



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 7 juni 2012*

”Direktiv 2004/18/EG — Offentlig upphandling på försvarsområdet — Artikel 10 — Artikel 296.1 b EG — Skydd för en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen — Handel med vapen, ammunition och krigsmateriel — Vara som den upphandlande myndigheten särskilt införskaffar för militärändamål — Varan kan även användas i väsentligen liknande civila syften — Svängbord (’tiltable turntable’) för elektromagnetiska mätningar — Inga anbud har inforrats i enlighet med de förfaranden som föreskrivs i direktiv 2004/18”

I mål C-615/10,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Högsta förvaltningsdomstolen (Finland) genom beslut av den 13 december 2010, som inkom till domstolen den 23 december 2010, i ett förfarande som anhängiggjorts av

Insinööritoimisto InsTiimi Oy,

ytterligare deltagare i rättegången:

Försvarsmakten,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-C. Bonichot samt domarna A. Prechal, L. Bay Larsen (referent), C. Toader och E. Jarašiūnas,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 12 december 2011,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Insinööritoimisto InsTiimi Oy, genom A.-M. Eskola, asianajaja, och T. Pekkala,
- Försvarsmakten, genom J. Matinlassi, i egenskap av ombud,
- Finlands regering, genom J. Heliskoski, i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom J. Očková, T. Müller och M. Smolek, samtliga i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: finska.

— Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, i egenskap av ombud,
— Europeiska kommissionen, genom E. Paasivirta och C. Zadra, båda i egenskap av ombud,
och efter att den 19 januari 2012 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), av artikel 346.1 b FEUF, och av förteckningen över vapen, ammunition och krigsmateriel i rådets beslut 255/58 av den 15 april 1958 (nedan kallad rådets förteckning av den 15 april 1958), för vilka denna bestämmelse i EUF-fördraget är tillämplig.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Insinööritoimisto InsTiimi Oy (ingenjörfirman InsTiimi AB, nedan kallad InsTiimi) och Försvarsmaktens Tekniska Forskningsanstalt, angående den senares beslut att, med tillämpning av ett förfarande som skiljer sig från vad som föreskrivs i direktiv 2004/18, tilldela ett annat företag ett kontrakt om leverans av svängbordsapparat (*"tiltable turntable"*), som används som underlag när olika objekt blir till föremål för elektromagnetiska mätningar.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätten

- 3 Artikel 10 i direktiv 2004/18 har rubriken "Upphandling på försvarsområdet" och ingår i kapitel II i avdelning II i direktivet, med rubriken "Tillämpningsområde". I artikeln föreskrivs följande:

"Detta direktiv skall tillämpas på offentliga kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, med förbehåll för artikel 296 i [EG-fördraget]."
- 4 Nämnda artikel 296 EG - som var tillämplig vid den för målet vid den nationella domstolen avgörande tidpunkten, och som har ersatts av en likalydande bestämmelse i artikel 346 FEUF, till följd av att Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009 - hade följande lydelse:

"1. Bestämmelserna i [EG-fördraget] skall inte hindra tillämpningen av följande regler:

 - a) Ingen medlemsstat skall vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.
 - b) Varje medlemsstat 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 inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

2. Rådet får på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1 b skall tillämpas."

- 5 I rådets beslut 255/58 av den 15 april 1958 fastställs den förteckning som avses i artikel 296.2 EG, vilken i utdrag återges i rådets handling 14538/4/08 av den 26 november 2008. Den hänskjutande domstolen har hänvisat till denna förteckning, och särskilt punkterna 11, 14 och 15, som har följande lydelse:

”Bestämmelserna i artikel [296.1 b] i [EG-fördraget] ska tillämpas på nedan förtecknade vapen, ammunition och krigsmateriel, inklusive vapen som konstruerats för att använda kärnenergi:

...

11. Elektronisk utrustning för militärt bruk.

...

14. Specialdelar och materielartiklar som upptas i denna förteckning i den utsträckning som de är av militär art.

15. Maskiner, utrustning och artiklar som uteslutande utformats för studier, tillverkning, testning och kontroll av vapen, ammunition och apparatur för uteslutande militär användning, som upptas i denna förteckning.”

- 6 Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, s. 76) ska införlivas av medlemsstaterna senast den 21 augusti 2011. Skäl 10 har följande lydelse:

”I detta direktiv bör med militär utrustning särskilt avses de produkttyper som tas upp i förteckningen ... som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958 Denna förteckning omfattar endast utrustning som är utformad, framtagen och framställd speciellt för militär användning. I detta direktiv bör begreppet militär utrustning också omfatta produkter som, även om de ursprungligen utformades för civilt bruk, senare har anpassats efter militära syften för att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.”

Finländsk rätt

- 7 Direktiv 2004/18 har införlivats med finländsk rätt genom lagen om offentlig upphandling (348/2007) och förordningen om offentlig upphandling (614/2007).
- 8 7 § 1 mom i nämnda lag begränsar dess tillämpningsområde enligt följande:

”Denna lag tillämpas inte på upphandling

- 1) som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter lagstadgade särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av centrala statliga säkerhetsintressen,
 - 2) vars föremål huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk, ...”
- 9 Därutöver ska, enligt en föreskrift som antogs av det finska försvarsministeriet den 28 maj 2008, vid tilldelning av kontrakt som avser förvärv av försvarsrelaterad materiel tills vidare bland annat försvarsministeriets föreskrift nr 76/1995 av den 17 mars 1995 beaktas.

- 10 I 1 § i föreskrift nr 76/1995 definieras vad som utgör en vara eller tjänst som huvudsakligen är avsedd för militärt bruk på vilken lagen om offentlig upphandling (348/2007) inte tillämpas.
- 11 Det framgår av nämnda 1 § jämförd med punkt M i bilaga till föreskrift nr 76/1995 att det i huvudsak rör sig om "specialutrustning för militär verksamhet och militär utbildning eller simulering av militära lägen samt speciellt till dem planerade komponenter, tilläggsanordningar och utrustning".

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 12 År 2008 genomförde finländska försvarsmaktens tekniska forskningsanstalt ett upphandlingsförfarande utan föregående offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning* avseende svängbordsapparat till ett värde av 1 650 000 euro.
- 13 I samband härmed begärde nämnda myndighet den 5 februari 2008 in anbud från fyra företag, däribland InsTiimi.
- 14 Efter ett "förhandlat förfarande", som inte uppfyller de krav som uppställs för något av de förfaranden som avses i direktiv 2004/18, gavs kontraktet den 24 juni 2008 till en annan anbudsgivare än InsTiimi. Den 25 juni 2008 beskrevs föremålet för upphandlingen och svängbordsapparaturens funktionssätt i en finländsk dagstidning.
- 15 InsTiimi ansåg att myndigheten var skyldig att genomföra upphandlingsförfarandet i enlighet med bestämmelserna i direktiv 2004/18 och överklagade därför upphandlingsbeslutet till Marknadsdomstolen.
- 16 Denna domstol avslog överklagandet med motiveringen att det står klart att svängbordsapparaturen i huvudsak var avsedd för militärändamål och att den upphandlande myndigheten uteslutande avsåg att använda den för sådana ändamål.
- 17 Marknadsdomstolen fann därför att nämnda kontrakt omfattades av undantagsbestämmelsen i 7 § 1 mom 2 punkten i lagen om offentlig upphandling (348/2007).
- 18 InsTiimi överklagade detta avgörande till Högsta förvaltningsdomstolen.
- 19 InsTiimi gjorde vid denna domstol gällande att svängbordet är en teknisk innovation som används inom den civila sektorn och inte är att anse som militär utrustning. Det tekniska utförandet av den aktuella svängbordsapparaturen bygger på en sammansättning av olika material, komponenter och system som är fritt tillgängliga på marknaden, och utformningen av apparaturen beror endast på ett ändamålsenligt urval och sammanfogande av komponenter, så att apparaturen motsvarar upphandlingens specifikationer.
- 20 Försvarsmakten, företrädd av Huvudstaben, gjorde vid den hänskjutande domstolen gällande att svängbordsapparaturen som upphandlades var avsedd speciellt för militärändamål och särskilt för att simulera militära lägen. Svängbordsapparaturen skulle användas för att simulera och öva militära motåtgärder mot luftspaning från olika vinklar samt målsökning.
- 21 Svängbordsapparaturen utgör enligt försvarsmakten en väsentlig beståndsdel av den utomhusmätbana som försvarsmakten skulle uppföra för mätningar, simulering och övningar inom elektronisk krigföring och skulle följaktligen utformas för forskning på vapen för militära ändamål.
- 22 Denna apparatur utgör enligt försvarsmakten en sådan produkt som avses i punkt M i bilagan till föreskrift nr 76/1995.

23 Den hänskjutande domstolen ställer sig tveksam till huruvida direktiv 2004/18 är tillämpligt på upphandlad materiel som i huvudsak är avsedd för militärändamål men vilken även kan användas för väsentligen liknande civila ändamål.

24 Högsta förvaltningsdomstolen beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska direktiv [2004/18], med beaktande av artikel 10 i detta direktiv, artikel [296.1 b EG] och den lista som rådet antog den 15 april 1958, tillämpas på en upphandling som i övrigt omfattas av direktivet, när föremålet för upphandlingen enligt den upphandlande myndigheten ska användas för militärändamål men även kan användas för väsentligen liknande civila ändamål?”

Huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning

25 Den finländska regeringen har - utan att formellt yrka att begäran om förhandsavgörande ska avvisas - i sina skriftliga yttranden anmärkt att begäran om förhandsavgörande inte innehåller upplysningar om vilka åtgärder den upphandlande myndigheten anser vara nödvändiga för att ”skydda [Republiken Finlands] väsentliga säkerhetsintressen”, i den mening som avses i artikel 296.1 b EG, varför den inte anser sig kunna uttala sig i frågan huruvida detta villkor för tillämpning av den nämnda bestämmelsen är uppfyllt.

26 Domstolen vill härvid anmärka att den omständigheten att den hänskjutande domstolen inte har begärt tolkning av detta villkor för tillämpning av artikel 296.1 b EG inte i sig gör att begäran inte kan upptas till sakprövning.

27 Inom ramen för det förfarande som föreskrivs i artikel 267 FEUF ankommer det nämligen uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när den fråga som ställts avser tolkningen av unionsrätten (se, bland annat, dom av den 24 april 2012 i mål C-571/10, Kamberaj, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

28 Det ankommer dock på domstolen att – för att pröva sin egen behörighet – undersöka de omständigheter under vilka den nationella domstolen har framställt sin begäran om förhandsavgörande (se domen i det ovannämnda målet Kamberaj, punkt 41). Domstolen har endast möjlighet att underlåta att besvara en fråga som en nationell domstol har ställt när det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se dom av den 14 februari 2008 i mål C-450/06, Varec, REG 2008, s. I-581, punkt 24).

29 Det ska härvid anmärkas att den aktuella tolkningsfrågan kan uppfattas som hypotetisk - vilket i så skulle innebära att den ska avvisas, - endast om det står helt klart att tillämpningen av undantaget i artikel 296.1 b EG, till vilket det hänvisas i artikel 10 i direktiv 2004/18, i det aktuella fallet hursomhelst inte kan rättfärdigas av Republiken Finlands väsentliga säkerhetsintressen.

30 I begäran om förhandsavgörande har Högsta förvaltningsdomstolen, utan att klart ange att den upphandlande myndigheten har gjort gällande sådana väsentliga intressen, endast konstaterat att försvarsmakten inte, på det sätt som kommissionen föreskrivit i tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 EG på området för försvarsupphandlingar (KOM(2006) 779 slutlig) av den

7 december 2006, har preciserat vilka väsentliga säkerhetsintressen som berörs av förvärvet av den aktuella svängbordsapparaturen eller angivit varför det var nödvändigt att låta bli att tillämpa reglerna i direktiv 2004/18 i detta fall.

31 Tolkningsfrågan är således inte uppenbart hypotetisk.

32 Begäran om förhandsavgörande ska därför prövas i sak.

Prövning av tolkningsfrågan

33 Den nationella domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 10 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 296.1 b EG, ska tolkas så, att en medlemsstat, från de i direktivet föreskrivna förfarandena, får undanta en upphandling som en myndighet genomför på försvarsområdet för att förvärva materiel som visserligen är avsedd för specifikt militära ändamål men samtidigt kan användas för liknande civila ändamål.

34 Det framgår av artikel 10 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 296.1 b EG, att medlemsstaterna, vad rör upphandling på försvarsområdet, får vidta åtgärder som avviker från vad som normalt föreskrivs i nämnda direktiv, när det är fråga om "handel med vapen, ammunition och krigsmateriel" och dessa åtgärder dessutom framstår som nödvändiga för att "skydda [den berörda medlemsstatens] väsentliga säkerhetsintressen".

35 Domstolen vill härvid erinra om att dessa bestämmelser, i överensstämmelse med vad som framgår av fast rättspraxis beträffande undantag från de grundläggande friheterna, ska tolkas restriktivt (se, bland annat, vad rör undantagen i artikel 296 EG, dom av den 15 december 2009 i mål C-284/05, kommissionen mot Finland, REU 2009, s. I-11705, punkt 46 och där angiven rättspraxis). I artikel 296.1 b EG hänvisas visserligen till åtgärder som en medlemsstat anser är nödvändiga för att den ska kunna skydda sina väsentliga säkerhetsintressen, men denna bestämmelse kan inte tolkas så, att den ger medlemsstaterna en rätt att göra undantag från EG-fördragets bestämmelser redan genom att åberopa nämnda intressen (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Finland, punkt 47).

36 De varor som förekommer i rådets förteckning av den 15 april 1958, till vilken det uttryckligen hänvisas i artikel 296.2 EG, omfattas i princip av möjligheten till undantag enligt artikel 296.1 b EG.

37 Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera huruvida en vara som den här aktuella svängbordsapparaturen kan anses omfattas av någon av de kategorier som anges i nämnda förteckning.

38 I artikel 296.1 b EG preciseras emellertid att de åtgärder som medlemsstaterna kan vidta i detta sammanhang inte får försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

39 Domstolen vill därför erinra dels om att en upphandlande myndighet inte kan åberopa artikel 296.1 b EG för att rättfärdiga ett undantag vid inköp av materiel som med säkerhet används för civila ändamål medan den endast eventuellt kan komma att användas militärt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-2173, punkterna 48 och 49).

40 Oavsett huruvida en vara omfattas av någon av de kategorier av materiel som anges i rådets förteckning av den 15 april 1958, kan denna vara, om den även kan användas för liknande civila ändamål, endast anses avsedd speciellt för militärändamål, i den mening som avses i artikel 296 EG, om det är så att detta inte bara är den upphandlande myndighetens syfte med inköpet av varan, utan

det även är så att detta, som generaladvokaten anmärkt i punkt 48 i sitt förslag till avgörande, följer av att varan har särskilda egenskaper som är knutna till att den särskilt har utformats, utvecklats eller modifierats i väsentliga avseenden i detta syfte.

- 41 Uttrycken "för militärt bruk" i punkt 11 i nämnda förteckning och "i den utsträckning som de är av militär art" och "som uteslutande utformats" i punkterna 14 respektive 15 i samma förteckning visar nämligen att de i dessa bestämmelser avsedda varorna objektivt sett måste vara av specifikt militär art.
- 42 Domstolen vill slutligen erinra om att unionslagstiftaren nyligen, i skäl 10 i direktiv 2009/81, har preciserat att uttrycket "militär utrustning", i detta direktivs mening, även bör omfatta produkter som, även om de ursprungligen utformades för civilt bruk, senare har anpassats efter militära syften för att kunna användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.
- 43 Materiel av det slaget som den här aktuella svängbordsapparaturen anses, enligt de upplysningar domstolen erhållit, möjliggöra elektromagnetiska mätningar och simulerade stridssituationer. Den skulle därför kunna klassas som en del av militär utrustning för testning och kontroll av vapen, i den mening som avses i punkt 15 i rådets förteckning av den 15 april 1958, jämförd med punkterna 11 och 14 i samma förteckning, vilket det ankommer på den nationella domstolen att avgöra.
- 44 En sådan svängbordsapparat, som den upphandlande myndigheten endast avser att använda i militära syften, kan dock endast anses vara avsedd speciellt för militärändamål, i den mening som avses i artikel 296.1 b EG, om det fastställs att denna apparatur, till skillnad från vad som är fallet med liknande materiel som är avsedd för civilt bruk, enligt vad klaganden i målet vid den nationella domstolen har anfört, med hänsyn till sina särskilda egenskaper, kan anses ha särskilt utformats och utvecklats för sådana syften, även när detta är följden av omfattande modifieringar, vilket det även ankommer på den nationella domstolen att pröva.
- 45 Det ska tilläggas att för det fall att den nationella domstolen, med hänsyn till ovan angivna överväganden, konstaterar att den aktuella varan omfattas av det materiella tillämpningsområdet för artikel 296.1 b EG, till vilken det hänvisas i artikel 10 i direktiv 2004/18, ska den kontrollera huruvida den medlemsstat som stöder sig på denna bestämmelse i fördraget har styrkt att undantaget enligt denna bestämmelse måste tillämpas för att skydda statens väsentliga säkerhetsintressen (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Finland, punkt 49), och att behovet att skydda dessa väsentliga intressen inte skulle ha kunnat uppfyllas om en inbjudan till anbudsgivning hade gjorts på det sätt som föreskrivs i direktiv 2004/18 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 53).
- 46 Mot bakgrund av ovan angivna överväganden ska tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Artikel 10 i direktiv 2004/18, jämförd med artikel 296.1 b EG, ska tolkas så, att en medlemsstat, från de i direktivet föreskrivna förfarandena, endast får undanta en upphandling som en myndighet genomför på försvarsområdet för att förvärva materiel som visserligen är avsedd för specifikt militära ändamål men som samtidigt kan användas för liknande civila ändamål, om denna materiel, med hänsyn till sina särskilda egenskaper, kan anses ha särskilt utformats och utvecklats för sådana syften, även när detta är följden av omfattande modifieringar, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva.

Rättegångskostnader

- 47 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, jämförd med artikel 296.1 b EG, ska tolkas så, att en medlemsstat, från de i direktivet föreskrivna förfarandena, endast får undanta en upphandling som en myndighet genomför på försvarsområdet för att förvärva materiel som visserligen är avsedd för specifikt militära ändamål men samtidigt kan användas för liknande civila ändamål, om denna materiel, med hänsyn till sina särskilda egenskaper, kan anses ha särskilt utformats och utvecklats för sådana syften, även när detta är följden av omfattande modifieringar, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva.

Underskrifter