

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 8 april 2008^{*}

I mål C-337/05,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 15 september 2005,

meddelar

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

sökande,

mot

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

svarande,

^{*} Rättegångsspråk: italienska.

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts och G. Arestis samt domarna K. Schiemann, J. Makarczyk (referent), P. Küris, E. Juhász, E. Levits och A. Ó Caoimh,

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 17 april 2007,

och efter att den 10 juli 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 4,

s. 126), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/36), och, tidigare, rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1), i ändrad och kompletterad lydelse enligt rådets direktiv 80/767/EEG av den 22 juli 1980 (EGT L 215, s. 1) och rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 (EGT L 127, s. 1) (nedan kallat direktiv 77/62), genom att tillämpa som praxis – vilken förekommer sedan länge och fortfarande följs – att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell till företaget Agusta SpA (nedan kallat Agusta) för att tillgodose behov hos flera militära förband och civila kårer inom den italienska staten, utan uppmaning till anbudsgivning och särskilt utan att iaktta de förfaranden som föreskrivs i dessa direktiv.

Tillämpliga bestämmelser

- 2 Med sin talan önskar kommissionen få fastställt att det föreligger fördragsbrott med avseende på direktiv 93/36 och, vad gäller perioden före dess ikraftträdande, med avseende på direktiv 77/62. Eftersom bestämmelserna i de båda direktiven liknar varandra kommer domstolen av tydlighetsskäl endast att hänvisa till direktiv 93/36.

- 3 Tolfte skälet i direktiv 93/36 har följande lydelse:

”Förhandlat förfarande bör anses som ett undantag och därför bara tillämpas i särskilda fall.”

- 4 I artikel 1 i direktiv 93/36 anges att i detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) 'offentliga 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 köption av produkter. Leveransen kan vidare omfatta projektering och installation,

b) 'upphandlande myndigheter': statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt,

...

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

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."

5 Enligt vad som föreskrivs i artikel 2.1 b ska direktivet inte gälla

”upphandlingskontrakt som sekretessbeläggs eller när deras utförande måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder enligt lagar eller andra författningar i den berörda medlemsstaten, eller om hänsyn till medlemsstatens grundläggande säkerhet så kräver”.

6 I artikel 3 i samma direktiv föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 2, 4 och 5.1 ska 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]”.

7 Enligt artikel 5.1 a i direktiv 93/36 gäller följande:

”a) Avdelningarna II, III och IV samt artiklarna 6 och 7 ska gälla offentliga varukontrakt som tilldelas av

- i) de i artikel 1 b angivna upphandlande myndigheterna, inklusive kontrakt som tilldelas av de upphandlande myndigheterna inom försvarssektorn som

anges i bilaga I i den mån det gäller varor som inte omfattas av bilaga II, om det uppskattade värdet, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 200 000 särskilda dragningsrätter (SDR) i [euro],

- ii) de upphandlande myndigheterna som anges i bilaga I, om det uppskattade värdet, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 130 000 SDR i [euro]. När det gäller upphandlande myndigheter inom försvarssektorn ska detta gälla bara för upphandling av produkter enligt bilaga II.”

8 Artikel 6.1–6.3 i samma direktiv har följande lydelse:

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

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

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

...

- 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.”

9 Artikel 33 i direktiv 93/36 har följande lydelse:

”Direktiv 77/62/EEG ... ska upphöra att gälla, utan att det påverkar medlemsstaternas förpliktelser vad gäller de tidsfrister för överföring till nationell lagstiftning och för genomförande som anges i bilaga 5.

Hänvisningar till de upphävda direktiven ska tolkas som hänvisningar till detta direktiv och ska läsas i enlighet med jämförelsetabellen i bilaga 6.”

Det administrativa förfarandet

- 10 Kommissionen hade inte fått några uppgifter om att det skulle ha ordnats ett anbuds-förfarande på gemenskapsnivå för att köpa in helikoptrar i syfte att tillgodose behov hos olika förband och kårer inom den italienska staten. Den ansåg därför att dessa helikoptrar (av märkena Agusta och Agusta Bell) har köpts direkt, utan någon föregående uppmaning på gemenskapsnivå att inkomma med anbud, vilket strider mot direktiv 77/62 och direktiv 93/36. Kommissionen tillställde följaktligen Republiken Italien en formell underrättelse den 17 oktober 2003, med uppmaning att inkomma med yttrande inom 21 dagar från det att underrättelsen mottagits.
- 11 De italienska myndigheterna besvarade skrivelsen genom fax av den 9 december 2003.
- 12 Kommissionen ansåg att de italienska myndigheternas argument inte räckte för att vederlägga kommissionens påpekanden i den formella underrättelsen. De italienska myndigheterna hade inte heller inkommit med några ytterligare kommentarer. Kommissionen riktade därför ett motiverat yttrande till Republiken Italien den 5 februari 2004 och uppmanade denna medlemsstat att efterkomma yttrandet inom två månader från delgivningen av detsamma.

- 13 De italienska myndigheterna besvarade det motiverade yttrandet genom tre skrivelser av den 5 april respektive den 13 och den 27 maj 2004.
- 14 Kommissionen ansåg att de argument som Republiken Italien åberopat som svar på det motiverade yttrandet var otillfredsställande. Kommissionen konstaterade vidare att medlemsstaten inte vidtagit några åtgärder för att få det kritiserade sättet att tilldela offentliga varukontrakt att upphöra. Kommissionen beslutade därför att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

- 15 Republiken Italien har anfört att talan ska avvisas på grund av att kommissionen under det administrativa förfarandet inte riktat någon kritik mot de kontrakt som avsåg militär materiel. Kritiken har endast gällt varor för civilt bruk. Det saknas således överensstämmelse mellan de anmärkningar som gjorts under det administrativa förfarandet och dem som framställts inom ramen för förevarande talan.
- 16 Republiken Italien anser även att den del av talan som avser varukontrakt ingångna för att tillgodose behoven hos Corpo forestale dello Stato (nationell skogsmyndighet) ska avvisas. Principen *ne bis in idem* åsidosätts nämligen, eftersom fördragsbrottet i

den del som avser denna kontraktskategori redan prövats och bedömts av domstolen i dess dom av den 27 oktober 2005 i mål C-525/03, kommissionen mot Italien, REG 2005, s. I-9405).

- 17 I sin duplik har Republiken Italien vidare gjort gällande att talan, med hänsyn till de vaga och otydliga omständigheter som kommissionen har åberopat såväl i sin formella underrättelse som i det motiverade yttrandet, inte uppfyller de krav på sammanhang och tydlighet som uppställs i rättspraxis. Detta har inverkat högst menligt på denna medlemsstats rätt till försvar.
- 18 Kommissionen har invänt att det administrativa förfarandet aldrig rört varor för militärt ändamål, utan varor för civilt bruk avsedda för bland annat vissa militära förband inom den italienska staten. Kommissionen har även påpekat att det förfarande som ledde fram till domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien hade ett annat föremål än förevarande talan.

Domstolens bedömning

- 19 Enligt fast rättspraxis är syftet med det administrativa förfarandet att ge den berörda medlemsstaten möjlighet att dels fullgöra sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, dels göra invändningar mot klagomål framställda av kommissionen (se, bland annat, dom av den 10 maj 2001 i mål C-152/98, kommissionen mot Nederländerna, REG 2001, s. I-3463, punkt 23, av den 15 januari 2002 i mål C-439/99, kommissionen mot Italien, REG 2002, s. I-305, punkt 10, och av den 27 november 2003 i mål C-185/00, kommissionen mot Finland, REG 2003, s. I-14189, punkt 79).

- 20 Ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet är således nödvändigt enligt EG-fördraget, som en grundläggande garanti för skyddet av den berörda medlemsstatens rättigheter. Det är bara med utgångspunkt i ett korrekt genomfört administrativt förfarande som det kontradiktoriska förfarandet inför domstolen ger denna möjlighet att avgöra om medlemsstaten faktiskt har underlåtit att uppfylla de skyldigheter som kommissionen påstår att staten har åsidosatt (se, bland annat, dom av den 5 juni 2003 i målC-145/01, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-5581, punkt 17).
- 21 Det är mot bakgrund av denna rättspraxis som domstolen kommer att pröva om kommissionen har iakttagit Republiken Italiens rätt till försvar under det administrativa förfarandet.
- 22 Vad inledningsvis gäller den påstått bristande överensstämmelsen mellan de anmärkningar som gjorts under det administrativa förfarandet och dem som framförts inför domstolen är det tillräckligt att framhålla att det motiverade yttrandet och ansökan genom vilken talan väckts, som är i stort sett identiskt avfattade, grundas på samma anmärkningar. Republiken Italiens argument för att styrka att de anmärkningar som gjorts under det administrativa förfarandet inte överensstämmer med dem som utvecklats i ansökan kan således inte vinna framgång.
- 23 När det sedan gäller påståendet att de anmärkningar som gjorts gentemot Republiken Italien under det administrativa förfarandet är otydliga och saknar precision, erinrar domstolen om att ett motiverat yttrande enligt artikel 226 EG förvisso ska innehålla en sammanhängande och detaljerad redogörelse för skälen till kommissionens uppfattning att den berörda medlemsstaten har underlåtit att uppfylla en av de skyldigheter som åligger den enligt fördraget. Lika stränga krav på noggrannhet som på det motiverade yttrandet kan däremot inte ställas på den formella underrättelsen, som omöjligen kan utgöra annat än en första kort sammanfattning av anmärkningarna (se, bland annat, dom av den 28 mars 1985 i mål 274/83, kommissionen mot Italien, REG 1985, s. 1077, punkt 21, av den 16 september 1997 i målC-279/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-4743, punkt 15, och av den 18 maj 2006 i mål C-221/04, kommissionen mot Spanien, REG 2006, s. I-4515, punkt 36).

- 24 Kommissionens påståenden under det administrativa förfarandet har i förevarande fall varit tillräckligt tydliga för att möjliggöra för Republiken Italien att göra gällande sin försvarsargumentation, vilket också framgår av denna del av förfarandets förlopp.
- 25 Vad slutligen gäller det påstådda åsidosättandet av principen *ne bis in idem*, påpekar domstolen att domen av den 27 oktober 2005 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien avkunnades i ett mål med ett helt annat föremål. Kommissionens talan i det målet avsåg nämligen ett beslut fattat av ordföranden i det italienska ministerrådet att, med avvikelse från gemenskapsdirektiven om upphandling av varor, tillåta förhandlade förfaranden. Talan avvisades, eftersom det aktuella beslutet hade upphört att ha rättsverkningar före utgången av fristen i det motiverade yttrandet. Förevarande talan syftar dock ingalunda till att få till stånd en förnyad prövning av det ovannämnda beslutets lagenlighet, utan avser en långvarig praxis hos den italienska staten som består i att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell utan föregående uppmaning till anbudsgivning på gemenskapsnivå.
- 26 Republiken Italiens invändning om rättegångshinder ska följaktligen avslås.

Prövning i sak

Parternas argument

- 27 Till stöd för sin talan har kommissionen åberopat att den konstaterat en allmän praxis som består i att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell för att tillgodose behoven hos såväl militära förband som civila kårer inom den italienska staten.

- 28 Kommissionen har hänvisat till flera kontrakt som under åren 2000–2003 ingåtts med Corpo dei Vigili del Fuoco (brandkåren), Carabinieri (karabinjärerna), Corpo forestale dello Stato, Guardia Costiera (kustbevakningen), Guardia di Finanza (tullen), Polizia di Stato (polisen) samt civilförsvarsavdelningen inom ministerrådets presidium. Vad gäller tiden före år 2000 har de italienska myndigheterna medgett att de köpt helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell utan föregående uppmaning till anbudsgivning. Kommissionen har slutligen påpekat att de aktuella statliga kårernas flottor endast består av helikoptrar av dessa märken och att inte någon av helikoptrarna har köpts efter uppmaning till anbudsgivning på gemenskapsnivå.
- 29 Eftersom kontrakten uppfyller villkoren i direktiv 93/36, anser kommissionen att de borde ha blivit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande i enlighet med artikel 6 i detta direktiv, men inte för ett förhandlat förfarande.
- 30 Republiken Italien har för det första gjort gällande att de varor som är avsedda för den italienska statens militära förband regleras av artikel 296 EG och artikel 2.1 b i direktiv 93/36. Enligt medlemsstaten är dessa bestämmelser tillämpliga, eftersom de aktuella helikoptrarna har ”dubbla användningsområden”, det vill säga de kan användas för såväl civila som militära ändamål.
- 31 Denna medlemsstat har därefter gjort gällande att på grund av helikoptrarnas tekniskt sett specifika karaktär, och det faktum att de berörda varorna var av tilläggskaraktär, var det möjligt att tilldela kontraktet genom ett förhandlat förfarande med tillämpning av artikel 6.3 c och e i direktiv 93/36.

- 32 Rent generellt har Republiken Italien påpekat att dess praxis inte skiljer sig från den praxis som används i de flesta medlemsstater som tillverkar helikoptrar.
- 33 Republiken Italien har slutligen anfört att fram till slutet av 90-talet kunde den italienska statens förbindelser med Agusta analyseras såsom ”interna” relationer i den mening som avses i dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

Domstolens bedömning

- 34 Domstolen påpekar inledningsvis att parterna är eniga om att de aktuella kontraktens värde översteg det tröskelvärde som fastställts i artikel 5.1 a i direktiv 93/36 och som medför att kontrakten omfattas av direktivets tillämpningsområde.
- 35 De dokument som bilagts Republiken Italiens svaromål och som avser avtal om inköp av helikoptrar utgör vidare stöd för kommissionens uppfattning att inköp av dessa helikoptrar gjorts genom ett förhandlat förfarande samt att denna praxis förekommer sedan länge och fortfarande följs.

– Huruvida det förelåg en ”intern” relation mellan den italienska staten och Agusta

- 36 Enligt domstolens fasta rättspraxis krävs det enligt direktiven om offentlig upphandling inte någon anbudsinfordran, även om avtalsparten är en i förhållande till den

upphandlande myndigheten fristående juridisk person, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över det fristående organet motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och detta organ ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det (se domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 50, dom av den 11 januari 2005 i målC-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkt 49, av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-139, punkt 38, av den 10 november 2005 i målC-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkt 34, av den 11 maj 2006 i målC-340/04, Carbotermo och Consorzio Alisei, REG 2006, s. I-4137, punkt 33, och av den 19 april 2007 i målC-295/05, Asemfo, REG 2007, s. I-2999, punkt 55).

³⁷ Domstolen ska därför pröva om de två villkor som uppställs i den rättspraxis som nämns i föregående punkt är uppfyllda i förhållande till Agusta.

³⁸ Vad gäller det första villkoret avseende myndighetens kontroll, så utesluter den omständigheten 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 alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (se domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 49).

³⁹ Såsom framgår av den undersökning som bilagts svaromålet och som avser den italienska statens ägande i EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica och Agusta, har Agusta, som varit ett privaträttsligt bolag alltsedan det bildades, sedan år 1974 alltid varit halvoffentligt, det vill säga ett bolag vars kapital till en del innehas av den nämnda staten och i övrigt av privata aktieägare.

40 Eftersom Agustas kapital till en del även är öppet för privat ägande och således uppfyller villkoret i punkt 38 i denna dom, är det uteslutet att den italienska staten kan utöva en sådan kontroll över detta företag som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning.

41 Under dessa omständigheter saknas det stöd för Republiken Italiens argument att det förelåg en "intern" relation mellan bolaget och den italienska staten. Det saknas skäl att pröva huruvida Agusta driver merparten av sin verksamhet tillsammans med den tilldelande offentliga myndigheten.

– Berättigade krav av nationellt intresse

42 Domstolen erinrar inledningsvis om att åtgärder som medlemsstaterna vidtar vilka föranleds av berättigade krav av nationellt intresse inte är helt undantagna från gemenskapsrätten enbart på grund av att åtgärderna vidtas med hänvisning till den allmänna säkerheten eller det nationella försvaret (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 mars 2003 i mål C-186/01, Dory, REG 2003, s. I-2479, punkt 30).

43 Såsom domstolen redan har konstaterat föreskrivs undantag i fördraget som är tillämpliga på situationer som kan äventyra den allmänna säkerheten, bland annat i artiklarna 30 EG, 39 EG, 46 EG, 58 EG, 64 EG, 296 EG och 297 EG, som avser exceptionella och väl avgränsade fall. Härav kan man inte sluta sig till att det skulle finnas

ett generellt förbehåll i fördraget som utesluter alla sådana åtgärder från gemenskapsrättens tillämpningsområde som vidtas med hänvisning till allmän säkerhet. Om man godtog att det fanns ett sådant förbehåll, vid sidan av de specifika villkoren i fördragets bestämmelser, skulle man riskera att undergräva gemenskapsrättens tvingande karaktär och dess enhetliga tillämpning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597, av den 26 oktober 1999 i målC-273/97, Sirdar, REG 1999, s. I-7403, punkt 16, av den 11 januari 2000 i målC-285/98, Kreil, REG 2000, s. I-69, punkt 16, samt domen i det ovannämnda målet Dory, punkt 31).

44 I detta avseende ankommer det på den medlemsstat som avser att tillämpa undantagen att bevisa att befrielsen inte går utöver gränserna för sagda exceptionella förhållanden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 september 1999 i målC-414/97, kommissionen mot Spanien, REG 1999, s. I-5585, punkt 22).

45 Republiken Italien har i förevarande mål gjort gällande att inköpen av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell uppfyller villkoren för berättigade krav av nationellt intresse enligt artikel 296 EG och artikel 2.1 b i direktiv 93/36, eftersom helikoptrarna är varor med dubbelt användningsområde, det vill säga de kan användas för såväl civila som militära ändamål.

46 Det är för det första viktigt att betona att varje medlemsstat enligt artikel 296.1 b EG får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel – sådana åtgärder får emellertid inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

- 47 Det framgår av nämnda bestämmelses ordalydelse att varorna ska vara avsedda speciellt för militärändamål. Härav följer att inköp av utrustning vars användning för militära ändamål är osäker med nödvändighet ska följa reglerna om offentlig upphandling. Leverans av helikoptrar till militära förband för civilt bruk ska följa samma regler.
- 48 Det är utrett att de aktuella helikoptrarna ska användas för civila ändamål medan de endast eventuellt kan komma att användas militärt, vilket Republiken Italien har medgett.
- 49 Följaktligen kan Republiken Italien inte med framgång åberopa artikel 296.1 b EG, till vilken det hänvisas i artikel 3 i direktiv 93/36, för att motivera användning av ett förhandlat förfarande för att köpa in nämnda helikoptrar.
- 50 För att motivera att Agusta tilldelades kontrakt enligt det förhandlade förfarandet har denna medlemsstat vidare gjort gällande att de uppgifter som erhålls för Agustas tillverkning av helikoptrarna är hemliga. Medlemsstaten har härvid åberopat artikel 2.1 b i direktiv 93/36.
- 51 Domstolen anser emellertid att Republiken Italien inte har angett varför man anser att sekretessen för de uppgifter som tillhandahålls för Agustas tillverkning av helikoptrar i mindre utsträckning skulle garanteras, om tillverkningen anförtroddas andra bolag, oavsett om de är etablerade i Italien eller i andra medlemsstater.

52 Nödvändigheten att ange en sekretesskyldighet hindrar i detta avseende inte på något sätt att uppmaning till anbudsgivning sker för att tilldela ett kontrakt.

53 Att åberopa artikel 2.1 b i direktiv 93/36 för att motivera inköp av de aktuella helikoptrarna enligt det förhandlade förfarandet är därför oproportionerligt med hänsyn till syftet att hindra spridning av känsliga uppgifter angående tillverkningen av dessa helikoptrar. Republiken Italien har nämligen inte visat att ett sådant syfte inte skulle ha kunnat uppnås om uppmaning att inkomma med anbud gjordes på så sätt som föreskrivs i direktivet.

54 Republiken Italien kan följaktligen inte med framgång åberopa artikel 2.1 b i direktiv 93/36 för att motivera att helikoptrarna köptes in genom ett förhandlat förfarande.

– Kravet på att helikopterflottan ska vara homogen

55 För att motivera användning av det förhandlade förfarandet har Republiken Italien även åberopat artikel 6.3 c och e i direktiv 93/36. Med hänsyn till helikoptrarnas tekniskt sett specifika karaktär kunde tillverkningen enligt medlemsstaten endast anförtros Agusta. Det var vidare nödvändigt att försäkra sig om att helikopterflottan kunde användas oavsett ändamål, i synnerhet för att minska kostnader för logistik, verksamhet och utbildning av piloter.

56 Såsom följer av tolfte skälet i direktiv 93/36 betraktas förhandlat förfarande som ett undantag och det kan därför bara tillämpas i särskilda fall. I artikel 6.2 och 6.3 i samma direktiv räknas uttömmande och uttryckligen de undantagsfall upp då det förhandlade förfarandet får användas (se, för ett liknande resonemang vad gäller direktiv 77/62, dom av den 17 november 1993 i mål C-71/92, kommissionen mot Spanien, REG 1993, s. I-5923, punkt 10, och vad gäller direktiv 93/36, domen i det ovannämnda målet Teckal, punkt 43, och domen av den 13 januari 2005 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 47).

57 Enligt domstolens rättspraxis ska undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt (se dom av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, kommissionen mot Italien, REG 1995, s. I-1249, punkt 23, av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-1949, punkt 13, och av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-4713, punkt 33). För att direktiv 93/36 inte ska berövas sin ändamålsenliga verkan får medlemsstaterna således 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 detta direktiv med nya villkor som gör det lättare att få tillgång till nämnda förfarande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 januari 2005 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 48).

58 Det är dessutom den som avser att åberopa ett undantag som har bevisbördan för att de särskilda omständigheter verkligen föreligger som motiverar undantag (se dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 1039, punkt 14, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 33).

59 Domstolen finner att Republiken Italien inte i tillräcklig utsträckning har visat varför endast helikoptrar tillverkade av Agusta har de särskilda tekniska egenskaper som krävs. Medlemsstaten har dessutom endast betonat fördelarna med helikoptrar som kan användas av olika kårer oavsett ändamål. Den har emellertid inte visat på vilket sätt byte av leverantör skulle tvinga medlemsstaten att köpa material som tillverkats enligt en annan teknik, vilket skulle kunna leda till inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.

60 Mot bakgrund av samtliga ovan anförda omständigheter fastställer domstolen att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/36 och, tidigare, enligt direktiv 77/62, genom att tillämpa som praxis – vilken förekommer sedan länge och fortfarande följs – att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell till företaget Agusta för att tillgodose behov hos flera militära förband och civila kårer inom den italienska staten, utan uppmaning till anbudsgivning och särskilt utan att iaktta de förfaranden som föreskrivs i dessa direktiv.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, och, tidigare, rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, i ändrad och kompletterad lydelse enligt rådets direktiv 80/767/EEG av den 22 juli 1980 och rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988, genom att tillämpa som praxis – vilken förekommer sedan länge och fortfarande följs – att direkt tilldela kontrakt för inköp av helikoptrar av märkena Agusta och Agusta Bell till företaget Agusta SpA för att tillgodose behov hos flera militära förband och civila kårer, utan uppmaning till anbudsgivning och särskilt utan att iaktta de förfaranden som föreskrivs i dessa direktiv.**
- 2) **Republiken Italien ska bära rättegångskostnaderna.**

Underskrifter