Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 19 gennaio 2012 [1]

Causa C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Korkein hallinto-oikeus (Finlandia)]

«Appalti pubblici di forniture — Articolo 10 della direttiva 2004/18/CE — Articolo 296 CE — Tutela degli interessi essenziali di sicurezza di uno Stato membro — Commercio di materiale bellico — Beni acquistati dalle amministrazioni aggiudicatrici per fini specificamente militari, ma per i quali esistono possibilità di utilizzo civile largamente simili — Impianto a piattaforma girevole per misurazioni elettromagnetiche»

I – Introduzione

1. Le condizioni che permettono agli Stati membri di derogare alle disposizioni di diritto dell'Unione nel settore della loro difesa e delle loro forze armate sono sempre fonte di controversie [2].

2. Nella fattispecie, la Corte è chiamata a chiarire quali siano le condizioni in base alle quali le forze armate di uno Stato membro possono assegnare appalti pubblici di forniture per l'acquisizione di beni destinati a fini militari in deroga alla normativa dell'Unione sugli appalti.

3. Nel 2008 le forze armate finlandesi hanno aggiudicato un appalto per la fornitura di un impianto a piattaforma girevole [3] per misurazioni elettromagnetiche che, nel contesto della «guerra elettronica», doveva essere utilizzato per la simulazione di interventi militari e le relative esercitazioni. In questa circostanza, le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18/CE [4] non venivano interamente rispettate.

4. Un tribunale finlandese chiede ora come vada interpretata l'eccezione prevista per gli appalti pubblici nel settore della difesa vigente in forza del combinato disposto dell'articolo 10 della direttiva 2004/18 e dell'articolo 296 CE (oggi articolo 346 TFUE). Nel rispondere a questa domanda di pronuncia pregiudiziale, prendendo le mosse dalla propria sentenza relativa alla causa Agusta [5], la Corte dovrà chiarire, in particolare, se è possibile qualificare come «destinati a fini specificamente militari» alcuni prodotti per i quali esistono anche possibilità di utilizzo civile largamente simili.

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — V., ad esempio, la giurisprudenza in materia di accesso delle donne agli impieghi nelle forze armate degli Stati membri (sentenze del 26 ottobre 1999, Sirdar, C-273/97, Racc. pag. I-7403, e dell'11 gennaio 2000, Kreil, C-285/98, Racc. pag. I-69); sul servizio militare obbligatorio per gli uomini (sentenza dell'11 marzo 2003, Dory, C-186/01, Racc. pag. I-2479); sull'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto alle armi (sentenza del 16 settembre 1999, Commissione/Spagna, C-414/97, Racc. pag. I-5585), e sul trattamento doganale delle attrezzature militari (sentenze del 15 dicembre 2009, Commissione/Finlandia, C-284/05, Racc. pag. I-11705; Commissione/Svezia, C-294/05, Racc. pag. I-11777; Commissione/Germania, C-372/05, Racc. pag. I-11801; Commissione/Italia, C-387/05, Racc. pag. I-11831; Commissione/Grecia, C-409/05, Racc. pag. I-11859; Commissione/Danimarca, C-461/05, Racc. pag. I-11887, e Commissione/Italia, C-239/06, Racc. pag. I-11913, nonché sentenza del 4 marzo 2010, Commissione/Portogallo, C-38/06, Racc. pag. I-1569).

3 — In inglese: «tiltable turntable».

4 — Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

5 — Sentenza dell'8 aprile 2008, Commissione/Italia (C-337/05, «Agusta», Racc. pag. I-2173, punto 47).

5. A differenza degli elicotteri della causa Agusta, l'impianto a piattaforma girevole in questione è stato acquistato dalle amministrazioni aggiudicatrici per scopi esclusivamente militari; pertanto non si tratta di un «bene a doppio uso» in senso stretto. Tuttavia, sulla base delle considerazioni svolte nell'ordinanza di rinvio, appare possibile che un simile impianto a piattaforma girevole possa trovare impiego anche presso strutture e imprese private.

II – Contesto normativo

A – *Il diritto dell'Unione*

6. Il contesto di diritto dell'Unione del caso di specie è determinato dal combinato disposto dell'articolo 10 della direttiva 2004/18 e dell'articolo 296 CE.

7. Nel capitolo rubricato «Appalti nel settore della difesa», l'articolo 10 della direttiva 2004/18, nella sua versione originale [6], precisava l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici come segue:

«La presente direttiva si applica agli appalti pubblici aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici nel settore della difesa, fatto salvo l'articolo 296 del Trattato».

8. Prima di essere sostituito dall'articolo 346 TFUE con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [7], l'articolo 296 CE (già articolo 223 CEE) aveva il seguente tenore letterale:

«1. Le disposizioni del presente trattato non ostano alle norme seguenti:

(…)

b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari.

2. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all'elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b)».

9. La decisione del Consiglio del 15 aprile 1958, 255/58, con cui è stato stabilito l'elenco di cui all'articolo 296, paragrafo 2, CE (in prosieguo: l'«elenco del 1958»), così dispone per estratto [8]:

«Le disposizioni dell'articolo 223, paragrafo 1 b) del Trattato si applicano alle armi, alle munizioni e al materiale bellico enumerati in appresso, comprese le armi concepite per l'uso dell'energia nucleare:

(…)

6 — Il tenore letterale dell'articolo 10 della direttiva 2004/18 è stato modificato dalla direttiva 2009/81/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GU L 216, pag. 76). Tuttavia, la nuova versione è entrata in vigore solo il 21 agosto 2009 e doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 21 agosto 2011 (v. articolo 72, paragrafo 1, e articolo 74 della direttiva 2009/81), cosicché non può trovare ancora applicazione al caso di specie.

7 — Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

8 — Pur non essendo stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, questa decisione viene riportata per estratto nel documento n. 14538/4/08 del Consiglio dell'Unione europea, del 26 novembre 2008, disponibile al pubblico sulla pagina Internet del Consiglio all'indirizzo <http://register.consilium.europa.eu/> (visitata da ultimo il 12 dicembre 2011). Il contenuto di detto elenco è ripreso altresì in una risposta della Commissione ad un'interrogazione parlamentare (risposta del 27 settembre 2001 all'interrogazione scritta E-1324/01 dell'onorevole Bart Staes, GU C 364 E, pag. 85).

5. Materiale per la direzione del tiro per scopi militari:

a) calcolatori di tiro e apparecchi di puntamento con raggi infrarossi ed altro materiale di puntamento notturno;

b) telemetri, indicatori di [posizione], altimetri;

c) dispositivi per l'osservazione, elettronici, giroscopici, ottici e acustici;

d) apparato di mira per bombardamento e alzi di cannoni, periscopi per gli articoli di cui al presente elenco.

(…)

11. Materiale elettronico per impiego militare.

(…)

14. Parti e pezzi speciali del materiale contemplato nel presente elenco, per quanto presentino un carattere militare.

15. Macchine, equipaggiamento e utensili esclusivamente concepiti per lo studio, la fabbricazione, la prova e il controllo delle armi, munizioni e ordigni per impiego unicamente militare, contemplati nel presente elenco».

10. Per completezza va richiamato il decimo considerando della direttiva 2009/81:

«Ai fini della presente direttiva, per materiale militare si dovrebbero intendere in particolare i tipi di prodotti compresi nell'elenco di armi, munizioni e materiale bellico adottato dal Consiglio con la decisione 255/58 del 15 aprile 1958 (…) e gli Stati membri possono limitarsi ad usare solo tale elenco per il recepimento della presente direttiva. Tale elenco comprende solo materiale progettato, sviluppato e prodotto a fini specificamente militari. L'elenco è tuttavia generico e va interpretato in senso lato, alla luce dell'evolvere della tecnologia, delle politiche in materia di appalti pubblici e delle esigenze militari che portano allo sviluppo di nuovi tipi di materiale, ad esempio sulla base dell'elenco comune delle attrezzature militari dell'Unione europea. Ai fini della presente direttiva, i "materiali militari" dovrebbero comprendere anche prodotti che, sebbene originariamente concepiti per uso civile, sono successivamente adattati a fini militari ed impiegati come armi, munizioni o materiale bellico».

B – *Il diritto nazionale*

11. In Finlandia la direttiva 2004/18 è stata recepita con la legge n. 348/2007 sull'aggiudicazione degli appalti pubblici[9] (in prosieguo: la «legge sull'aggiudicazione»), il cui ambito di applicazione viene circoscritto all'articolo 7, paragrafo 1, come segue:

«Questa legge non si applica agli appalti,

1) che devono essere mantenuti segreti o la cui esecuzione richiede il rispetto di specifiche misure di sicurezza stabilite per legge o quando gli essenziali interessi di sicurezza dello Stato richiedono ciò;

2) il cui oggetto sia destinato a fini prevalentemente militari».

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

12. Inoltre, in linea con un provvedimento amministrativo del ministero della difesa finlandese, del 28 maggio 2008, in caso di aggiudicazione di appalti relativi all'acquisizione di prodotti per la difesa trova applicazione, tra l'altro, il decreto del Ministero della Difesa n. 76 del 17 marzo 1995, fino a diversa previsione.

13. L'articolo 1 del citato decreto n. 76 definisce cosa s'intende per prodotto o servizio destinato per scopi prevalentemente militari, escluso in quanto tale dall'ambito di applicazione della legge sull'aggiudicazione. Tra di essi rientrano in particolare le «attrezzature speciali per l'attività militare e la formazione o per le esercitazioni volte a simulare interventi militari, nonché i componenti, le apparecchiature ausiliarie e le attrezzature specificatamente sviluppati a tal fine», come si evince dal combinato disposto dell'articolo 1 e della lettera m) dell'allegato di detto decreto.

III – Fatti e causa principale

14. Nel corso del 2008 l'Istituto di collaudo tecnico delle forze armate finlandesi [10] avviava una procedura di aggiudicazione per l'acquisizione di un impianto a piattaforma girevole per misurazioni elettromagnetiche del valore di EUR 1 650 000. A tal fine, il 5 febbraio 2008 l'istituto invitava quattro imprese, tra cui anche lo studio di ingegneria Insinööritoimisto InsTiimi Oy (in prosieguo: l' «InsTiimi»), a presentare un'offerta.

15. L'aggiudicazione dell'appalto avveniva nel quadro di una «procedura negoziata» che, secondo quanto indicato nell'ordinanza di rinvio, è diversa da quella prevista nella direttiva 2004/18. L'InsTiimi ritiene che la procedura di aggiudicazione avrebbe dovuto svolgersi conformemente alle disposizioni contenute nella direttiva 2004/18 ed ha perciò intentato la causa principale dinanzi ai giudici finlandesi. Al procedimento partecipano anche le forze armate finlandesi, rappresentate dallo Stato maggiore [11].

16. L'azione proposta dall'InsTiimi davanti al Markkinaoikeus [12], il giudice di primo grado, non sortiva alcun esito positivo. Il Markkinaoikeus riteneva fosse stato dimostrato il fatto che l'impianto a piattaforma girevole era destinato prevalentemente a fini militari e che l'amministrazione aggiudicatrice intendeva utilizzarlo solo in tal senso. Il Markkinaoikeus giungeva pertanto alla conclusione che l'appalto controverso rientrava nell'ambito di applicazione della deroga stabilita all'articolo 7, paragrafo 1, secondo comma, della legge sull'aggiudicazione.

17. A seguito dell'impugnazione proposta dall'InsTiimi, la vertenza pende ora in seconda istanza davanti al Korkein hallinto-oikeus [13], il giudice del rinvio.

18. L'InsTiimi ha ivi sostenuto che la piattaforma girevole rappresenta un'innovazione tecnica sviluppata nel settore civile e che non è stata pensata come attrezzatura militare. Essa troverebbe impiego generalizzato nel settore della ricerca come attrezzatura ausiliaria e come sostegno e, in quanto tale, non permetterebbe di per sé di acquisire conoscenze ulteriori sull'oggetto di studio. Dal punto di vista tecnico, l'esecuzione dell'appalto in questione consisterebbe nell'assemblaggio di materiali, componenti e installazioni liberamente reperibili, e la relativa attività di progettazione sarebbe limitata alla scelta e al montaggio coerenti delle parti costruttive al fine di adempiere le condizioni previste nell'appalto quale posto in gara.

19. Di contro, davanti al Korkein hallinto-oikeus, le forze armate sostenevano che la realizzazione della piattaforma girevole è stata appaltata per fini specificamente militari e che detta piattaforma è destinata all'impiego proprio nell'ambito della simulazione di interventi militari. La piattaforma girevole verrebbe utilizzata per simulare le contromisure militari da attuare in caso di ricognizioni aeree da determinate

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Tribunale della concorrenza.

13 — Corte suprema amministrativa.

angolazioni e per definire gli obiettivi, nonché per effettuare esercitazioni in tali attività. Il sensore che simula la minaccia può essere posizionato nell'angolazione ad essa corrispondente solo inclinando l'obiettivo, ad esempio un carro armato che viene posizionato sulla piattaforma girevole, nella giusta angolazione mediante l'impiego di una piattaforma girevole.

20. Secondo le argomentazioni delle forze armate, la piattaforma girevole sarebbe stata concepita quale componente essenziale di una base all'aperto per misurazioni, simulazioni ed esercitazioni di manovre di guerra elettronica, ideata per lo studio di armi a scopi militari. Detta piattaforma costituirebbe un prodotto creato ai sensi della lettera m) dell'allegato al decreto n. 76 del ministero della difesa.

IV – Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

21. Con ordinanza del 13 dicembre 2010 il Korkein hallinto-oikeus ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la direttiva [2004/18], tenendo conto dell'articolo 10 della medesima, dell'articolo [296], paragrafo 1, lettera b), [CE] e dell'elenco (…) del Consiglio del 15 aprile 1958, sia applicabile ad un appalto, per il resto rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva, quando secondo l'ente aggiudicatore l'oggetto dell'appalto è destinato a fini specificamente militari, ma per lo stesso oggetto esistono applicazioni tecniche sul mercato civile largamente simili».

22. Nel corso del procedimento davanti alla Corte, oltre alle parti della causa principale – la InsTiimi e le forze armate –, hanno presentato osservazioni scritte i governi finlandese, ceco e portoghese, nonché la Commissione europea. Le stesse parti sono comparse anche all'udienza del 12 dicembre 2011, ad eccezione dei governi ceco e portoghese.

V – Analisi

23. L'elemento centrale per poter rispondere alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale è costituito dall'interpretazione dell'articolo 296 CE (ora articolo 346 TFUE), cui rimanda l'articolo 10 della direttiva 2004/18.

24. La prima frase dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE autorizza ogni Stato membro ad adottare unilateralmente [14] le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico. L'articolo 10 della direttiva 2004/18 rimanda a tale disposizione per stabilire il proprio ambito di applicazione.

25. Come correttamente osservato dalla Commissione e come riconosciuto anche dal governo finlandese, la prima frase dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE subordina l'adozione di misure nazionali unilaterali al rispetto di due condizioni cumulative:

— in primo luogo è necessario che si tratti di produzione o commercio di armi, munizioni e materiale bellico;

— in secondo luogo, le misure adottate devono essere considerate necessarie alla tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello specifico Stato membro.

14 — Il carattere unilaterale di dette misure è stato riconosciuto ben presto dalla Corte con la sentenza del 15 luglio 1964, Costa/ENEL (6/64, Racc. pag. 1129, 1140).

26. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice del rinvio si riferisce specificamente alla prima di queste due condizioni, concentrandosi solo sulla nozione di «prodotti destinati a fini specificamente militari». Tuttavia non è possibile tralasciare del tutto la seconda condizione, né nel valutare la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale (v. a tale riguardo la sezione A che segue), né nell'esaminare nel merito la questione pregiudiziale (v., a tale riguardo, la sezione B più avanti). Pertanto, laddove necessario, nel prosieguo esaminerò anche la seconda condizione, così come hanno fatto molte delle parti, non da ultimo in occasione dell'udienza.

A – *Ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale*

27. Il fatto che nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice del rinvio si concentri solo sul primo criterio indicato all'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE, vale a dire la nozione di «prodotti destinati a fini specificatamente militari», non è di per sé idoneo a porre in discussione la ricevibilità della sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

28. In effetti la questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte dovrebbe essere considerata come ipotetica se si fosse accertato che, nel caso di specie, il secondo criterio cumulativo indicato all'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE non sarebbe comunque soddisfatto, vale a dire se la deroga alle norme in materia di aggiudicazione previste nella direttiva 2004/18 non fosse giustificata ai fini della tutela degli interessi essenziali della sicurezza della Finlandia. Tuttavia, nel corso del procedimento davanti alla Corte non sono emersi indizi sufficienti in tal senso.

29. L'ordinanza di rinvio non chiarisce in modo definitivo se, nel caso di specie, l'amministrazione aggiudicatrice si sia richiamata o meno al secondo criterio, ossia quello della tutela degli interessi essenziali della sicurezza della Finlandia. Il giudice del rinvio si limita ad osservare che le forze armate non hanno però specificato, nel modo suggerito dalla Commissione europea [15], come l'acquisizione dell'impianto a piattaforma girevole incida sugli interessi essenziali della sicurezza e perché nel caso di specie si sia reso necessario non applicare la direttiva 2004/18. Il governo finlandese e lo Stato maggiore generale delle forze armate sostengono tuttavia di aver illustrato detti interessi della sicurezza nell'ambito del procedimento nazionale.

30. Il giudice del rinvio sottolinea, inoltre, che l'azione della InsTiimi dovrebbe essere rigettata in quanto inammissibile qualora l'appalto pubblico non rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 e della legge n. 348/2007. Per valutare questo aspetto, però, è indispensabile chiarire anche il primo criterio, vale a dire il concetto di «prodotti destinati a fini specificamente militari».

31. Date le circostanze non si può presumere che la questione sottoposta sia *manifestamente* irrilevante [16]. Conformemente a una giurisprudenza costante è necessario piuttosto muovere da una presunzione di rilevanza della questione [17].

32. Nulla impedisce quindi di rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale.

B – *Esame nel merito della questione pregiudiziale*

33. Con la questione pregiudiziale il giudice del rinvio desidera essenzialmente sapere se, nell'aggiudicare un appalto pubblico nel settore della difesa, sia possibile non applicare le disposizioni della direttiva 2004/18 qualora l'oggetto dell'appalto sia espressamente destinato a fini militari, ma per esso esistano possibilità di utilizzo civile largamente simili.

15 — Il giudice del rinvio si riferisce qui alla comunicazione interpretativa della Commissione del 7 dicembre 2006 sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato CE agli appalti pubblici della difesa [COM(2006) 779 def.]; in prosieguo: la «comunicazione della Commissione».

16 — Sulla irricevibilità a motivo della *manifesta* irrilevanza, v., ex plurimis, sentenze del 3 giugno 2008, Intertanko e a. (C-308/06, Racc. pag. I-4057, punti 31 e 32); del 12 ottobre 2010, Rosenbladt (C-45/09, Racc. pag. I-9391, punti 32 e 33), e del 25 ottobre 2011, eDate Advertising (C-509/09 e C-161/10, Racc. pag. I-10269, punti 32 e 33).

17 — Sentenze del 7 settembre 1999, Beck e Bergdorf (C-355/97, Racc. pag. I-4977, punto 22); Rosenbladt (cit. supra alla nota 16, punto 33), e del 5 aprile 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, Racc. pag. I-2551, punto 21).

34. Questa questione scaturisce dalla premessa per cui, secondo le indicazioni della InsTiimi, ad oggi non contraddette, impianti a piattaforma girevole come quello in oggetto vengono utilizzati prevalentemente in ambito civile e non nel settore militare.

35. Le parti manifestano opinioni profondamente diverse. Mentre la InsTiimi e la Commissione ritengono che nel caso di specie sarebbe stato necessario rispettare le prescrizioni della direttiva 2004/18, le forze armate e tutti i governi intervenuti nel procedimento muovono invece dal presupposto che una deroga alla direttiva era giustificata alla luce dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE.

36. Le disposizioni di diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici vigono, in linea di principio, anche nel settore della difesa. Questo aspetto emergeva già all'epoca dell'aggiudicazione dell'appalto controverso dall'articolo 10 della direttiva 2004/18 e, per il periodo successivo al 21 agosto 2011, trova conferma anche nella direttiva 2009/81[18]. L'applicazione delle disposizioni di diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici mira a rafforzare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione e contribuisce alla creazione del mercato interno[19].

37. Nel contempo, il diritto dell'Unione riconosce l'interesse legittimo degli Stati membri a tutelare gli interessi essenziali della propria sicurezza, come indicato in particolare nell'articolo 296 CE. Nell'articolo 10 della direttiva 2004/18, che rimanda espressamente a detta disposizione del Trattato, si manifesta la tensione che potrebbe crearsi, in caso di aggiudicazione di un appalto pubblico, tra il principio del mercato interno e gli interessi di sicurezza nazionale.

38. Dal combinato disposto dell'articolo 10 della direttiva 2004/18 e dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE si evince che uno Stato membro può derogare alle disposizioni di diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici se l'appalto si riferisce alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (primo criterio) e, d'altro canto, se la deroga alle disposizioni di diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti pubblici risulta necessaria per la tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello specifico Stato membro (secondo criterio).

39. Tenuto conto del significato fondamentale riconosciuto alle libertà fondamentali e al principio del mercato interno nel sistema dei Trattati[20], questi criteri, in linea con la giurisprudenza sull'articolo 296 CE, devono essere interpretati in senso restrittivo[21].

1. Primo criterio: beni militari

40. La prima frase dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE trova applicazione con riguardo alle armi, munizioni e materiale bellico – in breve: *beni militari*. Con l'elenco del 1958 il Consiglio ha stabilito a quali categorie di prodotti faccia riferimento nel dettaglio tale locuzione.

18 — V. in particolare l'articolo 10 della direttiva 2004/18 come modificato dalla direttiva 2009/81, l'articolo 2 della direttiva 2009/81 e la prima frase del decimo considerando della direttiva 2009/81.

19 — Secondo considerando della direttiva 2004/18/CE; nello stesso senso si è espressa la Corte con una giurisprudenza costante su diverse direttive volte a coordinare la normativa in materia di appalti pubblici; v., ad esempio, sentenze del 3 ottobre 2000, University of Cambridge (C-380/98, Racc. pag. I-8035, punto 16); del 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda (C-507/03, Racc. pag. I-9777, punto 27), e del 13 dicembre 2007, Bayerischer Rundfunk e a. (C-337/06, Racc. pag. I-11173, punto 38).

20 — V. a tale riguardo, finora, l'articolo 2 UE e l'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), CE (d'ora in avanti articolo 3, paragrafo 3, prima frase, TUE).

21 — Sentenze Commissione/Spagna (C-414/97, punto 21); Commissione/Finlandia (C-284/05, punto 46); Commissione/Svezia (C-294/05, punto 44); Commissione/Germania (C-372/05, punto 69); Commissione/Italia (C-387/05, punto 46); Commissione/Grecia (C-409/05, punto 51); Commissione/Danimarca (C-461/05, punto 52); Commissione/Italia (C-239/06, punto 47), e Commissione/Portogallo (C-38/06, punto 63, cit. supra alla nota 2).

41. Condivido l'opinione del Tribunale dell'Unione europea (all'epoca: Tribunale di primo grado) [22], a detta del quale l'ambito di applicazione ratione materiae dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE viene definito in modo esaustivo dall'elenco del 1958, cui l'articolo 296, paragrafo 2, CE [23] espressamente rimanda. Il Tribunale ha correttamente osservato che la deroga di cui all'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE non si applica alle attività concernenti prodotti diversi da quelli militari individuati nell'elenco del Consiglio del 1958 [24].

42. Pertanto, una deroga alla procedura di aggiudicazione prescritta nella direttiva 2004/18 fondata sull'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE presuppone innanzitutto che il prodotto, come l'impianto a piattaforma girevole controverso, possa essere ricondotto a una delle categorie di oggetti indicati nell'elenco del 1958. Il giudice del rinvio, cui compete in via esclusiva il compito di accertare e giudicare i fatti, dovrà analizzare e valutare in dettaglio detto aspetto.

43. Poiché, in base alle informazioni delle forze armate finlandesi, il succitato impianto a piattaforma girevole permette di effettuare misurazioni elettromagnetiche e va impiegato nel corso di simulazioni di interventi militari volti ad esercitarsi nella definizione degli obiettivi, potrebbe trattarsi di un componente di un'attrezzatura per la prova e il controllo delle armi (combinato disposto dei punti 15, 11 e 14 dell'elenco del 1958). In linea teorica, l'impianto a piattaforma girevole potrebbe inoltre essere considerato come un indicatore di posizione o un dispositivo per l'osservazione [combinato disposto del punto 5, lettere b) e c) e del punto 14 dell'elenco del 1958] [25].

44. Tuttavia, il mero fatto che l'impianto a piattaforma girevole possa essere eventualmente ricondotto all'una o all'altra categoria di oggetti di cui all'elenco del 1958 non giustifica di per sé la deroga alle disposizioni di diritto dell'Unione sull'aggiudicazione di appalti pubblici. La menzione di un determinato oggetto nell'elenco del 1958 è, infatti, una condizione necessaria ma non sufficiente per fare ricorso all'articolo 10 della direttiva 2004/18 in combinato disposto con la prima frase dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE.

45. Il ricorso alla prima frase dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE presuppone inoltre che l'oggetto di cui trattasi sia *destinato a fini specificamente militari* [26]. Lo si desume a contrario dalla seconda frase di questa disposizione, la quale si riferisce a «prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari». Anche l'elenco del 1958 contiene numerose espressioni dalle quali si evince che un prodotto ai sensi dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE deve non soltanto essere genericamente riconducibile a una determinata categoria di oggetti, ma deve altresì essere destinato a fini specificatamente militari [27]. Di recente questo è stato confermato anche dal legislatore dell'Unione [28].

46. La destinazione a fini specificatamente militari di un prodotto non si può desumere unicamente dal fatto che ad acquistarlo siano le forze armate di uno Stato membro o un altro ente pubblico che acquista la merce per conto delle forze armate. Diversamente, una qualsiasi matita potrebbe essere considerata un bene militare se viene acquistata per l'esercito. Ciò contrasterebbe con il principio dell'interpretazione restrittiva dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE e violerebbe ingiustificatamente il principio del mercato interno.

22 — V. sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, Fiocchi munizioni/Commissione (T-26/01, Racc. pag. II-3951).

23 — Questo non esclude ovviamente che l'elenco debba essere opportunamente interpretato ed applicato per tener conto degli sviluppi recenti. Come si evince dal decimo considerando della direttiva 2009/81, si tratta infatti di un «elenco (…) generico [che] va interpretato in senso lato, alla luce dell'evolvere della tecnologia, delle politiche in materia di appalti pubblici e delle esigenze militari che portano allo sviluppo di nuovi tipi di materiale (…)» (in senso analogo si esprime anche la comunicazione della Commissione, sezione 3). L'elenco non trova quindi applicazione soltanto ai beni militari noti nel 1958, bensì anche a quelli impiegati oggi dalle forze armate degli Stati membri, se possono essere contemplati nelle categorie descritte nell'elenco.

24 — Sentenza Fiocchi munizioni/Commissione (cit. supra alla nota 22, punto 61).

25 — La classificazione all'interno del punto 5 dell'elenco del 1958 presuppone che si tratti di «materiale per la direzione del tiro per scopi militari». Un collegamento con la «direzione del tiro» potrebbe consistere nel fatto che l'impianto a piattaforma girevole in questione deve essere impiegato nell'ambito della «guerra elettronica» per simulare ed esercitarsi nella «definizione degli obiettivi» e, in definitiva, dovrebbe servire per preparare «contromisure militari da attuare in caso di ricognizioni aeree». In occasione dell'udienza davanti alla Corte le parti non hanno tuttavia riconosciuto l'esistenza di nessun collegamento di tal sorta con la direzione del tiro.

26 — Sentenze Agusta (cit. supra alla nota 5, punto 47), e del 2 ottobre 2008, Commissione/Italia (C-157/06, Racc. pag. I-7313, punto 26).

27 — V., ad esempio, i punti 5 e 11 («per scopi militari»), nonché 14 dell'elenco del 1958 («per quanto presentino un carattere militare»).

28 — «[L'elenco del 1958] comprende solo materiale progettato, sviluppato e prodotto a fini specificamente militari» (seconda frase del decimo considerando della direttiva 2009/81).

47. Non è neppure sufficiente, del pari, che si tratti di un bene meramente *adatto* a un impiego per scopi militari e che, quindi, può *eventualmente* essere impiegato nel settore militare. La Corte si è pronunciata in questo senso nel caso Agusta, stabilendo che gli elicotteri acquistati dallo Stato italiano secondo una prassi pluriennale senza previo espletamento di una gara non rientravano nell'ambito di applicazione dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE, poiché possedevano una vocazione civile certa e una finalità militare eventuale [29].

48. L'applicazione dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE presuppone che si tratti di un bene che, al di là della mera idoneità a essere eventualmente impiegato in ambito militare, sia destinato a *fini specificamente militari*, ossia da un punto di vista soggettivo nonché oggettivo. Pertanto, l'oggetto in questione deve essere destinato a fini specificamente militari non solo in base al suo specifico impiego, come definito dall'amministrazione aggiudicatrice [30] (dunque sotto un profilo *soggettivo*), ma anche alla luce della sua genesi e delle sue caratteristiche [31] (quindi da un punto di vista *oggettivo*).

49. Per alcuni beni detta destinazione a fini specificatamente militari può risultare evidente. Si pensi alle armi anticarro, alle bombe e alle navi da guerra indicate nell'elenco del 1958 [32]. Si tratta di beni concepiti come attrezzature esclusivamente militari (destinazione oggettiva) e acquistati dalle amministrazioni aggiudicatrici esclusivamente per fini militari (destinazione soggettiva).

50. Nel caso di altri beni, quali i veicoli, le aeronavi, gli esplosivi, le munizioni e i telemetri, anch'essi presenti nell'elenco del 1958, la destinazione specificamente militare deve essere dimostrata in termini concreti [33], essendo possibile anche un impiego a scopo civile.

51. Ciò è esattamente quanto accade nel caso in esame.

52. È certo che il controverso impianto a piattaforma girevole aveva una destinazione a fini specificamente militari *dal punto di vista soggettivo*: secondo le intenzioni dell'amministrazione aggiudicatrice, esso doveva essere impiegato per la simulazione di interventi militari e per esercitazioni nella definizione degli obiettivi da parte delle forze armate finlandesi. Sotto questo profilo, il caso in esame si distingue da quello oggetto dalla causa Agusta, in cui non era stato possibile accertare una destinazione specificamente militare dei beni acquisiti [34].

53. *Dal punto di vista oggettivo*, però, sussistono seri dubbi sulla qualificazione di detto impianto a piattaforma girevole come bene con una destinazione a fini specificamente militari. In udienza le parti hanno assunto posizioni diverse quanto alla possibilità di trovare sul mercato civile un acquirente per un impianto a piattaforma girevole come quello in oggetto, in caso di una futura rivendita da parte delle forze armate. Tuttavia, in base alle informazioni del giudice del rinvio, le uniche rilevanti nell'ambito del procedimento pregiudiziale [35], per siffatti impianti a piattaforma girevole esistono, sul mercato civile, applicazioni tecniche largamente simili. Anche la InsTiimi sostiene – senza essere contraddetta sul punto – che le piattaforme girevoli possono essere impiegate anche nel settore civile, tant'è che originariamente sarebbero state concepite per usi civili e solo successivamente sarebbero state impiegate per scopi militari.

29 — Sentenza Agusta (cit. supra alla nota 5, in particolare punti 48 e 49); v. anche sentenza Commissione/Italia (C-157/06, cit. supra alla nota 26, punto 27).

30 — V., ancora una volta, sentenza Agusta (cit. supra alla nota 5, in particolare, punti 48 e 49), in cui si fa riferimento all'uso indicato dall'amministrazione aggiudicatrice.

31 — In questo senso depone anche il decimo considerando della direttiva 2009/81, in base al quale l'elenco del 1958 «comprende solo materiale *progettato, sviluppato e prodotto* a fini specificamente militari» (il corsivo è mio); v. anche la comunicazione della Commissione (cit. supra alla nota 15, sezione 3), dove si fa riferimento ad attrezzature «aventi *natura e fini puramente militari*» (il corsivo è presente nel testo originale).

32 — Punti 2, lettera a), 4 e 9, lettera a), della lista del 1958.

33 — Punti 3, 5, lettera a), 6, 8, lettera b), e 10 della lista del 1958.

34 — Sentenza Agusta (cit. supra alla nota 5, in particolare, punti 48 e 49).

35 — Sentenze del 25 ottobre 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Racc. pag. I-8089, punto 10); del 29 aprile 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, Racc. pag. I-5257, punto 42), e del 25 gennaio 2011, Neukirchinger (C-382/08, Racc. pag. I-139, punto 41).

54. Secondo le intenzioni del legislatore dell'Unione [36], simili prodotti originariamente concepiti per uso civile e successivamente adattati a fini militari non devono essere esclusi, in linea di principio, dall'ambito di applicazione della procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista dal diritto dell'Unione [37].

55. Certamente non è possibile escludere che, in previsione di un impiego a fini militari, la piattaforma rotante acquistata nel caso di specie sia stata modificata in maniera tanto radicale da farne un prodotto del tutto diverso rispetto a quello utilizzabile in ambito civile. Un simile adattamento può essere stato attuato, ad esempio, in occasione dell'inserimento della piattaforma rotante all'interno di una «base di misurazione all'aperto» specificamente concepita per effettuare misurazioni, simulazioni ed esercitazioni di «guerra elettronica».

56. Nel caso in cui si fosse verificata una modifica così radicale – la cui valutazione spetta al giudice del rinvio –, la tavola rotante in questione avrebbe acquisito una destinazione a fini specificatamente militari non solo dal punto di vista soggettivo, ma anche oggettivo. In tal caso (e solo allora), l'amministrazione aggiudicatrice l'avrebbe correttamente qualificata come bene militare ai sensi della prima frase dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE.

57. Se, invece, nell'ambito della controversia di cui alla causa principale, dovesse essere confermata la tesi sino ad oggi accolta dal giudice del rinvio, vale a dire che il controverso impianto a piattaforma girevole, così come concepito e in considerazione delle sue caratteristiche – anche quale componente di uno speciale dispositivo militare per misurazioni elettromagnetiche e per la simulazione di combattimenti – non si distingue essenzialmente dalle piattaforme girevoli abitualmente impiegate nel settore civile, mancherebbe una destinazione specificamente militare in senso oggettivo, a prescindere dal fatto che l'amministrazione aggiudicatrice abbia previsto uno specifico impiego ad uso militare e abbia acquistato l'impianto a piattaforma girevole a tal fine.

58. In quest'ultimo caso, in occasione dell'acquisto della piattaforma girevole in oggetto, avrebbero dovuto trovare applicazione le procedure di aggiudicazione stabilite dal diritto dell'Unione.

59. In sintesi, occorre pertanto dichiarare quanto segue:

Un oggetto che, secondo l'ente aggiudicatore, è specificamente destinato a fini militari, ma che, da un punto di vista oggettivo, non si distingue sostanzialmente da oggetti analoghi impiegati nel settore civile, non può essere sottratto, avvalendosi del combinato disposto dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE e dell'articolo 10 della direttiva 2004/18, all'applicazione delle procedure di aggiudicazione stabilite da detta direttiva.

2. Secondo criterio: la tutela degli interessi essenziali di sicurezza

60. Anche qualora la piattaforma girevole in questione fosse qualificata come bene militare [primo criterio per l'applicazione dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE], il giudice del rinvio dovrebbe comunque ancora verificare se, nel caso in esame, una deroga alle procedure di aggiudicazione stabilite dal diritto dell'Unione fosse necessaria per garantire gli interessi essenziali di sicurezza della Finlandia [secondo criterio per l'applicazione dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE].

36 — Ultima frase del decimo considerando della direttiva 2009/81. Benché tale affermazione promani da un atto normativo che non trova applicazione ratione temporis al caso di specie, non si ravvisa nulla che impedisca di tener conto delle valutazioni che ne sono fondamento nell'interpretare la direttiva 2004/18 nella versione rilevante per la causa principale. Detto considerando, infatti, contiene essenzialmente alcuni chiarimenti sul significato dell'elenco del 1958, così come andava interpretato già fino a quel momento.

37 — In modo del tutto simile la Corte ha escluso che uno Stato membro possa richiamarsi all'articolo 296 CE per esonerare dall'applicazione di dazi l'importazione di materiale da poter impiegare per usi tanto civili quanto militari, «a prescindere dal fatto che esso sia stato importato esclusivamente o meno a scopi militari» (v. al riguardo le sentenze Commissione/Svezia, C-294/05, punto 53, e Commissione/Italia, C-387/05, punto 55, cit. supra alla nota 2).

61. A tale riguardo la Corte ha già stabilito che il mero richiamo da parte di uno Stato membro ai propri interessi di sicurezza non giustifica di per sé una deroga al diritto dell'Unione [38].

62. Occorre certamente riconoscere allo Stato membro interessato un ampio potere discrezionale nel definire i propri interessi essenziali di sicurezza [39]; in questo senso depone anche l'utilizzo dell'espressione «che ritenga necessarie» all'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE. Grava tuttavia sugli enti nazionali l'onere di provare che sussistono le condizioni stabilite da detta norma [40].

63. Come correttamente osservato dalla Commissione, nel caso di specie l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe dovuto dimostrare che la deroga alle procedure di aggiudicazione previste nella direttiva 2004/18 era necessaria per garantire gli interessi essenziali di sicurezza della Finlandia [41] ed era proporzionata [42].

64. A tal riguardo, inoltre, occorre rilevare che un'eventuale esigenza di riservatezza in relazione a determinate informazioni di carattere militare non impedisce di per sé il ricorso alla procedura di gara per l'attribuzione di un appalto [43]. Infatti, anche nell'ambito della procedura di aggiudicazione, come prevista dal diritto dell'Unione, possono essere adottate le misure necessarie a tutela delle informazioni sensibili [44].

65. Comunque, nel caso in esame, dalle dichiarazioni non contestate della InsTiimi risulta che l'amministrazione aggiudicatrice abbia diffuso attraverso un quotidiano finlandese informazioni dettagliate in merito all'oggetto dell'appalto e al funzionamento dell'impianto a piattaforma girevole. Ciò considerato, nell'ambito della procedura in questione, appare piuttosto difficile riconoscere un legittimo interesse alla riservatezza da parte dello Stato finlandese.

66. Tuttavia, determinate deroghe alla procedura di aggiudicazione prevista dal diritto dell'Unione possono essere giustificate prendendo in considerazione la volontà di uno Stato membro di non divulgare informazioni rilevanti ai fini della sicurezza a favore di imprese straniere o controllate da stranieri, in particolare quando si tratta di imprese o persone provenienti da un paese terzo. Uno Stato membro è altresì legittimato ad adottare le misure necessarie per evitare di trovarsi in una situazione di dipendenza da paesi terzi o da imprese di paesi terzi per quanto attiene ai suoi rifornimenti di armi. Il governo ceco ha correttamente posto in evidenza entrambi gli aspetti.

67. Nel caso in esame però – da quanto risulta – mancano elementi necessari per ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice abbia nutrito timori per la sicurezza. In definitiva sarà il giudice del rinvio a dover esaminare questo aspetto sulla base di una valutazione complessiva di tutte le circostanze connesse al caso specifico.

38 — Sentenze Commissione/Finlandia (C-284/05, punto 47); Commissione/Svezia (C-294/05, punto 45); Commissione/Germania (C-372/05, punto 70); Commissione/Italia (C-387/05, punto 47); Commissione/Grecia (C-409/05, punto 52); Commissione/Danimarca (C-461/05, punto 53); Commissione/Italia (C-239/06, punto 48), e Commissione/Portogallo (C-38/06, punto 64, cit. supra alla nota 2).

39 — Sentenza Fiocchi munizioni/Commissione (cit. supra alla nota 22, punto 58); nello stesso senso la comunicazione della Commissione (cit. supra alla nota 15), in base alla quale l'articolo 296 CE conferisce agli Stati membri «un notevole grado di discrezionalità» nel decidere come tutelare gli interessi essenziali della loro sicurezza (sezione 4 della comunicazione), e che è «prerogativa degli Stati membri definire gli interessi essenziali della propria sicurezza» (sezione 5 della comunicazione).

40 — Sentenze Commissione/Spagna (C-414/97, punti 22 e 24); Commissione/Svezia (C-294/05, punto 47); Commissione/Finlandia (C-284/05, punto 49); Commissione/Germania (C-372/05, punto 72); Commissione/Italia (C-387/05, punto 49); Commissione/Grecia (C-409/05, punto 54); Commissione/Danimarca (C-461/05, punto 55); Commissione/Italia (C-239/06, punto 50), e Commissione/Portogallo (C-38/06, punto 66, cit. supra alla nota 2).

41 — V. anche la comunicazione della Commissione (cit. supra alla nota 15, sezione 3).

42 — Sentenze Agusta (cit. supra alla nota 5, in particolare, punto 53), e Commissione/Italia (C-157/06, cit. supra alla nota 26, punto 31); in senso analogo la comunicazione della Commissione (cit. supra alla nota 15, sezione 5), secondo la quale è necessario spiegare il motivo per cui, nel caso specifico, la non applicazione della direttiva sugli appalti pubblici risulta *necessaria* per la tutela dell'interesse essenziale di sicurezza.

43 — Sentenze Agusta (cit. supra alla nota 5, in particolare, punto 52), e Commissione/Italia (C-157/06, cit. supra alla nota 26 punto 30).

44 — Sulla riservatezza delle informazioni classificate delle amministrazioni aggiudicatrici, v., in particolare, gli articoli 7, 20 e 22 della direttiva 2009/81; sulla riservatezza delle informazioni fornite dagli offerenti, v., ad esempio, l'articolo 6 della direttiva 2004/18 e l'articolo 6 della direttiva 2009/81, nonché la sentenza del 14 febbraio 2008, Varec (C-450/06, Racc. pag. I-581).

VI – Conclusione

68. Alla luce delle considerazioni precedenti, propongo alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sottoposta dal Korkein hallinto-oikeus come segue:

Un oggetto che, secondo l'ente aggiudicatore, è specificamente destinato a fini militari, ma che, da un punto di vista oggettivo, non si distingue sostanzialmente da oggetti analoghi impiegati nel settore civile, non può essere sottratto, avvalendosi del combinato disposto dell'articolo 296, paragrafo 1, lettera b), CE e dell'articolo 10 della direttiva 2004/18/CE, all'applicazione delle procedure di aggiudicazione stabilite da detta direttiva.