Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 19 de enero de 2012 [1]

**Asunto C-615/10**

**Insinööritoimisto InsTiimi Oy**
(Petición de decisión prejudicial

planteada por el Korkein hallinto-oikeus, Finlandia)

«Contratos públicos de suministro — Artículo 10 de la Directiva 2004/18/CE — Artículo 296 CE — Protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro — Comercio de material de guerra — Productos adquiridos por la entidad adjudicadora especialmente para fines militares, pero para los que existe un uso civil muy similar — Mesa giratoria para mediciones electromagnéticas»

## I. Introducción

1. Las condiciones en las que los Estados miembros pueden apartarse de las disposiciones del Derecho de la Unión en relación con su defensa y sus fuerzas armadas, son con frecuencia objeto de litigio. [2]

2. En el presente asunto, se ha pedido al Tribunal de Justicia que clarifique cuáles son las condiciones en las que las fuerzas armadas de un Estado miembro pueden adjudicar contratos públicos de suministro para la adquisición de material destinado a un uso militar sin aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratación pública.

3. En el año 2008, las Fuerzas Armadas finlandesas adjudicaron un contrato relativo al suministro de una mesa giratoria para mediciones electromagnéticas [3] que se pretendía utilizar en el marco de la «guerra electrónica» para la simulación y el ejercicio de operaciones militares. A estos efectos, no se observaron íntegramente los procedimientos de licitación previstos en la Directiva 2004/18/CE. [4]

4. Un tribunal finlandés plantea la cuestión de cómo ha de entenderse la excepción prevista para los contratos públicos en el sector de la defensa resultante del artículo 10 de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 296 CE (actualmente artículo 346 TFUE). Para responder a la presente petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia tendrá que dilucidar, en particular, partiendo de su sentencia en el asunto Agusta, [5] si un producto puede considerarse «destinado a fines específicamente militares» cuando, al margen de su uso militar, existe también un uso civil muy similar.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Véase, por ejemplo, la jurisprudencia sobre el acceso de las mujeres al empleo en las fuerzas armadas de los Estados miembros (sentencias de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C-273/97, Rec. p. I-7403, y de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69), sobre el servicio militar obligatorio de los hombres (sentencia de 11 de marzo de 2003, Dory, C-186/01, Rec. p. I-2479), sobre la sujeción de las armas al impuesto sobre el valor añadido (sentencia de 16 de septiembre de 1999, Comisión/España, C-414/97, Rec. p. I-5585), y sobre el tratamiento aduanero de los equipos militares (sentencias de 15 de diciembre de 2009, Comisión/Finlandia, C-284/05, Rec. p. I-11705, Comisión/Suecia, C-294/05, Rec. p. I-11777, Comisión/Alemania, C-372/05, Rec. p. I-11801, Comisión/Italia, C-387/05, Rec. p. I-11831, Comisión/Grecia, C-409/05, Rec. p. I-11859, Comisión/Dinamarca, C-461/05, Rec. p. I-11887, y Comisión/Italia, C-239/06, Rec. p. I-11913; y sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión/Portugal, C-38/06, Rec. p. I-1569).

3 — En inglés: «tiltable turntable».

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).

5 — Sentencia de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia («Agusta», C-337/05, Rec. p. I-2173), apartado 47.

5. Es cierto que, a diferencia de los helicópteros del asunto Agusta, en el caso de autos la entidad adjudicadora adquirió la mesa giratoria para un fin exclusivamente militar, de modo que no es un «objeto de doble uso» en el sentido estricto del concepto. No obstante, según las declaraciones hechas en la resolución de remisión, cabe pensar que las entidades privadas y las empresas también pueden usar tal mesa giratoria.

## II. Marco jurídico

### A. *Normativa de la Unión*

6. El marco del Derecho de la Unión del presente asunto se determina por el artículo 10 de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 296 CE.

7. Bajo el título «Contratos en el sector de la defensa», el artículo 10 de la Directiva 2004/18 contenía, en su versión original,[6] la siguiente clarificación relativa al ámbito de aplicación de las disposiciones sobre contratos públicos:

«La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, a reserva del artículo 296 del Tratado.»

8. Hasta su sustitución por el artículo 346 TFUE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,[7] el artículo 296 CE (anteriormente artículo 223 CEE), tenía la siguiente redacción:

«1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:

[…]

b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

2. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.»

9. La Decisión 255/58 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por la que se establece la lista prevista en el artículo 296 CE, apartado 2 (en lo sucesivo, «lista de 1958»), establece en extracto:[8]

«Las disposiciones del artículo 223, apartado 1, letra b), del Tratado se aplicarán a las armas, municiones y material de guerra que se enumeran a continuación, incluidas las armas concebidas para utilizar energía nuclear:

[…]

6 — El tenor del artículo 10 de la Directiva 2004/18 ha sido modificado por la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (DO L 216, p. 76). Sin embargo, esta nueva redacción no entró en vigor hasta el 21 de agosto de 2009 y los Estados miembros estaban obligados a adaptar su normativa interna hasta el 21 de agosto de 2011 (véanse los artículos 72, apartado 1, y 74 de la Directiva 2009/81), de modo que aún no era aplicable al caso de autos.

7 — El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

8 — Esta Decisión no fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, pero se reproduce en extracto en el Documento nº 14538/4 /08 del Consejo de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2008, accesible públicamente a través del sitio internet del Consejo en la dirección <http://register.consilium.europa.eu/> (visitado por última vez el 12 de diciembre de 2011). Además, el contenido de la citada lista se reproduce en una respuesta de la Comisión a una pregunta parlamentaria (respuesta de 27 de septiembre de 2001 a la pregunta escrita E-1324/01 del diputado Bart Staes, DO C 364 E, p. 85).

5) Material de dirección del tiro para usos militares:

a) calculadores de tiro y aparatos de puntería de infrarrojo y otro material de puntería nocturna;

b) telémetros, indicadores de posición, altímetros;

c) dispositivos de observación electrónicos, giroscópicos, ópticos y acústicos;

d) visores de bombardeo y alzas de cañón, periscopios para el material citado en la presente lista.

[…]

11) Material electrónico para usos militares.

[…]

14) Piezas y partes especializadas del material incluido en la presente lista, siempre que tengan carácter militar.

15) Máquinas, equipos y artículos especialmente concebidos para el estudio, la fabricación, los ensayos y el control de las armas, municiones y aparatos para usos exclusivamente militares incluidos en la presente lista.»

10. Adicionalmente, procede remitirse a lo dispuesto en el décimo considerando de la Directiva 2009/81: «A los efectos de la presente Directiva, debe entenderse por equipo militar, en particular, las categorías de productos incluidas en la lista de armas, municiones y material de guerra adoptada por el Consejo en su Decisión 255/58, de 15 de abril de 1958 […], y los Estados miembros pueden limitarse a esta lista únicamente cuando transpongan esta Directiva. Dicha lista incluye únicamente los equipos que estén diseñados, desarrollados y producidos con fines específicamente militares. No obstante, la lista es genérica y debe ser interpretada de manera amplia a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, las políticas de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos, por ejemplo, sobre la base de la Lista común de equipo militar de la Unión. A los efectos de la presente Directiva, el término "equipo militar" debe abarcar asimismo los productos que, aunque inicialmente diseñados para un uso civil, hayan sido adaptados posteriormente a fines militares para su utilización como armas, municiones o material de guerra.»

B. *Normativa nacional*

11. El ordenamiento jurídico finlandés fue adaptado a la Directiva 2004/18 mediante la Ley nº 348/2007 relativa a la adjudicación de los contratos públicos [9] (Ley de contratación pública), cuyo ámbito de aplicación se limita en el artículo 7, apartado 1, del siguiente modo:

«La presente Ley no será de aplicación a contratos:

1) que hayan de mantenerse en secreto o cuya ejecución requiera medidas de seguridad especiales previstas en la Ley o cuando los intereses esenciales de seguridad del Estado así lo exijan;

2) cuyo objeto sea apto principalmente para fines militares.»

12. Además, de conformidad con una disposición administrativa del Ministerio de Defensa finlandés, de 28 de mayo de 2008, en materia de contratación pública relativa a la adquisición de material de defensa, ha de observarse hasta nueva indicación, entre otras, la Orden nº 76 del Ministerio de Defensa, de 17 de marzo de 1995.

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

13. En el artículo 1 de la citada Orden nº 76 se define qué ha de entenderse por bienes o servicios destinados principalmente a fines militares, a los que no resulta de aplicación la Ley de contratación pública. Este es el caso, en particular, de «equipos especiales para la actividad y formación militar o para la simulación de operaciones militares, así como los componentes, accesorios y equipos especialmente desarrollados para ellos», como se desprende del artículo 1 en relación con la letra M del anexo a la referida Orden.

## III. Hechos y procedimiento principal

14. En el año 2008, el Instituto de Investigación Técnica de las Fuerzas Armadas de Finlandia [10] llevó a acabo un procedimiento de contratación pública para la adquisición de una mesa giratoria para mediciones electromagnéticas por valor de 1.650.000 euros. A estos efectos, el 5 de febrero de 2008 instó a cuatro empresas a que presentaran ofertas; entre ellas se encontraba el estudio de ingeniería Insinööritoimisto InsTiimi Oy (InsTiimi).

15. La adjudicación del contrato se produjo en un «procedimiento negociado», que, según los datos contenidos en la resolución de remisión, es distinto de los procedimientos de adjudicación establecidos en la Directiva 2004/18. InsTiimi considera que el procedimiento de adjudicación tendría que haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2004/18, por lo que inició el procedimiento principal ante los tribunales finlandeses. Otra parte en el procedimiento son las Fuerzas Armadas finlandesas, representadas por el Estado Mayor. [11]

16. El recurso interpuesto por InsTiimi ante el Markkinaoikeus, [12] el tribunal de primera instancia, no prosperó. El Markkinaoikeus consideró que había quedado acreditado que la mesa giratoria de que se trata era apropiada principalmente para fines militares y que la entidad adjudicadora pretendía usarla exclusivamente para fines militares. Por consiguiente, el Markkinaoikeus llegó a la conclusión de que el contrato controvertido estaba comprendido dentro de la excepción del artículo 7, apartado 1, número 2, de la Ley de contratación pública.

17. Debido a un recurso interpuesto por InsTiimi, el asunto se encuentra, en la actualidad, pendiente en segunda instancia ante el Korkein hallinto-oikeus, [13] el órgano jurisdiccional remitente.

18. En dicha instancia, InsTiimi alegó que la mesa giratoria es una innovación técnica procedente del sector civil y que no se diseñó como equipo militar. La mesa puede utilizarse de modo general como instrumento auxiliar y soporte para la investigación y, en cuanto tal, no ofrece en sí misma ninguna información novedosa sobre el propio objeto de investigación. Señala que la ejecución técnica del contrato controvertido se basa en una combinación de materiales, componentes e instalaciones de adquisición completamente libre y que la concepción relacionada con dicha ejecución técnica incluye únicamente la selección apropiada y la conexión de estas piezas para responder a las exigencias de la licitación.

19. Por el contrario, las Fuerzas Armadas alegaron ante el Korkein hallinto-oikeus que la mesa giratoria se encargó expresamente para fines militares y que estaba destinada especialmente a la simulación de operaciones militares. Con la mesa giratoria se simulan y practican medidas militares contra el reconocimiento aéreo desde determinados ángulos así como la adquisición de objetivos. El sensor mediante el que se simula la amenaza únicamente puede colocarse en el ángulo correspondiente a la amenaza mediante inclinación del objetivo, por ejemplo un tanque que ha de colocarse en la mesa giratoria, en el ángulo correcto con ayuda de la mesa giratoria.

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Tribunal de defensa de la competencia.

13 — Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo.

20. Según la argumentación de las Fuerzas Armadas, la mesa giratoria es una pieza fundamental de una pista de medición que ha de construirse al aire libre para realizar mediciones, simulaciones y ejercicios de guerra electrónica y, por lo tanto, está concebida para la investigación sobre armas con fines militares. La mesa giratoria constituye un producto en el sentido de la letra M del anexo a la Orden nº 76 del Ministerio de Defensa.

## IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. Mediante auto interlocutorio de 13 de diciembre de 2010, el Korkein hallinto-oikeus decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es de aplicación la Directiva 2004/18/CE teniendo en cuenta el artículo 10 de dicha Directiva, el artículo 346 TFUE, apartado 1, letra b), y la lista sobre armas, municiones y material de guerra aprobada mediante la Decisión del Consejo de 15 de abril de 1958, a un contrato que, por lo demás, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva, en la medida en que, según la entidad adjudicadora, el objeto del contrato debe destinarse a fines específicamente militares, pero también existen aplicaciones técnicas muy similares para el objeto en el sector civil?»

22. Además de las dos partes en el litigio principal, InsTiimi y las Fuerzas Armadas, presentaron sus observaciones escritas en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia los Gobiernos finlandés, checo y portugués, así como la Comisión Europea. A excepción de los Gobiernos checo y portugués, las mismas partes participaron en la vista de 12 de diciembre de 2011.

## V. Apreciación

23. Para responder a la presente petición de decisión prejudicial, la cuestión clave es la interpretación del artículo 296 CE (actualmente artículo 346 TFUE), al que se remite el artículo 10 de la Directiva 2004/18.

24. La primera parte de la primera frase del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), permite a todo Estado miembro que adopte las medidas unilaterales [14] que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra. El artículo 10 de la Directiva 2004/18 toma esta idea como base para definir su propio ámbito de aplicación.

25. Como destacó acertadamente la Comisión y reconoció el Gobierno finlandés, la primera parte de la primera frase del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), supedita la adopción de medidas nacionales unilaterales a que se cumplan dos condiciones acumulativas:

— En primer lugar, tienen que referirse a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra.

— En segundo lugar, las medidas que se adopten han de estimarse necesarias para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado miembro de que se trate.

26. Mediante su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se refiere especialmente a la primera de estas condiciones: analiza únicamente el concepto de «productos destinados a fines específicamente militares». No obstante, no cabe dejar completamente al margen la segunda condición al apreciar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial (véase, a este respecto, la parte A), ni al apreciar el contenido de la cuestión prejudicial (véase, a este respecto, la parte B). Por lo tanto, a continuación también analizaré, en la medida de lo necesario, esta segunda condición, como hicieron, por otra parte, varias partes, en especial, en la vista oral.

14 — El Tribunal de Justicia declaró en un momento temprano, en la sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente p. 1270), que se trata de medidas unilaterales.

A. *Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*

27. El hecho de que el órgano jurisdiccional remitente únicamente analice en su petición de decisión prejudicial el primero de los criterios enunciados en el artículo 296 CE, apartado 1, letra b) —el concepto de «productos destinados a fines específicamente militares»— no puede por sí solo poner en tela de juicio la admisibilidad de su petición de decisión prejudicial.

28. Es cierto que la cuestión planteada al Tribunal de Justicia para que éste se pronuncie con carácter prejudicial tendría que considerarse hipotética si quedase acreditado que en el caso de autos no se cumple de todos modos el segundo criterio del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), es decir, si el hecho de que Finlandia se aparte de lo dispuesto en la Directiva 2004/18 en materia de contratos públicos no puede justificarse por intereses esenciales de su seguridad. Sin embargo, en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia no se desvelaron indicios suficientes para considerar que esto sea así.

29. En la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente no se pronuncia con carácter definitivo sobre si, en el caso de autos, la entidad adjudicadora invocó o no la protección de los intereses esenciales de la seguridad de Finlandia en el sentido del segundo criterio. El órgano jurisdiccional remitente únicamente señala que las Fuerzas Armadas no concretaron en la forma recomendada por la Comisión Europea [15] cuáles son los intereses esenciales de seguridad a los que se refiere la adquisición de la mesa giratoria y por qué era necesario en el presente supuesto dejar de aplicar la Directiva 2004/18. No obstante, el Gobierno finlandés y el Estado Mayor de las Fuerzas Armadas señalaron que tales intereses de seguridad se habían alegado en el procedimiento nacional.

30. Además, el órgano jurisdiccional remitente destaca que procedería declarar la inadmisibilidad de la demanda presentada por InsTiimi, si el contrato público no estuviera comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 y de la Ley nº 348/2007. Para poder apreciar este extremo, resulta indispensable alcanzar claridad respecto del primer criterio, el concepto de «productos destinados a fines específicamente militares».

31. En estas circunstancias no cabe considerar que la cuestión planteada carece *manifiestamente* de relevancia para la solución del litigio. [16] Antes bien, según reiterada jurisprudencia, procede continuar presumiendo que la referida cuestión es relevante para la solución del litigio. [17]

32. Por consiguiente, no existen objeciones a que se responda a la petición de decisión prejudicial.

B. *Apreciación de la cuestión prejudicial en cuanto al fondo*

33. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide, esencialmente, si pueden dejar de observarse las disposiciones de la Directiva 2004/18 al adjudicar un contrato público en el sector de la defensa, concretamente cuando se pretende usar el objeto del contrato para fines específicamente militares, pero también existen para él aplicaciones civiles muy similares.

34. El trasfondo de esta cuestión viene dado por el hecho de que, según ha señalado InsTiimi sin ser contradicha en este punto, las mesas giratorias como la adquirida en el presente asunto no tienen, en primer lugar, un uso militar, sino principalmente civil.

15 — A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la Comunicación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2006, Comunicación interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa [COM(2006) 779 final], en lo sucesivo, «Comunicación de la Comisión».

16 — En lo que respecta al motivo de inadmisibilidad de la falta *evidente* de relevancia para la solución del litigio, véanse, entre otras, las sentencias de 3 de junio de 2008, Intertanko y otros (C-308/06, Rec. p. I-4057), apartados 31 y 32; de 12 de octubre de 2010, Rosenbladt (C-45/09, Rec. p. I-9391), apartados 32 y 33, y de 25 de octubre de 2011, eDate Advertising (C-509/09 y C-161/10, Rec. p. I-10269), apartados 32 y 33.

17 — Sentencias de 7 de septiembre de 1999, Beck y Bergdorf (C-355/97, Rec. p. I-4977), apartado 22; Rosenbladt (citada en la nota 16), apartado 33, y de 5 de abril de 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, Rec. p. I-2551), apartado 21.

35. Las opiniones de las partes difieren mucho. Mientras InsTiimi y la Comisión consideran que en el presente asunto deberían haberse observado las disposiciones de la Directiva 2004/18, las Fuerzas Armadas y todos los Gobiernos que participan en el procedimiento consideran que estaba justificado no aplicar la referida Directiva en virtud del artículo 296 CE, apartado 1, letra b).

36. En principio, las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos son también aplicables en el sector de la defensa. Así resultaba ya del artículo 10 de la Directiva 2004/18 en el momento de adjudicarse el contrato controvertido. Además, en la Directiva 2009/81 se confirma lo mismo para el período posterior al 21 de agosto de 2011.[18] Mediante la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se fortalece la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios dentro de la Unión y se contribuye a la realización del mercado interior.[19]

37. Sin embargo, el Derecho de la Unión reconoce al mismo tiempo el interés justificado que tienen los Estados miembros en proteger los intereses esenciales de su seguridad, lo que queda reflejado particularmente en el artículo 296 CE. En el artículo 10 de la Directiva 2004/18, que se remite expresamente a la referida disposición del Tratado, se manifiesta la tensión que, al adjudicar contratos públicos, puede surgir entre el principio del mercado interior y los intereses de seguridad nacionales.

38. Del artículo 10 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), resulta que un Estado miembro puede dejar sin aplicar las disposiciones sobre la adjudicación de contratos públicos si, por una parte, éstos se refieren al comercio con armas, munición o material de guerra (primer criterio) y si, por otra, dicho Estado miembro considera necesario no aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos para proteger los intereses esenciales de su seguridad (segundo criterio).

39. A la vista de la importancia fundamental de las libertades fundamentales y del principio del mercado interior dentro del sistema de los Tratados,[20] dichos criterios han de interpretarse en sentido estricto de conformidad con la jurisprudencia sobre el artículo 296 CE.[21]

1. Primer criterio: productos militares

40. La primera parte de la primera frase del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), es aplicable a armas, municiones y material de guerra, en resumen: *productos militares*. El Consejo determinó en la lista de 1958 qué se entiende concretamente por productos militares.

18 — Véase, en particular, el artículo 10 de la Directiva 2004/18, en su versión de la Directiva 2009/81, así como el artículo 2 de la Directiva 2009/81 y la primera frase del décimo considerando de la Directiva 2009/81.

19 — Segundo considerando de la Directiva 2004/18. En este mismo sentido, la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia sobre las diversas Directivas de coordinación del Derecho en materia de contratos públicos. Véanse, entre otras, las sentencias de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16; de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777), apartado 27, y de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros (C-337/06, Rec. p. I-11173), apartado 38.

20 — Véase a este respecto, hasta la fecha, el artículo 2 UE y el artículo 3 CE, apartado 1, letra c) (en lo sucesivo, «artículo 3 TUE, apartado 3, primera frase»).

21 — Sentencias Comisión/España (C-414/97), apartado 21; Comisión/Finlandia (C-284/05), apartado 46; Comisión/Suecia (C-294/05), apartado 44; Comisión/Alemania (C-372/05), apartado 69; Comisión/Italia (C-387/05), apartado 46; Comisión/Grecia (C-409/05), apartado 51, Comisión/Dinamarca (C-461/05), apartado 52; Comisión/Italia (C-239/06), apartado 47, y Comisión/Portugal (C-38/06), apartado 63, todas ellas citadas en la nota 2.

41. Comparto la opinión del Tribunal General de la Unión Europea (en su momento, «Tribunal de Primera Instancia»)[22] de que el ámbito material de aplicación del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), queda regulado de manera definitiva por la lista de 1958, a la que se hace referencia expresa en el artículo 296 CE, apartado 2.[23] El Tribunal señaló acertadamente que la excepción del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), no está destinada a aplicarse a las actividades relacionadas con productos que no sean productos militares contenidos en la lista del Consejo de 1958.[24]

42. Por lo tanto, no aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18 sobre la base del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), exige, en primer lugar, que un producto como la mesa giratoria controvertida pueda clasificarse en una de las categorías de bienes enunciadas en la lista de 1958. El órgano jurisdiccional remitente, único competente para comprobar y apreciar los hechos, habrá de examinar y apreciar este extremo de manera detallada.

43. Habida cuenta de que, según las Fuerzas Armadas finlandesas, la citada mesa giratoria permite llevar a cabo mediciones electromagnéticas y está destinada a la simulación de operaciones militares en la que se practica la adquisición de objetivos, podría tratarse de una parte de un equipo para los ensayos y el control de las armas (número 15, en relación con los números 11 y 14 de la lista de 1958). Además, en teoría la mesa giratoria podría considerarse parte de un indicador de posición o de un dispositivo de observación [número 5, letras b) y c), en relación con el número 14 de la lista de 1958].[25]

44. No obstante, el mero hecho de que la mesa giratoria pueda incluirse, en su caso, en una u otra categoría de bienes en el sentido de la lista de 1958 no permite por sí solo dejar sin aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, ya que la mención de un determinado bien en la lista de 1958 es una condición necesaria pero no suficiente para poder invocar el artículo 10 de la Directiva 2004/18 en relación con la primera parte de la primera frase del artículo 296 CE, apartado 1, letra b).

45. La aplicación de la primera parte de la primera frase del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), exige, además, que el bien de que se trate *esté destinado a fines específicamente militares*.[26] Esto resulta *a sensu contrario* de la segunda parte de la primera frase de dicha disposición, en la que se habla de «productos que no estén destinados a fines específicamente militares». La lista de 1958 también contiene numerosas formulaciones de las que resulta que un producto en el sentido del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), no solamente ha de poder clasificarse por su naturaleza en una determinada categoría de bienes, sino que, además, tiene que estar destinado a fines específicamente militares.[27] Este extremo ha sido confirmado recientemente por el legislador de la Unión.[28]

22 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Fiocchi munizioni/Comisión (T-26/01, Rec. p. II-3951).

23 — Es cierto que esto no excluye que la lista se interprete y aplique de forma actualizada para tener en cuenta la evolución en la materia. Como se desprende del décimo considerando de la Directiva 2009/81, «la lista es genérica y debe ser interpretada de manera amplia a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, las políticas de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos» (véase, en sentido similar, la Comunicación de la Comisión, citada en la nota 15, apartado 3). Por lo tanto, la lista no solamente resulta aplicable a los productos militares determinados en 1958, sino también a los que en la actualidad usen las Fuerzas Armadas de los Estados miembros, siempre que tengan cabida en las categorías descritas en la lista.

24 — Sentencia Fiocchi munizioni/Comisión (citada en la nota 22), apartado 61.

25 — La clasificación en el número 5 de la lista de 1958 exige que se trate de «material de dirección del tiro para usos militares». En principio, cabría considerar que existe una relación con la «dirección del tiro» en el hecho de que la mesa giratoria controvertida se utiliza, con miras a la «guerra electrónica», para la simulación y la práctica de la «adquisición de objetivos» y, en último término, está destinada a preparar «medidas contra el reconocimiento aéreo». Sin embargo, en la vista oral, las partes no consideraron que existía tal relación con la dirección del tiro.

26 — Sentencias Agusta (citada en la nota 5), apartado 47, y de 2 de octubre de 2008, Comisión/Italia (C-157/06, Rec. p. I-7313), apartado 26.

27 — Véanse, entre otros, los números 5 y 11 («para usos militares»), así como el número 14 de la lista de 1958 («siempre que tengan carácter militar»).

28 — «[La lista de 1958] incluye únicamente los equipos que estén diseñados, desarrollados y producidos con fines específicamente militares» (segunda frase del décimo considerando de la Directiva 2009/81).

46. Para determinar si un producto está destinado a fines específicamente militares, no basta con que los compradores sean las Fuerzas Armadas de un Estado miembro o que otra entidad pública lo adquiera para las Fuerzas Armadas. De lo contrario, cualquier lápiz podría convertirse en un producto militar únicamente porque se adquiere para las Fuerzas Armadas. Esto sería contrario a la exigencia de hacer una interpretación estricta del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), y menoscabaría más de lo necesario el principio del mercado interior.

47. Asimismo, tampoco resulta suficiente que se trate de un producto que meramente sea *apto* para usos militares, de modo que su uso con fines militares sea *posible*. En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Agusta que los helicópteros que el Estado italiano había adquirido sin licitación previa en reiterada práctica no estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), porque tenían ciertamente aplicaciones civiles indudables y tan sólo posiblemente una finalidad militar. [29]

48. La aplicación del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), exige que se trate de un producto que, además de su mera aptitud para posibles usos militares, esté *destinado a fines específicamente militares*, y ello tanto de manera objetiva como subjetiva. De este modo, el bien de que se trate tiene que estar destinado a fines específicamente militares no sólo por su uso concreto, definido por la entidad adjudicadora [30] (es decir, de modo *subjetivo*), sino también por su diseño y sus características [31] (es decir, de modo *objetivo*).

49. En el caso de algunos productos, ese destino a fines específicamente militares puede ser evidente. Basta pensar en las armas anticarros, bombas y barcos de guerra enunciados en la lista de 1958. [32] Estos productos han sido diseñados exclusivamente como material militar (destino objetivo) y las entidades adjudicadoras los adquieren exclusivamente con fines militares (destino subjetivo).

50. Sin embargo, en el caso de otros productos, como, por ejemplo, los también enunciados vehículos, aeronaves, explosivos, munición y telémetros, tiene que demostrarse concretamente el uso específicamente militar, [33] porque también es posible un uso civil.

51. Es precisamente lo que ocurre en el caso de autos.

52. Es cierto que ha quedado acreditado que la mesa giratoria controvertida tenía, *subjetivamente*, un destino específicamente militar: conforme a la voluntad de la entidad adjudicadora estaba destinada a ser utilizada en la simulación de operaciones militares y en la práctica de la adquisición de objetivos de las Fuerzas Armadas finlandesas. En este sentido, el presente asunto se diferencia del asunto Agusta en el que no pudo comprobarse ningún destino específicamente militar del material adquirido. [34]

53. Sin embargo, *objetivamente* existen serias dudas de que dicha mesa giratoria sea, por su naturaleza, un producto con destino específicamente militar. Es cierto que, en la vista oral, las partes no coincidían en si una mesa giratoria como la controvertida en el presente asunto podría encontrar comprador en el mercado civil en caso de que las Fuerzas Armadas la enajenasen en un momento posterior. No obstante,

29 — Sentencia Agusta (citada en la nota 5), en particular los apartados 48 y 49; véase, entre otras, la sentencia Comisión/Italia (C-157/06, citada en la nota 26), apartado 27.

30 — Véase nuevamente la sentencia Agusta (citada en la nota 5), en particular los apartados 48 y 49, donde se tiene en cuenta el uso definido por la entidad adjudicadora.

31 — Véase, en este sentido, entre otros, el décimo considerando de la Directiva 2009/81 según el cual la lista de 1958 «incluye únicamente los equipos que estén *diseñados, desarrollados y producidos* con fines específicamente militares» (el subrayado es mío). Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión (citada en la nota 15), apartado 3, en la que se habla de material «*de naturaleza y finalidad puramente militar*» (el subrayado está en el original).

32 — Números 2, letra a), 4 y 9, letra a), de la lista de 1958.

33 — Números 3, 5, letra a), 6, 8, letra b), y 10 de la lista de 1958.

34 — Sentencia Agusta (citada en la nota 5), en particular los apartados 48 y 49.

según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, únicas determinantes en el procedimiento prejudicial,[35] para una mesa giratoria de estas características existen usos técnicos muy similares en el sector civil. De modo similar señala InsTiimi —sin ser contradicha en este extremo— que las mesas giratorias también pueden tener un uso en el sector civil, incluso que se diseñaron originariamente para usos civiles y que tan sólo posteriormente se hizo posible el uso con fines militares.

54. Según la voluntad del legislador,[36] los bienes que originariamente se diseñaron para fines civiles pero que posteriormente se adaptaron a fines militares no deben quedar excluidos, en principio, del ámbito de aplicación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos exigidos en el Derecho de la Unión.[37]

55. Es cierto que no cabe excluir que la mesa giratoria adquirida en el presente asunto se modificara con miras a su uso militar en puntos tan esenciales que se convirtiera en un producto totalmente diferente del que es habitual en el sector civil. Tal adaptación podría haberse producido, por ejemplo, en relación con la instalación de la mesa giratoria en una «pista de medición al aire libre» diseñada especialmente para realizar mediciones, simulaciones y ejercicios de «guerra electrónica».

56. De haberse producido tal modificación esencial —extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente— la mesa giratoria de que se trata habría alcanzado un destino específicamente militar, no sólo desde un punto de vista subjetivo, sino también objetivo. En ese supuesto (y tan sólo en ese supuesto), la entidad adjudicadora la habría clasificado acertadamente como producto militar en el sentido de la primera parte de la primera frase del artículo 296 CE, apartado 1, letra b).

57. En cambio, si se confirmara la opinión que el órgano jurisdiccional remitente tiene hasta este momento de que la mesa giratoria objeto del litigio no se diferencia, por su diseño y sus características —aun en cuanto componente de un equipo especial militar para mediciones electromagnéticas y la simulación de actos de combate— de las habitualmente utilizadas en el sector civil, no estaría destinada objetivamente a fines específicamente militares, aunque la entidad adjudicadora hubiera previsto y adquirido la mesa giratoria con un fin específicamente militar.

58. En este último supuesto, en la adquisición de la mesa giratoria controvertida tendrían que haberse seguido los procedimientos de adjudicación previstos en el Derecho de la Unión.

59. En resumen, por lo tanto, procede declarar: Un producto que, según la entidad adjudicadora, está destinado a fines específicamente militares, pero que objetivamente no se diferencia en su esencia de productos similares usados en el sector civil, no puede sustraerse, sobre la base del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 10 de la Directiva 2004/18, a los procedimientos de adjudicación establecidos en la Directiva 2004/18.

### 2. Segundo criterio: protección de los intereses esenciales de seguridad

60. Incluso en el supuesto de que procediera clasificar la mesa giratoria objeto del litigio como producto militar [primer criterio para la aplicación del artículo 296 CE, apartado 1, letra b)], el órgano jurisdiccional remitente tendría todavía que analizar si en el caso de autos se consideraba necesario no aplicar los procedimientos de adjudicación establecidos en el Derecho de la Unión para proteger los intereses esenciales de seguridad de Finlandia [segundo criterio para aplicar el artículo 296 CE, apartado 1, letra b)].

35 — Sentencias de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 10; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42, y de 25 de enero de 2011, Neukirchinger (C-382/08, Rec. p. I-139), apartado 41.

36 — Última frase del décimo considerando de la Directiva 2009/81. Si bien la referida declaración procede de un acto legislativo que no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto, no hay nada que se oponga a que se tengan en cuenta las valoraciones en que se basa la Directiva 2009/81 al interpretar la Directiva 2004/18 en su versión aplicable al litigio principal. En cualquier caso, en el citado décimo considerando se hacen, esencialmente, aclaraciones sobre la importancia que, hasta la fecha, había de darse a la lista de 1958.

37 — De modo muy similar, el Tribunal de Justicia señaló que un Estado miembro no puede basarse en el artículo 296 CE para eximir de derechos de aduana la importación de material de doble uso civil y militar, «haya sido importado o no exclusivamente para fines militares» (véanse, a este respecto, las sentencias Comisión/Suecia, C-294/05, apartado 53, y Comisión/Italia, C-387/05, apartado 55, citadas en la nota 2).

61. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el mero hecho de que un Estado miembro invoque los intereses de su seguridad no justifica por sí solo que deje de aplicarse el Derecho de la Unión. [38]

62. Es cierto que ha de concederse a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir los intereses esenciales de su seguridad. [39] Así se demuestra por el uso del término «estime» en el artículo 296 CE, apartado 1, letra b). No obstante, incumbe a las autoridades nacionales la carga de probar que se cumplen las condiciones para aplicar la referida disposición. [40]

63. Como ha señalado acertadamente la Comisión, la entidad adjudicadora tendría que demostrar en el presente asunto que, con el fin de proteger los intereses esenciales de la seguridad de Finlandia, consideraba necesario [41] y era proporcionado [42] no aplicar los procedimientos de adjudicación exigidos en la Directiva 2004/18.

64. A este respecto procede señalar que una posible necesidad de confidencialidad respecto de determinada información militar no constituye por sí sola un impedimento para adjudicar un contrato por la vía de la licitación. [43] También en el marco de un procedimiento de adjudicación, como el establecido en el Derecho de la Unión, pueden adoptarse las medidas necesarias para proteger información sensible. [44]

65. De todos modos, según señaló InsTiimi sin ser contradicha en este extremo, en el caso de autos la entidad adjudicadora informó ampliamente sobre el objeto del contrato y el funcionamiento de la mesa giratoria en un diario finlandés. En tales circunstancias, parece más bien difícil imaginar que el Estado finlandés tuviera un interés legítimo de confidencialidad en el procedimiento de adjudicación.

66. No obstante, ciertas excepciones a la aplicación de los procedimientos de adjudicación establecidos en el Derecho de la Unión pueden estar justificadas por el hecho de que un Estado miembro no quiera desvelar sin más información relevante para la seguridad a empresas extranjeras o controladas por extranjeros, en particular si se trata de empresas o personas de Estados terceros. Asimismo, un Estado miembro está legitimado para velar por que, en lo que al abastecimiento de armamento respecta, no pase a depender de Estados terceros o de empresas de Estados terceros. El Gobierno checo se ha referido acertadamente a estos dos extremos.

67. Sin embargo, por lo que puede apreciarse, tampoco existen en el caso de autos indicios de que la entidad adjudicadora tenga tales preocupaciones en lo que a la seguridad respecta. En definitiva, el órgano jurisdiccional remitente habrá de apreciar todo esto haciendo una valoración detallada de todas las circunstancias del caso concreto.

38 — Sentencias Comisión/Finlandia (C-284/05), apartado 47; Comisión/Suecia (C-294/05), apartado 45; Comisión/Alemania (C-372/05), apartado 70; Comisión/Italia (C-387/05), apartado 47; Comisión/Grecia (C-409/05), apartado 52; Comisión/Dinamarca (C-461/05), apartado 53; Comisión/Italia (C-239/06), apartado 48, y Comisión/Portugal (C-38/06), apartado 64, todas ellas citadas en la nota 2.

39 — Sentencia Fiocchi munizioni/Comisión (citada en la nota 22), apartado 58. Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión (citada en la nota 15) según la cual «se ha reconocido» que el artículo 296 CE «concede a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad» a la hora de decidir cómo protegen los intereses esenciales de su seguridad (apartado 4 de la Comunicación), y que «es prerrogativa de los Estados miembros definir los intereses esenciales de su seguridad» (apartado 5 de la Comunicación).

40 — Sentencias Comisión/España (C-414/97), apartados 22 y 24; Comisión/Suecia (C-294/05), apartado 47; Comisión/Finlandia (C-284/05), apartado 49; Comisión/Alemania (C-372/05), apartado 72; Comisión/Italia (C-387/05), apartado 49; Comisión/Grecia (C-409/05), apartado 54; Comisión/Dinamarca (C-461/05), apartado 55; Comisión/Italia (C-239/06), apartado 50, y Comisión/Portugal (C-38/06), apartado 66, todas ellas citadas en la nota 2.

41 — Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión (citada en la nota 15), apartado 3.

42 — Sentencias Agusta (citada en la nota 5), en particular apartado 53, y Comisión/Italia (C-157/06, citada en la nota 26), apartado 31; de modo similar, la Comunicación de la Comisión (citada en la nota 15), apartado 5, según la cual ha de demostrarse por qué la inaplicación de la Directiva de contratos públicos es *necesaria* en un caso específico para la protección de un interés esencial de seguridad.

43 — Sentencias Agusta (citada en la nota 5), en particular, apartado 52, y Comisión/Italia (C-157/06, citada en la nota 26), apartado 30.

44 — Sobre la confidencialidad de información clasificada de la entidad adjudicadora, véanse, en particular, los artículos 7, 20 y 22 de la Directiva 2009/81. Sobre la confidencialidad de la información facilitada por los licitadores véanse, entre otros, el artículo 6 de la Directiva 2004/18 y el artículo 6 de la Directiva 2009/81, así como la sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec (C-450/06, Rec. p. I-581).

## VI. Conclusión

68. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión del Korkein hallinto-oikeus del modo siguiente:

«Un producto que, según la entidad adjudicadora, está destinado a fines específicamente militares, pero que objetivamente no se diferencia en su esencia de productos similares usados en el sector civil, no puede sustraerse, sobre la base del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 10 de la Directiva 2004/18/CE, a los procedimientos de adjudicación establecidos en la Directiva 2004/18.»