalkontor, l) inspektörer vid inspektoratet för vägtransporter, m) medlemmar av militärpolisen.

III. Bakgrund till målet och det administrativa förfarandet

11. Enligt artikel 90 i direktiv 2014/24 var medlemsstaterna skyldiga att införliva direktivet senast den 18 april 2016.

12. Den 14 juli 2016 underrättade de polska myndigheterna kommissionen om de nationella åtgärder som vidtagits för att införliva direktivet. Eftersom kommissionen ansåg att Republiken Polen hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet översände kommissionen den 25 januari 2019 en formell underrättelse till Republiken Polen.

13. Genom skrivelse av den 25 mars 2019 svarade de polska myndigheterna på den formella underrättelsen och informerade kommissionen om sin avsikt att ompröva vissa aspekter av införlivandeåtgärderna för att bland annat säkerställa efterlevnaden av direktiv 2014/24. De polska myndigheterna avvisade emellertid vissa av kommissionens invändningar.

14. Den 5 november 2019 underrättade de polska myndigheterna kommissionen om att en ny lag, Pzp 2019, hade antagits, vilken från och med den 1 januari 2021 skulle ersätta den tidigare nationella lagstiftningen.

15. Den 28 november 2019 översände kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Polen, i vilket kommissionen påtalade brister i samband med införlivandet av direktiv 2014/24. I sitt motiverade yttrande medgav kommissionen att de polska myndigheterna genom den nya lagstiftningen faktiskt hade åtgärdat vissa av de problem som tidigare hade identifierats. Kommissionen vidhöll emellertid de övriga invändningar som framförts i den formella underrättelsen, och som de polska myndigheterna hade bestritt.

16. I sitt svar av den 28 januari 2020 upprepade de polska myndigheterna att de inte delade kommissionens uppfattning och gjorde gällande att den aktuella nationella lagstiftningen var förenlig med bestämmelserna i direktiv 2014/24.

17. Under dessa omständigheter beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

18. I sin ansökan av den 28 september 2021 har kommissionen yrkat att domstolen ska

- fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 1.1 och 1.3 samt artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 om offentlig upphandling, jämförda med artikel 346.1 a FEUF, genom att införa undantag rörande framställning av vissa handlingar, trycksaker, stämplor och märkningar, undantag som inte föreskrivs i det direktivet, och
- förplikta Republiken Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

19. I sitt svaromål, som inkom den 17 december 2021, har Republiken Polen yrkat att domstolen ska

- avvisa talan, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna

20. Kommissionen ingav en replik den 9 februari 2022 och Republiken Polen ingav en duplik den 21 mars 2022. Parterna yttrade sig även muntligen vid den förhandling som hölls den 1 december 2022.

V. Bedömning

A. Parternas argument

21. Kommissionen har i sin ansökan påpekat att Republiken Polen, vid införlivandet av direktiv 2014/24 med nationell rätt, undantog kontrakt rörande framställning av ett stort antal handlingar och andra föremål (nedan kallade de omtvistade handlingarna) från direktivets tillämpningsområde. Dessa kontrakt tilldelades direkt till Polska Wytwórna Papierów Wartościowych (PWPW) – ett offentligt bolag etablerat i Polen som till hundra procent ägs av det polska finansministeriet – utan att det genomfördes några offentliga upphandlingar.

22. Kommissionen har erinrat om att det i direktiv 2014/24 uttryckligen anges i vilka situationer direktivbestämmelserna inte ska tillämpas. Kommissionen har påpekat att enligt domstolens praxis är förteckningen över undantag uttömmande, och bör sådana undantag tolkas restriktivt.

23. Enligt kommissionen kan den polska regeringen inte med framgång åberopa artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 för att motivera att framställningen av de omtvistade handlingarna har undantagits från reglerna för offentlig upphandling. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till domen av den 20 mars 2018, kommissionen/Österrike (Statstryckeriet),⁴ som enligt kommissionen i tillämpliga delar är tillämplig på förevarande mål. I det målet slog domstolen bland annat fast att medlemsstaters åtgärder inte helt kan undantas från tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling enbart på grund av att de vidtogs med hänvisning till den allmänna säkerheten eller det nationella försvaret. Det ankommer på den medlemsstat som åberopar dessa undantag att visa att behovet av att skydda sådana intressen inte skulle ha kunnat tillgodoses genom ett konkurrensutsatt anbuds förfarande.

24. Kommissionen anser att vissa av de intressen som den polska regeringen har åberopat inte kan knytas till den medlemsstatens säkerhet och än mindre till dess *väsentliga* säkerhetsintressen. Kommissionen har dessutom, även vad gäller de intressen som eventuellt kan omfattas av detta begrepp, gjort gällande att den polska regeringen inte har visat att målet att skydda sådana intressen inte kan skyddas lika bra genom andra, mindre ingripande åtgärder.

25. Kommissionen har i synnerhet gjort gällande att den polska regeringen inte har förklarat varför PWPW skulle vara det enda bolag med den erfarenhet och de tekniska intyg som krävs för att framställa de omtvistade handlingarna med högsta möjliga säkerhetsstandarder. Kommissionen har i detta sammanhang påpekat att flera bolag som är verksamma i Europeiska unionen (däribland vissa bolag som är etablerade i Polen) erbjuder likvärdiga garantier i fråga om teknisk kapacitet, finansiell stabilitet och säkerhet. PWPW konkurrerar i praktiken med dessa bolag vid anbuds förfaranden för framställning av handlingar som motsvarar handlingarna i förevarande mål för andra medlemsstater i unionen (eller för länder utanför unionen).

26. Kommissionen har gjort gällande att det inte finns något som hindrar den upphandlande myndigheten från att ställa särskilt höga krav (i fråga om teknisk och finansiell kapacitet, moraliskt anseende etcetera) på anbudsgivare, och från att kräva att anbudsgivarna ska kunna styrka detta. Enligt kommissionen ger framför allt artiklarna 42 och 58 i direktiv 2014/24 de nationella myndigheterna ett stort handlingsutrymme i detta avseende. Det kan exempelvis krävas av en ekonomisk aktör att denne accepterar att myndigheterna utför lämpliga kontroller och att aktören kan garantera säkra och punktliga leveranser samt garantera att bolaget är solvent.

27. Kommissionen har uttryckt tvivel om huruvida den polska regeringens argument att PWPW i praktiken inte kan försättas i konkurs är riktigt. Bland annat kan unionsbestämmelserna om kontroll av statligt stöd tillämpas på ekonomiskt stöd som finansministeriet betalar ut till detta bolag.

28. Republiken Polen har å sin sida understrukt att Polen har ett omfattande system för att garantera officiella handlingars säkerhet och att PWPW är en enhet som helt kontrolleras och leds av staten. Republiken Polen har tillagt att enligt nationell rätt får aktier eller rättigheter som är knutna till aktier som ägs av finansministeriet – såsom aktierna i PWPW – i princip inte säljas.

⁴ C-187/16, EU:C:2018:194 (nedan kallad domen kommissionen/Österrike).

Undantagsvis kan dock en försäljning av dessa aktier komma i fråga, men försäljningen måste i så fall godkännas av ministerrådet och kan endast ske till förmån för andra offentliga bolag som inte får säljas till privata aktieägare.

29. Enligt Republiken Polen möjliggör detta en fullständig kontroll av såväl den verksamhet som PWPW:s organ bedriver som processen för att framställa officiella handlingar. Att under dessa omständigheter anförtro uppgiften att framställa sådana handlingar till en sådan enhet, utan att genomföra en offentlig upphandling, skulle begränsa den krets av enheter som har tillgång till de uppgifter som anses vara konfidentiella. En sådan lösning säkerställer även kontinuitet i tillverkningen, samtidigt som de risker som är knuta till tillverkarens konkurs eller till att ett eventuellt offentligt kontrakt inte fullgörs på rätt sätt undanröjs.

30. Vad gäller kommissionens argument om en eventuell konkurs för ett sådant bolag som PWPW har den polska regeringen påpekat att även om det är möjligt att försätta bolag som ägs av finansministeriet i konkurs, är denna risk nästintill obefintlig med hänsyn till deras strategiska betydelse. Enligt Republiken Polen har kommissionen inte anfört något skäl till att PWPW, för det fall PWPW skulle hamna i ekonomiska svårigheter, inte skulle kunna beviljas statligt stöd.

31. Enligt den polska regeringen liknar den faktiska och rättsliga situationen i förevarande mål inte den situation som domstolen tog ställning till i den ovannämnda domen kommissionen/Österrike. Republiken Polen har påpekat att det österrikiska bolag som ansvarar för tryckning av officiella handlingar hade en helt annan rättslig ställning än PWPW, eftersom det österrikiska bolaget var ett privat aktiebolag vars aktier var börsnoterade och ägdes av privatpersoner. Den polska regeringen anser dessutom att den österrikiska regeringens kontroll över bolaget var mycket mer begränsad än i Polen. På grundval härav har den polska regeringen gjort gällande att den skyddsnivå som myndigheterna, med stöd av österrikisk rätt, har valt för att skydda statens väsentliga intressen var lägre än den som valts i Polen och att Polen inte kan åläggas att sänka denna skyddsnivå till den skyddsnivå som andra stater har valt.

32. Republiken Polen har tillagt att de avtalsgarantier som kommissionen har föreslagit inte gör det möjligt för landet att undvika att dess säkerhetsintressen hotas om den ekonomiska aktören i fråga förvärvas eller om ett tredjeland's underrättelsetjänst eller en kriminell organisation får inflytande över den ekonomiska aktörens ledningsorgan. Vad gäller risken för att tillverkaren av handlingarna kommer att bli insolvent skulle den lösning som kommissionen har föreslagit – som syftar till att fastställa ett kriterium för att vara berättigad till stöd i form av ett intyg om finansiell kapacitet som gör det möjligt att verkställa avtalet på ett säkert sätt och utan hinder – inte kunna förhindra att den berörda ekonomiska aktörens ekonomiska situation plötslig försämras.

33. De undantag som föreskrivs i nationell rätt utgör enligt den polska regeringen således en proportionerlig, lämplig och nödvändig åtgärd för att uppnå målet att säkerställa Polens väsentliga säkerhetsintressen på den nivå som anses lämplig. För att visa att tillämpningen av undantagen är proportionerlig är det enligt den polska regeringen inte nödvändigt att bevisa att sannolikheten för ett hot mot den berörda medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen är särskilt stor om det aktuella direktivet tillämpas. Till och med minsta sannolikhet för betydande skada på statens säkerhetsintressen skulle enligt den polska regeringen utgöra ett skäl för att tillämpa de aktuella undantagen.

34. Mer allmänt har kommissionen enligt den polska regeringen inte visat att den nivå avseende statens säkerhet som kan uppnås genom att anförtro en enhet utvald med tillämpning av direktiv 2014/24 uppgiften att framställa handlingar skulle vara lika hög som när denna uppgift anförtros ett bolag som ägs av finansministeriet.

B. Bedömning

35. Domstolen påpekar inledningsvis – i likhet med vad kommissionen har gjort gällande, utan att motsägas av den polska regeringen – att direktiv 2014/24 i princip är tillämpligt på offentliga kontrakt rörande framställning av de omtvistade handlingarna. Det är nämligen utrett i) att de aktuella offentliga kontrakten inte avser tjänster, sektorer och situationer som omfattas av undantagen i artiklarna 7–12 i direktiv 2014/24, och ii) att dessa har ett värde som inte understiger de tröskelvärden som anges i artikel 4 i samma direktiv. I artikel 15.1 i direktiv 2014/24 förtydligas dessutom att direktivet ska tillämpas på offentliga kontrakt ”på försvars- och säkerhetsområdet”.

36. Den polska regeringen har emellertid gjort gällande att sådana kontrakt kan tilldelas utan att tillämpa de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2014/24, eftersom vissa av undantagen i artikel 15.2 och 15.3 i direktivet kan tillämpas i förevarande mål.

37. I det följande kommer jag först att fastställa den relevanta bedömningsramen (1), och därefter bedöma parternas argument mot bakgrund av denna ram (2). Min slutsats är att den aktuella nationella lagstiftningen, i sin nuvarande lydelse, inte fullt ut kan anses omfattas av tillämpningsområdet för de undantag som diskuteras i detta förslag till avgörande och följaktligen inte är förenlig med bestämmelserna i direktiv 2014/24 (3).

1. Relevant bedömningsram

a) Artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 och artikel 346.1 a FEUF

38. I artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 anges fyra situationer i vilka direktivet ”inte ska tillämpas”. Dessa undantag från tillämpningen av direktivet, vilka samtliga avser upphandlingsförfaranden inom området ”försvar och säkerhet”, är, vilket framgår av rubriken till denna artikel,⁵ följande.

39. Enligt artikel 15.2 första stycket ska direktivet för det första inte tillämpas på offentliga kontrakt ”om skyddet av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder”. Enligt artikel 15.2 andra stycket ska direktivet för det andra inte tillämpas om tillämpningen ”skulle innebära en skyldighet för en medlemsstat att tillhandahålla information vars avslöjande den anser strida mot medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen”. I artikel 15.3 anges för det tredje ytterligare två situationer i vilket direktivet inte ska tillämpas, nämligen om det offentliga kontraktet i) ”omfattas av sekretess”, eller ii) ”måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i enlighet med lagar och andra författningar som gäller i en medlemsstat”. Enligt samma punkt gäller detta endast om ”medlemsstaten har konstaterat att de väsentliga intressen som berörs inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder”.

⁵ Det underavsnitt i direktiv 2014/24 som artikel 15 ingår i har dessutom rubriken ”Upphandling som avser försvars- eller säkerhetsaspekter”.

40. Jag påpekar vidare att artikel 346.1 a FEUF, vad gäller den situation som är aktuell i förevarande mål, inte förefaller innehålla något ytterligare (eller självständigt) undantag. Artikel 15.2 andra stycket i direktiv 2014/24 innehåller nämligen en uttrycklig hänvisning till artikel 346.1 a FEUF⁶ och båda bestämmelserna har en mycket liknande lydelse. Enligt min mening utgör artikel 15.2 andra stycket i direktiv 2014/24 således en tillämpning av den princip som anges i artikel 346.1 a FEUF, på det område som regleras av direktiv 2014/24. När parternas argument prövas mot bakgrund av bestämmelserna i direktivet saknas det enligt min mening därför anledning att genomföra en separat och oberoende bedömning enligt artikel 346.1 a FEUF.⁷ I förbigående noterar jag att parternas argument förefaller vara förenliga med ett sådant synsätt.

41. Den polska regeringen har åberopat tre av de undantag som anges i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24, nämligen samtliga undantag utom undantaget avseende hemliga kontrakt (nedan kallade de aktuella undantagen). Nämda regering har emellertid varken i sina skriftliga eller muntliga inlagor anfört något argument till stöd för ett specifikt undantag. Kommissionen har inte heller anfört några mer specifika argument i detta avseende. Det får mig att tro att båda parterna, åtminstone i princip, är överens om att bedömningsramen för de tre aktuella undantagen i stort sett ser likadan ut.

42. Jag delar denna uppfattning. Trots en viss skillnad i lydelse mellan de olika punkterna eller styckena i artikel 15,⁸ och trots att vissa termer kan te sig förbryllande,⁹ är de viktigaste delarna desamma och måste således bli föremål för en relativt likartad bedömning från domstolens sida.

b) De aktuella undantagens räckvidd

43. De aktuella undantagen gör det i huvudsak möjligt för varje medlemsstat att undanta upphandling av vissa tjänster från de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2014/24 när följande villkor är uppfyllda: i) de skyddade allmänna intressena hänför sig till denna medlemsstats "säkerhetsintressen", ii) dessa intressen kan anses vara "väsentliga", iii) tillämpningen av det aktuella direktivet, enligt denna medlemsstat, kan undergräva skyddet för dessa intressen och iv) skyddet för dessa intressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder.

44. Jag kommer i det följande att försöka klargöra vad dessa villkor innebär.

1) Begreppet "väsentliga säkerhetsintressen"

45. Vad gäller det första och det andra villkoret ankommer det på varje medlemsstat att definiera de särskilda allmänintressen som utgör dess "väsentliga säkerhetsintressen".¹⁰ Samtidigt är medlemsstaternas utrymme för skönmässiga bedömning inte obegränsat, eftersom begreppen *väsentliga* och *säkerhet* annars skulle förlora sin ändamålsenliga verkan.

⁶ En annan hänvisning till denna fördragsbestämmelse görs i artikel 1.3 i direktivet.

⁷ Se, analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Österrike (Statstryckeriet) (C-187/16, EU:C:2017:578, punkterna 43 och 45, nedan kallat förslaget till avgörande i målet kommissionen/Österrike).

⁸ Framför allt innehåller artikel 15.2 andra stycket, till skillnad från i artikel 15.2 första stycket och artikel 15.3, i direktiv 2014/24 inte ett uttryckligt krav på att det inte får finnas lika effektiva "mindre ingripande åtgärder". Avsaknaden av ett sådant krav saknar emellertid enligt min mening betydelse, eftersom detta under alla omständigheter följer av proportionalitetsprincipen.

⁹ I artikel 15.2 andra stycket i direktiv 2014/24 används ordet "dessutom", vilket tyder på att detta stycke kompletterar det som föreskrivs i artikel 15.2 första stycket. Jag anser emellertid att den (mer allmänt formulerade) situation som avses i första stycket även omfattar den (mer snävt definierade) situation som avses i andra stycket.

¹⁰ Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen/Österrike, punkt 75.

46. Jag medger att det är en omöjlig uppgift att ge en exakt och uttömmande definition av begreppet säkerhet. Vad detta begrepp faktiskt omfattar beror enligt min mening på en mängd faktorer som både kan variera mellan olika medlemsstater och över tid. Detsamma gäller specificeringen att de säkerhetsintressen som medlemsstaterna ska skydda måste vara "väsentliga". Detta adjektiv kräver med nödvändighet en bedömning som åtminstone delvis är subjektiv. Mycket beror på historiska, politiska och geopolitiska överväganden som kan variera mellan olika medlemsstater.¹¹

47. Om inte villkoren i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 ska reduceras till en ren formalitet, måste domstolen emellertid kunna kontrollera huruvida en medlemsstat har överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den åberopar de aktuella undantagen,¹² eftersom undantaget från offentlig upphandling syftar till att skydda intressen som antingen inte alls är kopplade till, eller endast är löst kopplade till, säkerhet.¹³

48. Jag anser att begreppet "säkerhet" – som förekommer både i artikel 15 i direktiv 2014/24 och i artikel 346 FEUF – motsvarar begreppen "allmän säkerhet"¹⁴ och "nationell säkerhet",¹⁵ vilka återfinns i flera unionsrättsliga bestämmelser, och i hög grad överlappar med (men enligt mitt förmenande är vidare än) begreppet "inre säkerhet",¹⁶ som förekommer i flera andra unionsrättsliga bestämmelser.

49. Såsom domstolen har påpekat med avseende på begreppet "nationell säkerhet" består detta begrepp av "det grundläggande intresset av att skydda statens väsentliga funktioner och samhällets grundläggande intressen och inbegriper förebyggande och beivrande av verksamhet som allvarligt kan störa de grundläggande konstitutionella, politiska, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land och i synnerhet direkt hota samhället, befolkningen eller staten som sådan".¹⁷ Med andra ord avser detta begrepp frågor som rör *säkerheten* för en medlemsstats institutioner eller personer mot hot av en viss betydelse till följd av omständigheter som kan vara interna (organiserad brottslighet, upplopp etcetera) eller externa (underrättelseverksamhet eller kontraunderrättelseverksamhet, cyberkrigföring etcetera) för staten. Sådana hot kan vara specifika för denna stat (såsom paramilitära eller beväpnade nationalistiska grupper) eller globala (såsom en dödlig pandemi), orsakade av människor (kärnkraftsolyckor, miljökatastrofer, terrorhandlingar etcetera) eller inträffa på naturlig väg (jordbävningar, tsunamier, översvämningar etcetera).

50. Begreppet "väsentlig" innebär i sin tur med nödvändighet en viss *selektivitet* med avseende på de funktioner och allmänintressen som (även om de är säkerhetsrelaterade) kan omfattas av de aktuella undantagen. Enligt min mening ska detta begrepp förstås så, att det begränsar de aktuella undantagen till de centrala delarna av medlemsstaternas säkerhetspolitik, och utesluter frågor som endast på ett *indirekt* eller *löst* sätt är kopplade till allmän säkerhet.¹⁸

¹¹ För att ge ett exempel kan de risker som en eventuell energikris medför eventuellt betraktas som "väsentliga säkerhetsintressen" av en stat som är en stor importör av energi (eller av material som används för att producera energi), men inte för en stat som är självförsörjande på energiområdet. Se, exempelvis, dom av den 10 juli 1984, *Campus Oil* m.fl. (72/83, EU:C:1984:256, punkterna 34 och 35). Detta gäller i än högre grad i nuvarande geopolitiska kontext.

¹² Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas i målet *Albore* (C-423/98, EU:C:2000:158, punkt 58).

¹³ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet *kommissionen/Tyskland* (C-284/05, C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 och C-239/06, EU:C:2009:76, punkterna 129–133).

¹⁴ Artiklarna 36, 45, 52, 65 och 202 FEUF.

¹⁵ Artikel 4.2 FEU.

¹⁶ Artiklarna 71, 72 och 276 FEUF.

¹⁷ Dom av den 6 oktober 2020, *La Quadrature du Net* m.fl. (C-511/18, C-512/18 och C-520/18, EU:C:2020:791, punkt 135).

¹⁸ Se, exempelvis, artikel 4.2 FEU, där det talas om "väsentliga statliga funktioner", inklusive att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten" (min kursivering).

51. Det är uppenbart att en rad olika situationer med anknytning till exempelvis folkhälsa, miljöskydd, respekt för privatlivet, offentliga finanser etcetera också skulle kunna ge upphov till problem avseende allmän säkerhet när det rör sig om händelser av systematisk karaktär eller storskaliga händelser. Jag är emellertid mycket tveksam till en tolkning av artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 som skulle få till följd att tillämpningsområdet för de undantag som anges däri utvidgas bortom intressen som, när de berörs, inte får någon omedelbar och uppenbar inverkan på säkerheten för institutioner eller personer i en medlemsstat.

52. Detta synsätt är förenligt med tolkningsprincipen att undantag från allmänt tillämpliga unionsbestämmelser, såsom de som är aktuella i förevarande mål, ska tolkas restriktivt.¹⁹

2) Huruvida skyddet undergrävs

53. Vad gäller det tredje villkoret i punkt 43 ovan ger själva ordalydelsen av artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 anledning att göra följande tre anmärkningar.

54. För det första anges det i denna bestämmelse, som understryker medlemsstatens utrymme för skönsmässig bedömning ("anser", "har fastslagit"), att en medlemsstat inte är skyldig att lägga fram positiv och ovedersäglig bevisning för att tillämpningen av direktiv 2014/24 på vissa offentliga upphandlingar faktiskt skulle undergräva skyddet för medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen. Det räcker att en medlemsstat, på grundval av konkreta och trovärdiga uppgifter,²⁰ anger anledningen till att den har rimliga skäl att anse²¹ att tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling på vissa offentliga kontrakt kan undergräva²² dess väsentliga säkerhetsintressen.

55. För det andra följer det även av det ovan anförda att det hot mot de säkerhetsintressen som åberopas av en medlemsstat inte behöver vara faktiskt eller säkert. Enligt min mening kan det räcka med potentiella risker.²³ Det får dock inte röra sig om rent spekulativa eller hypotetiska risker utan måste röra sig om *verkliga* risker.

56. Ordalydelsen i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 ("skyddet ... kan [inte] garanteras", "avslöjande... strida mot", "intressena [kan] inte ... garanteras"), tyder för det tredje även på att de (faktiska eller potentiella) säkerhetshoten måste vara tillräckligt allvarliga. Det är enligt min mening svårt att anse att denna bestämmelse omfattar händelser eller situationer som, på grund av sin begränsade omfattning, storlek och effekt inte utgör ett *tillräckligt allvarligt* hot mot väl fungerande institutioner i en medlemsstat och mot dess befolknings allmänna välbefinnande.²⁴

57. Dessa omständigheter kan enligt min mening bli föremål för domstolsprövning. Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att de åtgärder som medlemsstaterna vidtar inom ramen för berättigade krav av nationellt intresse inte är helt undantagna från tillämpningen av

¹⁹ Se domen i målet kommissionen/Österrike, punkt 77 och där angiven rättspraxis.

²⁰ Vikten av medlemsstaternas motiveringsskyldighet och skyldighet att lägga fram bevisning framhålls i förslaget till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet kommissionen/Tyskland (C-284/05, C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 och C-239/06, EU:C:2009:76, punkterna 131, 142, och 160), och förslaget till avgörande i målet kommissionen/Österrike, punkt 48.

²¹ Vad gäller behovet av att betrakta problemet ur medlemsstatens synvinkel, se, analogt, förslaget till avgörande av generaladvokaten Jacobs i målet kommissionen/Grekland (C-120/94, EU:C:1995:109, punkt 58).

²² Se, analogt, dom av den 16 december 1999, kommissionen/Spanien (C-414/97, EU:C:1999:417, punkt 24).

²³ Se för ett liknande resonemang och analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas i målet Albore (C-423/98, EU:C:2000:158, punkt 31).

²⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 2000, Albore (C-423/98, EU:C:2000:401, punkt 22), och dom av den 14 mars 2000, Église de scientologie (C-54/99, EU:C:2000:124, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

unionsrätten enbart på grund av att de vidtas med hänsyn till bland annat allmän säkerhet.²⁵ Framför allt kan varken artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 eller artikel 346.1 a FEUF tolkas på ett sådant sätt att medlemsstaterna enbart genom att åberopa dessa intressen ges rätt att göra undantag från direktivet.²⁶

58. Med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässig bedömning som tillerkänns medlemsstaterna i detta avseende,²⁷ anser jag att omfattningen av domstolens prövning bör grundas på rimlighet eller sannolikhet.²⁸

3) Åtgärdens proportionalitet

59. Det fjärde villkoret i punkt 43 ovan utgörs slutligen av avsaknaden av ”mindre ingripande åtgärder”. Detta innebär att en medlemsstat, för att med framgång kunna åberopa undantagen i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24, i enlighet med proportionalitetsprincipen måste visa att valet att inte låta de offentliga kontrakten bli föremål för en offentlig upphandling är en *lämplig* och *nödvändig* åtgärd för att skydda dess väsentliga säkerhetsintressen.

60. Här kan framför allt en punkt behöva förtydligas. Den polska regeringen har gjort gällande att medlemsstaterna enligt de aktuella bestämmelserna är fria att fastställa den nivå på skyddet för deras säkerhetsintressen som de anser vara lämpligast. De nationella åtgärder som vidtas för att säkerställa denna skyddsnivå kan följaktligen inte anses vara oproportionerliga, såvitt inte tillgängliga alternativa åtgärder också gör det möjligt att uppnå denna skyddsnivå. Härav följer att en medlemsstat inte kan tvingas acceptera en lägre skyddsnivå på grund av att de alternativa åtgärderna skulle vara mindre ingripande för handeln inom unionen.

61. När kommissionen vid förhandlingen tillfrågades om huruvida den delade denna uppfattning gav den ett nekande svar. Den föreföll emellertid ha svårt att förklara skälen till sin ståndpunkt, och har i vart fall inte hänvisat till någon unionsrättslig bestämmelse som ger unionen befogenhet att kontrollera medlemsstaternas val i detta avseende.

62. Jag lutar därför åt att jag delar den polska regeringens uppfattning. Såvitt inte ett ärende är av ett sådant slag och av en sådan omfattning att det påverkar *unionens säkerhet*, och således omfattas av den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken,²⁹ har unionen inte någon särskild befogenhet vad gäller *medlemsstaters* nationella eller allmänna säkerhet. De relevanta bestämmelserna i fördraget syftar nämligen i huvudsak till att fastställa begränsningar för unionens åtgärder – antingen i allmänhet,³⁰ eller när de agerar på vissa specifika områden (såsom den inre marknaden³¹ och området med frihet, säkerhet och rättvisa³²) – när detta kan påverka

²⁵ Se domen i målet kommissionen/Österrike.

²⁶ Se, analogt, dom av den 2 april 2020, kommissionen/Polen, Ungern och Tjeckien (Mekanism för tillfällig omplacering av personer som ansöker om internationellt skydd) (C-715/17, C-718/17 och C-719/17, EU:C:2020:257, punkt 145 och där angiven rättspraxis).

²⁷ Se dom av den 30 september 2003, Fiocchi munizioni/kommissionen (T-26/01, EU:T:2003:248, punkt 58).

²⁸ Vad gäller denna fråga se, mer allmänt, mitt förslag till avgörande i målet ECB/Crédit lyonnais (C-389/21 P, EU:C:2022:844, punkterna 41–74).

²⁹ Se särskilt artikel 24.1 FEU (”Unionens befogenhet i fråga om den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken ska omfatta ... alla frågor som rör *unionens säkerhet*”), och artikel 42.1 FEU (”Den *gemensamma säkerhets-* och försvarspolitikerna ska utgöra en integrerande del av den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken”). Min kursivering.

³⁰ Som redan påpekats föreskrivs det i artikel 4.2 FEU bland annat att unionen ska respektera medlemsstaternas väsentliga statliga funktioner, ”särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och *skydda den nationella säkerheten*”. Min kursivering

³¹ Se artiklarna 36, 45, 52 och 65 FEUF.

³² Se artiklarna 71, 72 och 276 FEUF.

medlemsstaternas säkerhetsintressen. Såsom domstolen vid upprepade tillfällen har understrukit följer det av artikel 4.2 FEU att ”den nationella säkerheten också i fortsättningen [ska] vara varje medlemsstats eget ansvar”.³³

c) Bevisbörda

63. Det är utrett att det åligger kommissionen att i mål om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF bevisa det påstådda fördragsbrottet. Denna institution ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera huruvida fördragsbrott föreligger, och den får därvidlag inte stödja sig på någon presumtion.³⁴

64. Så snart kommissionen har tillhandahållit tillräckliga uppgifter för att bevisa det påstådda fördragsbrottet åligger det medlemsstaten att på ett sakligt och detaljerat sätt bemöta de sålunda framlagda uppgifterna och följderna av detta.³⁵ När en medlemsstat åberopar ett undantag som föreskrivs i unionsrätten, såsom det som är i fråga i förevarande mål, ankommer det på den medlemsstaten att visa att de relevanta villkoren är uppfyllda.³⁶ Det åligger svarandemedlemsstaten att bedöma lämpligheten och proportionaliteten av den åtgärd som medlemsstaten vidtagit och de precisa omständigheter som stödjer dess argumentation.³⁷

65. Domstolen tillade emellertid att bevisbördan för den medlemsstaten inte kan innebära ett krav på att medlemsstaten ska framlägga positiv bevisning för att ingen annan tänkbar åtgärd gör det möjligt att uppnå nämnda mål under samma villkor.³⁸ Detta innebär enligt min mening att medlemsstaterna, innan de antar undantag från unionsrätten, är skyldiga att noggrant undersöka möjligheten att vidta mindre ingripande åtgärder,³⁹ men att det inte kan krävas av dem att de ska identifiera var och en av de alternativa åtgärder som hypotetiskt sett skulle kunna övervägas och förklara varför de har valt att inte vidta en enda av dem. Jag tillägger att det inte kan krävas av en medlemsstat att den antar alternativa åtgärder, när det är osäkert om åtgärderna kan genomföras eller är effektiva eller om åtgärderna skulle medföra en oacceptabel (organisatorisk eller ekonomisk) börda för de berörda medlemsstaterna.

66. Det är mot bakgrund av denna bedömningsram som jag i det följande kommer att undersöka huruvida parternas argument är välgrundade.

2. Bedömning av parternas argument

67. För att avgöra huruvida Republiken Polen i förevarande fall har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2014/24, ska det först prövas huruvida de intressen som den aktuella nationella lagstiftningen avsåg att skydda kan anses utgöra ”*väsentliga säkerhetsintressen*” i den

³³ Se dom av den 5 april 2022, *Commissioner of An Garda Síochána m.fl.* (C-140/20, EWU:C:2022:258, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

³⁴ Se, bland annat, dom av den 26 april 2018, *kommissionen/Bulgarien* (C-97/17, EU:C:2018:285, punkt 69 och där angiven rättspraxis).

³⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2021, *kommissionen/Spanien* (Försämring av naturområdet Doñana) (C-559/19, EU:C:2021:512, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

³⁶ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2016, *kommissionen/Cypern* (C-515/14, EU:C:2016:30, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

³⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 januari 2014, *kommissionen/Belgien* (C-296/12, EU:C:2014:24, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

³⁸ Se dom av den 29 juli 2019, *kommissionen/Österrike* (Civilingenjörer, patentombud och veterinärer) (C-209/18, EU:C:2019:632, punkt 82 och där angiven rättspraxis).

³⁹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2011, *kommissionen/Österrike* (C-28/09, EU:C:2011:854, punkt 140 och där angiven rättspraxis).

mening som avses i artikel 15.2 och 15.3 i direktivet. För det andra ska det fastställas huruvida medlemsstaten i fråga hade tillräckligt starka skäl för att anse att tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling på de aktuella offentliga kontrakten kunde ge upphov till verkliga och tillräckligt allvarliga hot mot den allmänna säkerheten. För det tredje ska det prövas huruvida den nationella lagstiftningen i fråga är proportionerlig.

68. Först är det emellertid på sin plats med några inledande anmärkningar.

a) Inledande anmärkningar

69. Till att börja med påpekar jag att den rättsliga bedömningen i förevarande mål ibland kompliceras av att båda parterna mestadels har framfört sina argument i ganska allmänna ordalag, medan det i de nationella bestämmelserna i fråga, såsom kommissionen med rätta har påpekat, görs undantag från offentlig upphandling för kontrakt rörande framställning av en ganska stor och varierad mängd handlingar och andra föremål.

70. Jag anser inte att dessa handlingar och föremål, vad gäller förevarande förfarande, kan betraktas som en homogen grupp. De innehåller inte liknande uppgifter och fyller inte samma funktion. De framställs åtminstone i viss mån av olika material och med hjälp av olika tekniker. Skälen till att dessa handlingar undantogs från offentlig upphandling varierar, och det är obestridligt att både handlingarnas känslighet och deras förmåga att påverka Republiken Polens säkerhetsintressen kraftigt skiljer sig åt.

71. Således är det knappast förvånande att de argument som en av parterna har framfört ofta har viss tyngd, men endast med avseende på *vissa* av de aktuella handlingarna. Denna bristande överensstämmelse mellan parternas rättsliga argument och den bakomliggande faktiska situationen har enligt min mening en betydande inverkan på den rättsliga bedömning som domstolen ska göra i förevarande mål, och i synnerhet det sätt på vilket förevarande tvist ska avgöras. Jag återkommer till detta i slutet av förevarande förslag till avgörande.

b) Skydd av väsentliga säkerhetsintressen

72. Den polska regeringen har gjort gällande att framställningen av de aktuella handlingarna är en verksamhet som kan påverka landets väsentliga säkerhetsintressen i den mening som avses i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24. Till stöd för detta har den polska regeringen i huvudsak anfört två argument. För det första har den polska regeringen åberopat behovet av att säkerställa kontinuiteten i tillhandahållandet av sådana handlingar som är nödvändiga för att säkerställa en kontinuerligt och väl fungerande offentlig förvaltning. För det andra har nämnda regering understrukit att framställningen av de aktuella handlingarna kräver användning av konfidentiella (eller hemliga) uppgifter som inte bör läckas till obehöriga personer, och att dessa inte bör få tillgång till specifika tekniker och specifik know-how. Den polska regeringen har i detta avseende hänvisat till de säkerhetshot som sådana fenomen som cyberkrigföring, terrorism, organiserad brottslighet, människohandel och smuggling av migranter utgör.

73. Att anse att säkerställandet av ett kontinuerligt tillhandahållande av de handlingar som krävs för att en medlemsstats förvaltning ska fungera väl utgör ett av denna medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen anser jag ryms inom en medlemsstats utrymme för skönsmässig bedömning. Jag har inte heller några problem med att dela den polska regeringens uppfattning att

bekämpandet av cyberkrigföring, terrorism, organiserad brottslighet, människohandel och smuggling av migranter inte enbart omfattas av begreppet ”allmän eller nationell säkerhet”, utan även kan anses utgöra en viktig – och således ”väsentlig” – beståndsdel i landets säkerhetspolitik.

74. Jag konstaterar emellertid att det, såväl i parternas inlagor som vid förhandlingen, togs upp huruvida den omständigheten att vissa specifika handlingar undantas från reglerna för offentlig upphandling verkligen kunde kopplas till bekämpandet av de ovannämnda hoten. Jag anser att den polska regeringen var något vag i sina svar på denna punkt och i slutändan uppgav att de aktuella undantagen eftersträvade andra mål. Nämnda regering hänvisade särskilt till följande allmänintressen: i) intresset av att skydda konsumenter och folkhälsan när det gällde tillstånd att utöva verksamhet som läkare och tandläkare, ii) intresset av att skydda statskassan när det gällde punktskattmärken, iii) intresset av att garantera fordonssäkerheten när det gällde handlingar rörande fordonens skick, och iv) intresset av att garantera allmänhetens förtroende för valresultat när det gällde valsedlar och holografiska märkningar på rösträttsintyg.

75. Även om jag håller med om att upprätthållandet av allmänhetens förtroende för rättvisa val kan anses vara ett väsentligt säkerhetsintresse för en medlemsstat, anser jag inte att de argument som den polska regeringen har anfört avseende de övriga intressen som nämns i föregående punkt är särskilt övertygande. Som redan påpekats kan det finnas omständigheter under vilka hot mot folkhälsan skulle kunna anses påverka väsentliga säkerhetsintressen. Jag utesluter inte heller att hot mot de offentliga finanserna under mycket exceptionella omständigheter kan vara så omfattande och allvarliga att de kan anses påverka en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen.⁴⁰ Det är emellertid svårt att förstå under vilka omständigheter konsumentskydds- eller trafiksäkerhetsfrågor kan ingå i begreppet ”väsentliga säkerhetsintressen”.

76. Oaktat det ovan anförda ser jag emellertid inte, och har den polska regeringen inte gjort gällande, att det i förevarande fall finns några specifika hot mot eller risker för folkhälsan, konsumentskyddet, trafiksäkerheten och de offentliga finanserna som är så allvarliga att de kan anses utgöra ett ”väsentligt säkerhetsintresse”. De omständigheter som den polska regeringen har åberopat, nämligen att förekomsten av falska läkarintyg i sig innebär att vissa personer behandlas av personer som saknar lämpliga medicinska kvalifikationer, och att förekomsten av falska punktskattmärken i sig leder till att den polska statskassan går miste om intäkter, är enligt min mening uppenbart otillräckliga för att motivera tillämpningen av undantagen i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24.

77. Vad gäller vissa av de aktuella handlingarna har den polska regeringen dessutom inte förklarat hur den logiska kopplingen mellan handlingen och skyddet av landets säkerhetsintressen ser ut. Jag kan inte heller se att det finns någon sådan uppenbar koppling. Det rör sig bland annat om lagstadgade märkningar och kontrollmärken som avses i vägtrafiklagen, sjöfartsböcker, handlingar med uppgifter ur folkbokföringsregistret, exekutionstitlar, domar eller avgöranden som meddelats av domstolar eller exekutionsbiträden, intyg på tjänstgöring som medlem av en flygbesättning, intyg om funktionsnedsättning, körkort, fordonskort, färdskrivarkort, tjänstekort för vissa offentliga tjänstemän som skatte- och tulltjänstemän eller vägtransportinspektörer.

78. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att Republiken Polen i förevarande fall med framgång kan åberopa de aktuella undantagen i den mån undantagen från bestämmelserna om offentlig upphandling syftar till att i) skydda denna medlemsstat mot hot från cyberkrigföring, terrorism, organiserad brottslighet, människohandel och smuggling av migranter, ii) säkerställa

⁴⁰ Det råder en mycket restriktiv rättspraxis på denna punkt: ekonomiska intressen utgör i princip inte väsentliga säkerhetsintressen. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 september 1999, kommissionen/Spanien (C-414/97, EU:C:1999:417, punkt 22).

allmänhetens förtroende för valresultaten och iii) säkerställa tillgång till de handlingar som behövs för att den offentliga förvaltningen ska fungera. Däremot anser jag att andra påstådda risker för Republiken Polens säkerhet, såsom riskerna för folkhälsan, konsumentskyddet, trafiksäkerheten och de offentliga finanserna, inte kan motivera tillämpningen av de aktuella undantagen.

c) Huruvida säkerhetsintressena skadas

79. Vad gäller sannolikheten för att de berörda säkerhetsintressena skadas och den eventuella skadans allvar anser jag att det är rimligt för den polska regeringen att anse att framställningen av de aktuella handlingarna skulle kunna ge upphov till både verkliga och betydande hot mot landets väsentliga säkerhetsintressen om framställningen anförtros ett bolag som inte uppfyller höga säkerhetsstandarder.

80. I vissa fall kan – såsom den polska regeringen och kommissionen har hävdats – läckta uppgifter ge upphov till en nästintill irreparabel skada. Skadan kan nämligen vara bestående och svår att avhjälpa. De förfalskade handlingarna kan fortsätta att cirkulera under en viss tid och nya kan enkelt framställas. Det kan inte uteslutas att de förfaranden och tekniska metoder som används för att utfärda vissa av de aktuella handlingarna i extrema fall kan behöva ändras för att undvika ytterligare hot i framtiden.

81. Jag tvivlar emellertid på att ett eventuellt avbrott i framställningen av var och en av de handlingar som anges i den aktuella förteckningen kan anses utgöra ett tillräckligt allvarligt hot mot en väl fungerande polsk offentlig förvaltning. Behovet av att säkerställa ett kontinuerligt tillhandahållande av handlingar kan enligt min mening endast åberopas med framgång med avseende på handlingar som är absolut nödvändiga och oersättliga för att förvaltning ska kunna utföra statens väsentliga funktioner, och där inte ens en relativt liten försening vid utfärdandet av dessa handlingar kan tolereras. Merparten av de aktuella handlingarna uppfyller emellertid enligt min mening inte dessa kriterier.

d) Proportionalitetsprincipen

82. För det tredje ska det prövas huruvida den polska regeringens beslut att undanta de offentliga kontrakten i fråga från tillämpningen av bestämmelserna om offentlig upphandling är förenligt med proportionalitetsprincipen. Mot bakgrund av själva lydelsen av de aktuella bestämmelserna⁴¹ anser jag dock att det, för att respektera medlemsstaternas behörighet på området nationell säkerhet eller allmän säkerhet, räcker med ett proportionalitetstest i två steg.⁴² Detta innebär att domstolen endast är skyldig att kontrollera om den aktuella nationella lagstiftningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet och inte går utöver vad som är absolut nödvändigt för att uppnå detta mål.

⁴¹ Se punkterna 8 och 59 ovan.

⁴² Ett fullständigt proportionalitetstest skulle medföra en skyldighet för domstolen att pröva huruvida den nationella åtgärden innebär en rimlig avvägning mellan de intressen som är i fråga, nämligen det intresse som staten eftersträvar med åtgärden i fråga och intressena hos de personer som lidit skada av åtgärden. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2020, kommissionen/Ungern (Högre utbildning) (C-66/18, EU:C:2020:792, punkterna 178 och 179 och där angiven rättspraxis).

1) Åtgärdens lämplighet

83. Vad för det första gäller frågan huruvida undantaget är lämpligt för att uppnå det åberopade målet, är det relativt lätt att bedöma huruvida så är fallet. Enligt min mening är det ganska uppenbart att en centralisering av framställningen av de aktuella handlingarna till en enda enhet, som helt ägs och direkt kontrolleras av staten och som är verksam på polskt territorium, kan minska riskerna för att i) obehörig personal kan få åtkomst till känsligt material och konfidentiella (eller hemliga) uppgifter, och således kan förfälska de aktuella handlingarna eller återge den teknik och den know-how som krävs för detta ändamål,⁴³ och ii) bolaget kan få ekonomiska svårigheter som kan hota kontinuiteten i tillhandahållandet av de aktuella handlingarna.

84. Myndigheterna kan nämligen ingripa – och har eventuellt sista ordet – när det gäller samtliga centrala val som den aktuella enheten gör (operativa val, kommersiella val, tekniska val, val av personal etcetera). Befogenheten att genomföra kontroller (exempelvis i bolagets lokaler eller av enhetens personal) kan, i förekommande fall, även utövas med hjälp av de befogenheter som polisen har tilldelats. Den omständigheten att uppdragstagaren också helt ägs av finansministeriet (och att det i nationell rätt föreskrivs vissa begränsningar vad gäller försäljningen av dess aktier) är också en garanti för att ägandet av uppdragstagaren inte kan ”falla i fel händer”, vilket eventuellt skulle kunna vara fallet vid börsnoterade bolag. Den offentliga kontrollen bör dessutom göra det möjligt för de behöriga myndigheterna att lättare och snabbare upptäcka om bolaget befinner sig i ekonomiska svårigheter och därigenom kunna vidta lämpliga åtgärder för att i tid avhjälpa denna situation.

85. Den aktuella nationella lagstiftningen förefaller därför vara ägnad att på ett ändamålsenligt sätt bidra till att skydda de säkerhetsintressen som Republiken Polen har åberopat.

2) Huruvida åtgärden är nödvändig

86. Den andra aspekten – huruvida åtgärden är nödvändig – är enligt min mening en mer komplicerad fråga.

87. Den avgörande frågan är huruvida den polska regeringen har visat att tillämpningen av de aktuella undantagen var *nödvändig* för att skydda landets väsentliga säkerhetsintressen. För att kunna styrka detta var nämnda regering skyldig att visa att behovet av att skydda sådana intressen *inte hade kunnat tillgodoses* inom ramen för ett sådant upphandlingsförfarande som inrättats genom direktiv 2014/24.⁴⁴

88. Det ska i detta sammanhang erinras om att den polska regeringen, enligt vad den har hävdat i detta förfarande, har valt en särskilt hög skyddsnivå för de intressen som står på spel. Såsom angetts i punkterna 60–62 i förevarande förslag till avgörande är detta en omständighet som ska beaktas vid bedömningen av huruvida mindre ingripande åtgärder kan vidtas.

⁴³ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet kommissionen/Österrike, punkt 56.

⁴⁴ Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen/Österrike, punkterna 78 och 79 och där angiven rättspraxis.

89. Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att en kombination av strikta tekniska specifikationer (enligt artikel 42 i direktiv 2014/24⁴⁵) och urvalskriterier (enligt artikel 58 i direktiv 2014/24⁴⁶) skulle vara lika effektivt för att skydda de intressen som den polska regeringen har åberopat som undantaget från offentlig upphandling. Kommissionen har även erinrat om de bestämmelser som gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att i vissa fall ändra offentliga kontrakt (artikel 72 i direktiv 2014/24⁴⁷), och säga upp dessa (artikel 73 i direktiv 2014/24⁴⁸).

90. Jag anser att kommissionens argument i viss mån är kan godtas. När det gäller säkerställandet av kontinuiteten i tillhandahållandet av handlingar finns det nämligen ingen anledning att tro att privata bolag per definition skulle ge lägre säkerhet. Såsom den polska regeringen bekräftade vid förhandlingen är PWPW ett "aktiebolag", det vill säga ett bolag med begränsat ansvar som – åtminstone formellt sett – inte skiljer sig från många andra privata bolag. Bolaget kan således stöta på ekonomiska svårigheter och, om dess ekonomiska situation allvarligt försämras, till och med försättas i konkurs.

91. Jag förstår naturligtvis att den polska regeringen gör allt den kan för att bevara bolagets ekonomiska lönsamhet och, i förekommande fall, rädda det från konkurs. Såsom kommissionen med rätta har påpekat kan det emellertid finnas vissa begränsningar för nämnda regerings möjligheter att lyckas med detta. Bland annat skulle unionens regler om kontroll av statligt stöd kunna vara tillämpliga. Det går i detta sammanhang inte att bortse från att PWPW är verksamt på en mängd olika verksamhetsområden (grafisk design, tillverkning och personalisering av olika handlingar, tillhandahållande av IT-lösningar etcetera) och geografiska områden (både inom och utanför Europeiska unionen), på vilka PWPW konkurrerar med andra bolag.

92. Enligt min mening skulle flera tänkbara åtgärder kunna vidtas för att minimera de risker för kontinuiteten i tillhandahållandet av handlingar som den polska regeringen har gjort gällande. Exempelvis finns det inget som hindrar att den polska regeringen kräver att anbudsgivare/uppdragstagare bland annat i) ska uppfylla strikta finansiella kriterier för att delta i upphandlingen, ii) regelbundet ska upprätta finansiella rapporter och detaljerade rapporter för att göra det möjligt för myndigheten att kontrollera företagets lönsamhet och iii) ska åta sig att vid konkurs (eller oförutsedd oförmåga att fullgöra kontraktet) överlåta framställningen av handlingarna på andra.

⁴⁵ I artikel 42.1 i direktiv 2014/24 föreskrivs i synnerhet följande: "Tekniska specifikationer ... ska ingå i upphandlingsdokumenten. De egenskaper som krävs av byggtreprenader, varor eller tjänster ska anges i de tekniska specifikationerna. ..."

⁴⁶ I artikel 58 i direktiv 2014/24, med rubriken "Urvalskriterier", föreskrivs i första punkten att urvalskriterierna kan avse a) behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, b) ekonomisk och finansiell ställning, och c) teknisk och yrkesmässig kapacitet. I den tredje punkten i samma artikel föreskrivs att "[n]är det gäller ekonomisk och finansiell ställning får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna har den nödvändiga ekonomiska och finansiella kapaciteten att fullgöra kontraktet". I den fjärde punkten i samma artikel föreskrivs följande: "När det gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard. De upphandlande myndigheterna får särskilt kräva att de ekonomiska aktörerna har tillräcklig erfarenhet, som visas med lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt."

⁴⁷ Enligt artikel 72.1 c i direktiv 2014/24 får kontrakt och ramavtal bland annat ändras när ett antal kumulativa villkor är uppfyllda. Ett av dessa villkor (led i) är att "behovet av ändringen har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse".

⁴⁸ Artikel 73 i direktiv 2014/24 rör under vilka omständigheter de upphandlande myndigheterna har möjlighet säga upp ett offentligt kontrakt under dess löptid.

93. Jag anser därför att den aktuella nationella lagstiftningen, i den mån den syftar till att säkerställa kontinuiteten i tillhandahållandet av de aktuella handlingarna, går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa skyddet av de väsentliga säkerhetsintressen som åberopats av den polska regeringen. Samma skyddsnivå skulle kunna uppnås även om tillhandahållandet av de aktuella handlingarna anförtroddes ett eller flera bolag via ett konkurrensutsatt anbudsförfarande.

94. Omvänt anser jag att de åtgärder som kommissionen har föreslagit inte är lika effektiva som undantaget från offentlig upphandling för att undvika att uppgifter eller teknik läcks. Med andra ord skulle dessa alternativa åtgärder enligt min mening inte uppnå samma skyddsnivå som den åtgärd som den polska regeringen har valt.

95. För det första anser jag att det är uppenbart att införandet i kontraktet av bestämmelser om disciplinära påföljder eller ekonomiskt ansvar samt kompensation vid läckor eller andra brott mot säkerhetsbestämmelserna inte i sig är lika effektiva åtgärder. Skälet till att vissa kontrakt undantas från offentlig upphandling är just att minimera risken för skada. Möjligheten att kräva att uppdragstagaren i efterhand ska betala en ekonomisk kompensation eller ålägga de berörda personerna disciplinära påföljder, förefaller nämligen inte särskilt användbar för Republiken Polen och är följaktligen ingen effektiv ersättning för att vidta mer kraftfulla åtgärder på förhand som skulle kunna förhindra överträdelserna. Jag är naturligtvis medveten om att skadestånds- och ansvarsklausulerna även syftar till att avskräcka potentiella lagöverträdare. När det rör sig om att avskräcka personer som kan vara knutna till exempelvis terroristgrupper, utländska underrättelsetjänster eller starka kriminella organisationer från att försöka få tillgång till mycket känsliga uppgifter, förefaller sådana klausuler dock ha en ganska begränsad effekt.

96. För att säkerställa den polska regeringens möjlighet att vid behov använda sig av polisens offentliga befogenheter för att kontrollera det aktuella bolaget och dess personal, har kommissionen föreslagit att uppdragstagaren skulle kunna åläggas att bedriva sin verksamhet i Polen. Kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till den omständigheten att andra bolag som är etablerade i Polen redan nu har de säkerhetsintyg som krävs för att bedriva sådan verksamhet som den som PWPW bedriver.

97. Vissa av kommissionens argument har viss tyngd. Uppdragstagaren skulle kunna anmodas att framställa de känsligaste handlingarna i Polen för att möjliggöra en effektivare kontroll och, vid behov, verkställighet från de polska myndigheternas sida.

98. Den polska regeringen kan emellertid – enligt min mening med viss rätt – anse att det är viktigt att kunna påverka eller kontrollera vissa viktiga beslut som fattas i bolaget och som kan ha en direkt eller indirekt inverkan på säkerheten i den verksamhet som bolaget bedriver (rekrytering av personal, för att endast ge ett exempel). Det är svårt att bestrida att den offentliga förvaltningens möjligheter att ingripa i ett offentligt företags verksamhet är större än dess möjligheter att ingripa i ett privat företags verksamhet, oavsett vilka klausuler och garantier som eventuellt ingår i avtalet. Såsom det upprepade gånger har erinrats om ankommer det i princip på Republiken Polen att välja lämplig skyddsnivå för de intressen som står på spel.

99. Samma överväganden skulle i tillämpliga delar kunna gälla för framställning av valsedlar och holografiska märkningar på rösträttsintyg.

100. Jag anser därför att Republiken Polen kan åberopa artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24, i den mån undantagen från offentlig upphandling avser handlingar som om de förfalskas kan få negativa konsekvenser för kampen mot cyberkrigföring, terrorism, människohandel, smuggling av migranter och organiserad brottslighet samt handlingar som kan påverka genomförandet av ett korrekt och rättvist val (eller allmänhetens uppfattning av valet).

3. Slutsatser: Avgörandet av förevarande mål

101. Mot bakgrund av det ovan anförda drar jag följande slutsatser.

102. För det första kan vissa av de intressen som den polska regeringen har åberopat i förevarande förfarande anses utgöra "väsentliga säkerhetsintressen" i den mening som avses i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24. Jag syftar på behovet av att i) bekämpa cyberkrigföring, terrorism, människohandel, smuggling av migranter och organiserad brottslighet, ii) säkerställa kontinuiteten i tillhandahållandet av de handlingar som är nödvändiga för att den offentliga förvaltningen ska fungera och iii) säkerställa allmänhetens förtroende för att valresultaten är rättvisa. I förevarande mål finns det däremot ingen omständighet som motiverar att behandla intressen som har samband med folkhälsan, konsumentskydd, trafiksäkerhet och skyddet för offentliga finanser som "väsentliga säkerhetsintressen" i den mening som avses i direktiv 2014/24.

103. För det andra anser jag att Republiken Polen har rimliga skäl att anse att de hot som landet har för avsikt att förhindra eller minimera med den aktuella nationella lagstiftningen är verkliga och tillräckligt allvarliga. Jag kan emellertid inte se att något sådant hot föreligger när de handlingar som Republiken Polen vill säkerställa ett kontinuerligt tillhandahållande av inte är oersättliga eller absolut nödvändiga för att den offentliga förvaltningen ska fungera väl.

104. För det tredje är den aktuella nationella lagstiftningen, genom att framställningen av de aktuella handlingarna centraliseras till en enda enhet som helt och hållet ägs och direkt kontrolleras av staten, endast delvis förenlig med proportionalitetsprincipen. Mer specifikt kan denna lagstiftning anses nödvändig för att uppnå den lämpliga skyddsnivå som den polska regeringen har valt endast med avseende på handlingar som om de förfalskas faktiskt kan få negativa konsekvenser för Republiken Polens bekämpande av cyberkrigföring, terrorism, människohandel, smuggling av migranter eller organiserad brottslighet, eller skada allmänhetens förtroende för valresultat. Däremot skulle andra mindre ingripande åtgärder kunna vidtas för att avvärja de risker beträffande kontinuiteten i tillhandahållandet av de aktuella handlingarna som den polska regeringen har åberopat.

105. Av det ovan anförda följer enligt min mening att såväl kommissionen som Republiken Polen delvis ska anses vara vinnande part och delvis ska anses vara tappande part i förevarande mål. Om så är fallet blir den avgörande frågan naturligtvis i vilken mån kommissionens talan ska bifallas och i vilken utsträckning den ska ogillas.

106. För att kunna besvara denna fråga återvänder jag nu till det problem som jag tog upp i mina inledande anmärkningar. Både kommissionen den polska regeringen har i huvudsak framfört sina argument i allmänna ordalag, medan en ganska stor och varierande mängd handlingar och andra föremål ska undantas från offentlig upphandling enligt de aktuella nationella bestämmelserna.⁴⁹

⁴⁹ Se punkterna 9, 10, 69 och 70 ovan i förevarande förslag till avgörande.

107. När parterna vid förhandlingen tillfrågades om huruvida de ansåg sig ha tagit vederbörlig hänsyn till varje handlings särdrag, ansåg båda parterna att de inte var skyldiga att göra detta. Den polska regeringen har upprepat att samtliga de aktuella handlingarna är av avgörande betydelse för skyddet av dess säkerhetsintressen och att samtliga handlingar följaktligen kan undantas från offentlig upphandling. Kommissionen har å sin sida angett att den polska regeringen hittills har vägrat att delta i några meningsfulla diskussioner på området, och att det under alla omständigheter borde ha ankommit på nämnda regering att förklara varje handlings särdrag för kommissionen.

108. Jag kan inte dölja att jag kände en viss frustration vid dessa svar. Trots en noggrann bedömning av kommissionens yrkanden och Republiken Polens invändningar, samt prövning av den bevisning som parterna har lagts fram, är det på grund av denna strategi från parternas sida nämligen omöjligt att exakt avgöra vilka handlingar som det är motiverat att undanta från reglerna för offentlig upphandling, och vilka handlingar som det inte är motiverat att undanta.

109. Vid en direkt talan innebär den omständigheten att en part inte har styrkt sina påståenden vanligtvis inte något större processuellt problem. Principerna för vem som ska tilldelas bevisbördan⁵⁰ kan ge domstolen vägledning när den avgör de olika tvistefrågorna. I förevarande mål är det emellertid extra svårt att för vissa aspekter av tvisten avgöra vilken part som det åligger att bevisa en viss omständighet (eller om det råder omvänd bevisbörda). I denna form av processuell pingismatch där bevisbördan växlar varje gång en part har anfört prima facie-bevisning kan det ibland vara svårt att avgöra vem som – bildligt talat – har vunnit poängen.

110. Jag känner dessutom ett visst obehag inför att föreslå att domstolen ska avgöra förevarande tvist grundat på en automatisk (och, enligt min mening, således blind) tillämpning av bevisbörderegler. Det är förvisso upp till varje part att välja sin processtrategi med omsorg, eftersom de val som dessa gör i ett domstolsförfarande ofta får stora konsekvenser. När en domstol slutligt avgör en sakfråga, och detta avgörande inte kan överklagas, vinner avgörandet laga kraft och kan samma sak inte tas upp igen i en ny process.

111. Så snart ett rättsligt förfarande har avslutats ersätter den processuella verkligheten således varje annan ”alternativ” verklighet.

112. Medan detta vanligtvis kan betraktas som ett enkelt faktum, är jag tveksam till att godta en extrem tillämpning av detta synsätt inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande, eftersom detta i extrema fall skulle kunna få domstolarna att överge sunt förnuft och meddela orimliga avgöranden.

113. Såsom domstolen konsekvent har slagit fast ankommer det i ett sådant förfarande på domstolen att kontrollera huruvida det påstådda fördragsbrottet föreligger, även om svaranden inte bestrider detta.⁵¹ Detta kan enligt min mening förklaras av de potentiellt mycket långtgående konsekvenser som en negativ dom som meddelas med stöd av artiklarna 258 eller 259 FEUF kan få för en medlemsstat. Denna medlemsstat blir nämligen skyldig att ändra den angripna nationella åtgärden. Detta gäller oberoende av huruvida kommissionen, genom ett bättre försvar, hade

⁵⁰ Huvudprinciperna för detta har angetts i punkterna 63–65 ovan i förevarande förslag till avgörande.

⁵¹ Se, exempelvis, dom av den 16 januari 2014, kommissionen/Spanien (C-67/12, EU:C:2014:5, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

kunnat visa att åtgärden faktiskt var förenlig med unionsrätten.⁵² Underlåtenhet att ändra den omtvistade nationella åtgärden kan medföra att nämnda medlemsstat föreläggs att betala vite⁵³ och blir föremål för en skadeståndstalan.⁵⁴

114. Jag anser således att om det inte är helt klart vem som är skyldig att bevisa vad, på grund av att båda parterna förefaller bära ansvaret för att handlingarna i målet är ofullständiga, kan det vara lämpligt att domstolen undviker att yttra sig i sådana frågor som inte är strikt nödvändiga för att avgöra tvisten. Detta är enligt min mening särskilt viktigt i ett mål som det förevarande, där godtagandet av ett av sökandens eller svarandens argument skulle kunna få omedelbara återverkningar för skyddet av vissa av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen.

115. Mot denna bakgrund anser jag att domstolen i princip har två alternativ.

116. Å ena sidan kan domstolen meddela en mellandom, vilket domstolen gjort i några tidigare mål i vilka den ansåg att de uppgifter som lämnats av parterna inte gjorde det möjligt för domstolen att göra en tillräckligt exakt bedömning av de aktuella frågorna. I dessa mellandomar ålades parterna att ompröva vissa frågor som tvisten gett upphov till mot bakgrund av den vägledning som gavs i dessa domar och att rapportera tillbaka till domstolen senast ett visst datum, efter vilket domstolen slutligt skulle avgöra målet.⁵⁵

117. Å andra sidan kan domstolen begränsa sig till att fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 1.1 och 1.3 samt artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24, jämförda med artikel 346.1 a FEUF, genom att undanta framställningen av vissa handlingar, trycksaker, stämplor och märkningar från de regler för offentlig upphandling som föreskrivs i det direktivet. Min bedömning har nämligen visat att den aktuella nationella lagstiftningen utan tvekan undantar ett (förmodligen stort) antal handlingar från reglerna för offentlig upphandling, och att de undantag som föreskrivs i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 inte är tillämpliga på dessa handlingar.

118. Av processekonomiska skäl förespråkar jag det andra alternativet. Jag framhåller att domstolen, mot bakgrund av kommissionens yrkanden,⁵⁶ i så fall varken skulle döma utöver vad som har yrkats av parterna (*ultra petita*) eller underlåta att pröva vissa delar (*infra petita*). Samtidigt skulle domstolens dom ge den polska regeringen tillräcklig vägledning om hur den aktuella nationella lagstiftningen bör ändras för att bli förenlig med unionsrätten. Jag erinrar nämligen om att enligt fast rättspraxis ska domslutet, i vilket det fördragsbrott beskrivs som domstolen har fastställt inom ramen för en talan enligt artikel 258 FEUF, tolkas mot bakgrund av domskälen.⁵⁷

119. Varje framtida oenighet mellan kommissionen och Republiken Polen om huruvida denna medlemsstat har följt domstolens dom fullt ut skulle vid behov dessutom kunna lösas i) inom ramen för ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 260.2 FEUF och, om oenigheten består även

⁵² Det får i detta sammanhang inte glömmas bort att det i ett fördragsbrottsförfarande endast finns en behörighetsnivå. Vid unionsdomstolarna har parterna så att säga bara ett slag på sig.

⁵³ Se artikel 260.2 FEUF.

⁵⁴ Se dom av den 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur och Factortame (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 57), och dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 120).

⁵⁵ Se, exempelvis, dom av den 27 februari 1980, kommissionen/Förenade kungariket (170/78, EU:C:1980:53), och dom av den 17 december 1980, kommissionen/Belgien (149/79, EU:C:1980:297).

⁵⁶ Se punkt 18 ovan i förevarande förslag till avgörande.

⁵⁷ Se, bland annat, dom av den 22 oktober 2013, kommissionen/Tyskland (C-95/12, EU:C:2013:676, punkterna 37, 40 och 45 och där angiven rättspraxis).

efter detta, ii) inom ramen för en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 263 FEUF som väcks av Republiken Polen mot varje beslut av kommissionen i vilket nämnda medlemsstats skyldighet att betala vite och vitesbeloppet fastställs.⁵⁸

120. Mot bakgrund av samtliga dessa omständigheter anser jag att domstolen bör slå fast att den aktuella nationella lagstiftningen, i dess nuvarande lydelse, inte uppfyller villkoren i artikel 15.2 och 15.3 i direktiv 2014/24 och följaktligen åsidosätter bestämmelserna i detta direktiv.

VI. Rättegångskostnader

121. Enligt artikel 138.3 i domstolens rättegångsregler ska vardera parten bära sina rättegångskostnader om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Domstolen får emellertid besluta att en part ska ersätta en del av den andra partens rättegångskostnader, om det framstår som skäligt med hänsyn till omständigheterna i målet.

122. I förevarande fall har både kommissionen och Republiken Polen yrkat att den andra parten ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna samt ömsom tappat målet på en eller flera punkter. Vardera parten bör därför förpliktas att bära sina rättegångskostnader.

VII. Förslag till avgörande

123. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

- fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 1.1, 1.3, 15.2 och 15.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, jämförda med artikel 346.1 a FEUF, genom att undanta framställningen av vissa handlingar, trycksaker, stämplor och märkningar från de regler för offentlig upphandling som föreskrivs i det direktivet, och
- förplikta Europeiska kommissionen och Republiken Polen att vardera bära sina rättegångskostnader.

⁵⁸ Enligt artikel 51 c i stadgan för Europeiska unionens domstol – i dess senaste lydelse – har domstolen exklusiv behörighet att pröva en sådan talan.