Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 19 de janeiro de 2012 [1]

Processo C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

(pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Korkein hallinto-oikeus, Finlândia)

«Contratos públicos de fornecimento — Artigo 10.º da Diretiva 2004/18/CE — Artigo 296.º CE — Defesa dos interesses essenciais da segurança de um Estado-Membro — Comércio de material de guerra — Produtos adquiridos pela entidade pública adjudicante especificamente para fins militares, para os quais existe contudo uma possibilidade de utilização civil muito semelhante — Sistema de mesa rotativa para medições eletromagnéticas»

I — Introdução

1. As condições nas quais os Estados-Membros podem derrogar as disposições do direito da União, no contexto da defesa e das suas Forças Armadas, dão com frequência origem a litígios [2].

2. No caso vertente, o Tribunal de Justiça é instado a esclarecer em que condições as Forças Armadas de um Estado-Membro podem celebrar contratos públicos de fornecimento para aquisição de equipamentos destinados a fins militares, em derrogação das disposições de direito da União em matéria de contratos públicos.

3. Em 2008, as Forças Armadas finlandesas anunciaram um concurso para o fornecimento de uma mesa rotativa [3] para medições eletromagnéticas, a ser utilizada no quadro da «guerra eletrónica» na simulação e no treino de intervenções militares. Nesse contexto, os processos de adjudicação previstos na Diretiva 2004/18/CE [4] não foram inteiramente respeitados.

1 — Língua original: alemão.

2 — V. a jurisprudência sobre o acesso das mulheres ao trabalho nas Forças Armadas dos Estados-Membros (acórdãos de 26 de outubro de 1999, Sirdar, C-273/97, Colet., p. I-7403, e de 11 de janeiro de 2000, Kreil, C-285/98, Colet., p. I-69), sobre o serviço militar obrigatório para os homens (acórdão de 11 de março de 2003, Dory, C-186/01, Colet., p. I-2479), sobre o imposto sobre o valor acrescentado sobre as armas (acórdão de 16 de setembro de 1999, Comissão/Espanha, C-414/97, Colet., p. I-5585) e sobre o tratamento aduaneiro de equipamentos militares (acórdãos de 15 de dezembro de 2009, Comissão/Finlândia, C-284/05, Colet., p. I-11705, Comissão/Suécia, C-294/05, Colet., p. I-11777, Comissão/Alemanha, C-372/05, Colet., p. I-11801, Comissão/Itália, C-387/05, Colet., p. I-11831, Comissão/Grécia, C-409/05, Colet., p. I-11859, Comissão/Dinamarca, C-461/05, Colet., p. I-11887, e Comissão/Itália, C-239/06, Colet., p. I-11913; acórdão de 4 de março de 2010, Comissão/Portugal, C-38/06, Colet., p. I-1569).

3 — Em inglês «tiltable turntable».

4 — Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).

4. Um tribunal finlandês apresenta agora a questão de saber em que sentido deve ser interpretada uma regulamentação excecional sobre contratos públicos no setor da defesa, que resulta do artigo 10.º da Diretiva 2004/18 conjugado com o artigo 296.º CE (atual artigo 346.º TFUE). Partindo do seu acórdão Agusta [5], o Tribunal de Justiça terá de esclarecer na resposta ao presente pedido de decisão prejudicial, em especial, se devem ser considerados como produtos «destinados especificamente a fins militares» quando para estes, paralelamente à utilização militar, exista também a possibilidade de utilização civil muito semelhante.

5. Ao contrário dos helicópteros no processo Agusta, a mesa rotativa controvertida foi adquirida pela entidade pública adjudicante para fins puramente militares, não sendo por isso um produto de dupla utilização («dual-use-object») no sentido estrito do conceito. No entanto, segundo consta do despacho de reenvio, é perfeitamente possível que essa mesa rotativa seja utilizada por entidades ou empresas privadas.

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

6. No âmbito do direito da União, o quadro jurídico é determinado pelo disposto no artigo 10.º da Diretiva 2004/18 conjugado com o artigo 296.º CE.

7. O artigo 10.º da Diretiva 2004/18, intitulado «contratos no domínio da defesa», continha na sua versão original [6] o seguinte esclarecimento relativo ao âmbito de aplicação das disposições sobre contratos públicos:

«A presente diretiva é aplicável aos contratos públicos celebrados por entidades adjudicantes no domínio da defesa, sob reserva do disposto no artigo 296.º do Tratado.»

8. O artigo 296.º CE (anterior artigo 223.º do Tratado CEE), até à sua substituição pelo artigo 346.º TFUE, na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa [7], tinha a seguinte redação:

«1. As disposições do presente Tratado não prejudicam a aplicação das seguintes regras:

[…]

b) Qualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à proteção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra; tais medidas não devem alterar as condições da concorrência no mercado comum no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.

2. O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, pode introduzir modificações nesta lista, que foi fixada em 15 de abril de 1958, dos produtos aos quais se aplicam as disposições da alínea b) do n.º 1.»

5 — Acórdão de 8 de abril de 2008, Comissão/Itália, «Agusta» (C-337/05, Colet., p. I-2173, n.º 47).

6 — A redação do artigo 10.º da Diretiva 2004/18 foi alterada pela Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (JO L 216, p. 76). Esta nova versão entrou em vigor apenas em 21 de agosto de 2009 e devia ter sido transposta pelos Estados-Membros até 21 de agosto de 2011 (v. artigo 72.º, n.º 1, e artigo 74.º da Diretiva 2009/81), de modo que não era ainda aplicável no caso vertente.

7 — O Tratado de Lisboa entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009.

9. A Decisão 255/58 do Conselho, de 15 de abril de 1958, que estabeleceu a lista referida no n.º 2 do artigo 296.º CE (a seguir «lista de 1958») prevê, designadamente, o seguinte [8]:

«As disposições da alínea b) do n.º 1 do artigo 223.º do Tratado aplicam-se às armas, munições e ao material de guerra a seguir enumerados, incluindo as armas concebidas para utilizar energia nuclear.

[…]

5. Material de direção de tiro para uso militar:

a) Calculadores de tiro e aparelhos de pontaria em infravermelhos e outro material para pontaria noturna;

b) Telémetros, indicadores de posição, altímetros;

c) Dispositivos de observação eletrónicos, giroscópicos, óticos e acústicos;

d) Visores de pontaria e alças para canhão, periscópios para o material citado na presente lista.

[…]

11. Material eletrónico para uso militar.

[…]

14. Partes e peças especializadas do material constante da presente lista, desde que tenham caráter militar.

15. Máquinas, equipamento e ferramentas exclusivamente concebidas para o estudo, fabrico, ensaio e controlo das armas, munições e engenhos para uso exclusivamente militar constantes da presente lista.»

10. Para completar, há que referir ainda o décimo considerando da Diretiva 2009/81: «Para efeitos da presente diretiva, deverá entender-se por equipamento militar, nomeadamente, os tipos de produtos incluídos na lista de armas, munições e material de guerra, aprovada pelo Conselho na sua Decisão 255/58, de 15 de abril de 1958 […], podendo os Estados-Membros cingir-se a esta lista na transposição da presente diretiva. Esta lista inclui apenas equipamento concebido, desenvolvido e produzido especificamente para fins militares. No entanto, esta lista é genérica e deve ser interpretada em sentido lato, em função do caráter evolutivo da tecnologia, das políticas de contratos e dos requisitos militares, de que resulta o desenvolvimento de novos tipos de equipamentos, por exemplo, com base na Lista Militar Comum da União Europeia. Para efeitos da presente diretiva, «equipamento militar» também deverá abranger produtos que, embora inicialmente concebidos para utilização civil, sejam posteriormente adaptados a fins militares para serem utilizados como armas, munições ou material de guerra.»

8 — Esta decisão não foi publicada no *Jornal Oficial da Comunidade Europeia*, mas foi reproduzida, designadamente, no Documento n.º 14538/4 /08 do Conselho da União Europeia de 26 de novembro de 2008, publicado na página da internet do Conselho em < http://register.consilium.europa.eu/ > (visto em 12 de dezembro de 2011). Além disso, o conteúdo da referida lista é reproduzido numa resposta da Comissão a uma questão parlamentar (resposta de 27 de setembro de 2001 à pergunta escrita E-1324/01 do deputado Bart Staes, JO C 364 E, p. 85).

B — *Legislação nacional*

11. Na Finlândia, a Diretiva 2004/18 foi transposta pela Lei n.º 348/2007 relativa à adjudicação de contratos públicos [9] (lei sobre contratos públicos), cujo âmbito de aplicação é delimitado no seu artigo 7.º, n.º 1, do seguinte modo:

«A presente lei não é aplicável aos contratos

1) sujeitos a sigilo ou cuja execução requeira medidas de segurança especiais, previstas por lei, ou quando interesses essenciais de segurança do Estado o imponham;

2) cujo objeto seja adequado principalmente a fins militares.»

12. Além disso, nos termos de uma instrução administrativa do Ministério da Defesa finlandês, de 28 de maio de 2008, a adjudicação de contratos respeitantes à aquisição de bens para o setor da defesa deve obedecer até nova ordem, entre outros, ao Despacho n.º 76, de 17 de março de 1995, do Ministério da Defesa.

13. O artigo 1.º do referido Despacho n.º 76 define os produtos ou serviços que se deve considerar serem destinados principalmente a fins militares, aos quais não é aplicável a lei sobre contratos públicos. É o caso, em particular, de «Equipamentos especiais destinados à atividade e à formação militares ou a exercícios de simulação de intervenções militares, bem como dos componentes, acessórios e equipamentos especialmente desenvolvidos para este efeito», tal como resulta do artigo 1.º, conjugado com a alínea m) do anexo a este despacho.

III — Matéria de facto e processo principal

14. Em 2008, o Laboratório de Ensaios das Forças Armadas finlandesas [10] iniciou um processo de adjudicação para aquisição de uma mesa rotativa para medições eletromagnéticas no valor de 1 650 000 euros. Em 5 de fevereiro de 2008, convidou para esse efeito quatro empresas a apresentarem propostas, entre as quais a empresa de engenharia Insinööritoimisto InsTiimi Oy (a seguir «InsTiimi»).

15. A adjudicação do contrato foi efetuada no âmbito de um «procedimento por negociação» que, segundo as indicações contidas no despacho de reenvio, é diferente do processo de adjudicação previsto na Diretiva 2004/18. A InsTiimi é de opinião de que o processo de adjudicação deveria ter sido realizado nos termos da Diretiva 2004/18 e, por isso, intentou o processo principal nos tribunais finlandeses. A recorrida são as Forças Armadas finlandesas, representadas pelo Estado-Maior-General [11].

16. Ao recurso interposto pela InsTiimi no Markkinaoikeus [12], o tribunal de primeira instância, foi negado provimento. O Markkinaoikeus considerou provado que a mesa rotativa em questão se adequa principalmente a fins militares e que a entidade pública adjudicante a pretende utilizar exclusivamente para fins militares. Portanto, o Markkinaoikeus concluiu que o contrato controvertido entra no âmbito de aplicação da disposição excecional do artigo 7.º, n.º 1, ponto 2), da lei sobre contratos públicos.

17. A InsTiimi interpôs recurso para o tribunal de segunda instância, o Korkein hallinto-oikeus [13], o órgão jurisdicional de reenvio, no qual o processo se encontra pendente.

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Tribunal de Comércio.

13 — Supremo Tribunal Administrativo.

18. No Korkein hallinto-oikeus, a InsTiimi alegou que a mesa rotativa constitui uma inovação técnica do setor civil e não é concebida como equipamento militar. Pode ser utilizada genericamente em investigação como aparelho auxiliar e suporte, não permitindo obter novos conhecimentos sobre o objeto de investigação. A execução técnica do contrato baseia-se na montagem de materiais, componentes e instalações de venda livre no mercado e o planeamento que lhe está associado abrange apenas a seleção adequada destas peças e a sua união para o cumprimento das especificações do concurso.

19. Em contrapartida, as Forças Armadas argumentaram perante o Korkein hallinto-oikeus que a mesa rotativa foi encomendada para fins especificamente militares e também se destina, em especial, à simulação de intervenções militares. A mesa rotativa destinava-se à simulação e ao treino de contramedidas militares contra o reconhecimento aéreo sob determinados ângulos bem como a obtenção de alvos. O sensor, que reproduz a ameaça, só pode ser colocado no ângulo correspondente à ameaça quando o alvo, por exemplo, um blindado colocado sobre a mesa rotativa, é inclinado no ângulo correto com a ajuda da mesa rotativa.

20. A mesa rotativa, segundo a argumentação das Forças Armadas, é um componente essencial da trajetória de medição no exterior que se pretende criar para medições, simulações e exercícios de guerra eletrónica, tendo, por conseguinte, sido concebida para a investigação no domínio das armas para fins militares. A mesa rotativa é um produto na aceção da alínea m) do anexo ao Despacho n.º 76 do Ministério da Defesa.

IV — Pedido de reenvio prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça

21. Por decisão interlocutória de 13 de dezembro de 2010, o Korkein hallinto-oikeus suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão prejudicial:

A Diretiva 2004/18/CE, designadamente o seu artigo 10.º, bem como o artigo 346.º, n.º 1, alínea b), TFUE e a lista de armas, munições e material de guerra que figura na Decisão do Conselho de 15 de abril de 1958, são aplicáveis a um contrato, de resto abrangido pelo âmbito de aplicação da diretiva, cujo objeto consiste, segundo informações prestadas pela entidade adjudicante, em material destinado a fins especificamente militares mas para o qual, em paralelo, existem no mercado civil aplicações técnicas no essencial semelhantes?

22. Os Governos finlandês, checo e português, bem como a Comissão Europeia, além de ambas as partes no processo principal — a InsTiimi e as Forças Armadas —, apresentaram observações escritas no processo no Tribunal de Justiça. À exceção dos Governos checo e português, as mesmas partes e intervenientes participaram na audiência de 12 de dezembro de 2011.

V — Apreciação

23. O ponto crucial para dar resposta ao presente pedido de reenvio prejudicial é a interpretação do artigo 296.º CE (atual artigo 346.º TFUE), para o qual remete o artigo 10.º da Diretiva 2004/18.

24. A primeira parte do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE permite a cada Estado-Membro tomar medidas unilaterais [14] que considere necessárias à proteção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra. O artigo 10.º da Diretiva 2004/18 remete para esta disposição a fim de definir o seu próprio âmbito de aplicação.

14 — O Tribunal de Justiça declarou desde cedo, no acórdão de 15 de julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Recueil, p. 1253, 1270), que se trata de medidas unilaterais.

25. Tal como a Comissão salientou, com razão, e o Governo finlandês reconheceu, a primeira frase da alínea b) do n.º 1 do artigo 296.º CE faz depender a adoção de medidas unilaterais nacionais do preenchimento de duas condições cumulativas:

— Primeiro, que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra;

— Segundo, que sejam consideradas necessárias à proteção dos interesses essenciais da segurança do Estado-Membro em causa.

26. No seu despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio aponta em especial para a primeira destas duas condições: debruça-se apenas sobre o conceito de «produtos destinados a fins especificamente militares». No entanto, a segunda condição não pode deixar de ser tida em consideração quer na apreciação da admissibilidade do pedido de decisão prejudicial (v., a este respeito, ponto A *infra*) quer na apreciação do conteúdo da questão prejudicial (v., a este respeito, ponto B *infra*). Portanto, em seguida, sempre que for necessário, também abordarei esta segunda condição, tal como aliás fizeram vários intervenientes no processo, inclusivamente na audiência.

A — *Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial*

27. A circunstância de o órgão jurisdicional de reenvio apenas se debruçar no seu despacho de reenvio sobre o primeiro critério do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE — o conceito de «produtos destinados a fins especificamente militares» — não é suficiente, por si só, para pôr em causa a admissibilidade do seu pedido de decisão prejudicial.

28. Se no caso vertente fosse pacífico que o segundo critério cumulativo do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, não estava preenchido, isto é, se a derrogação das disposições sobre contratos públicos da Diretiva 2004/18 não pudesse ser justificada pelos interesses essenciais de segurança da Finlândia, a questão apresentada ao Tribunal de Justiça para decisão prejudicial teria de ser considerada meramente hipotética. No entanto, no processo no Tribunal de Justiça não há elementos suficientes nesse sentido.

29. O despacho de reenvio não se pronuncia, por fim, de forma conclusiva a respeito da questão de saber se a entidade pública adjudicante invocou ou não, no caso vertente, a proteção dos interesses essenciais da segurança da Finlândia, no sentido do segundo critério. O órgão jurisdicional de reenvio apenas refere que as Forças Armadas não concretizaram, da forma recomendada pela Comissão Europeia [15], quais os interesses de segurança essenciais que estão em jogo na aquisição da mesa rotativa e por que razão é necessário neste caso não aplicar a Diretiva 2004/18. O Governo finlandês e o Estado Maior General das Forças Armadas sustentam igualmente que tais interesses de segurança foram invocados no processo nacional.

30. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que o recurso da InsTiimi deve ser julgado inadmissível no caso de o contrato público não estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18 e da Lei n.º 348/2007. A fim de o poder apreciar, é indispensável clarificar também o primeiro critério relativo ao conceito de «produtos destinados especificamente a fins militares».

15 — O órgão jurisdicional de reenvio refere-se aqui à Comunicação interpretativa da Comissão, de 7 de dezembro de 2006, sobre a aplicação do artigo 296.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia no âmbito dos contratos públicos no setor da defesa [COM(2006) 779 final] (a seguir «Comunicação da Comissão»).

31. Nestas circunstâncias, não se pode assumir que a questão apresentada carece *manifestamente* de pertinência [16]. Segundo jurisprudência constante, deve partir-se antes de uma presunção de pertinência desta questão [17].

32. Nada obsta, portanto, a uma resposta ao pedido de decisão prejudicial.

B — *Apreciação do conteúdo da questão prejudicial*

33. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se na adjudicação de um contrato público no setor da defesa podem não ser observadas as disposições da Diretiva 2004/18, quando é certo que o objeto do contrato se destina especificamente a fins militares, embora possa ser utilizado igualmente para fins civis muito semelhantes.

34. Pano de fundo desta questão é o facto de, segundo as informações incontestadas da InsTiimi, as mesas rotativas como a que foi adquirida no processo principal, terem, em primeira linha, possibilidades de utilização sobretudo civis, e não militares.

35. Os pontos de vista das partes são muito divergentes. Ao passo que a InsTiimi e a Comissão são de opinião de que a Diretiva 2004/18 devia ter sido respeitada, as Forças Armadas e todos os Governos intervenientes partem do princípio de que se justifica uma derrogação dessa diretiva ao abrigo do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE.

36. Em princípio, no setor da defesa também são aplicáveis as disposições do direito da União em matéria de contratos públicos. Isto já resultava do artigo 10.º da Diretiva 2004/18 no momento da adjudicação do contrato controvertido. A Diretiva 2009/81 confirma isso mesmo no que se refere ao período a partir de 21 de agosto de 2011 [18]. A aplicação das disposições do direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos reforçam a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços no seio da União, contribuindo deste modo para a realização do mercado interno [19].

37. Ao mesmo tempo, o direito da União reconhece, no entanto, o interesse justificado dos Estados-Membros na defesa dos seus interesses essenciais de segurança, sendo expressão disso, designadamente, o artigo 296.º CE. No artigo 10.º da Diretiva 2004/18, que remete expressamente para essa disposição do Tratado, manifesta-se a relação de tensão que pode surgir, na adjudicação de contratos públicos, entre o princípio do mercado interno e os interesses de segurança nacional.

38. Resulta do artigo 10.º da Diretiva 2004/18, conjugado com o artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, que um Estado-Membro pode derrogar as disposições de direito da União em matéria de contratos públicos quando, por um lado, esteja em causa o comércio de armas, munições e material de guerra (primeiro critério) e, por outro, essa derrogação das disposições do direito da União em matéria de contratos públicos seja necessária para a proteção dos interesses essenciais da segurança desse Estado-Membro (segundo critério).

16 — Quanto à falta de pertinência *manifesta* como fundamento de inadmissibilidade v., entre muitos, acórdãos de 3 de junho de 2008, Intertanko e o. (C-308/06, Colet., p. I-4057, n.os 31 e 32), de 12 de outubro de 2010, Rosenbladt (C-45/09 Colet., p. I-9391, n.os 32 e 33), e de 25 de outubro de 2011, eDate Advertising (C-509/09, Colet., p. I-10269, n.os 32 e 33).

17 — Acórdãos de 7 de setembro de 1999, Beck und Bergdorf (C-355/97, Colet., p. I-4977, n.º 21), Rosenbladt, já referido na nota 16, n.º 33, e de 5 de abril de 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, Colet., p. I-2551, n.º 21).

18 — V., em especial, artigo 10.º da Diretiva 2004/18 na versão da Diretiva 2009/81, bem como artigo 2.º da Diretiva 2009/81 e a primeira frase do décimo considerando da Diretiva 2009/81.

19 — Segundo considerando da Diretiva 2004/18; no mesmo sentido, v. jurisprudência constante do Tribunal de Justiça relativa a diversas diretivas para a coordenação do direito dos contratos públicos, designadamente, acórdãos de 3 de outubro de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Colet., p. I-8035, n.º 16), de 13 de novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, Colet., p. I-9777, n.º 27), e de 13 de dezembro de 2007, Bayerischer Rundfunk e o. (C-337/06, Colet., p. I-11173, n.º 38).

39. Tendo em consideração o significado essencial das liberdades fundamentais e do princípio do mercado interno no sistema dos Tratados [20], esses critérios devem ser interpretados em sentido estrito, de harmonia com a jurisprudência proferida sobre o artigo 296.º CE [21].

1. Primeiro critério: equipamento militar

40. A primeira parte da primeira frase do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, aplica-se a armas, munições e material de guerra — em resumo: *equipamento militar*. O Conselho fixou as categorias de objetos em questão na lista de 1958.

41. Partilho da opinião do Tribunal Geral da União Europeia (então Tribunal de Primeira Instância) [22], segundo a qual o âmbito de aplicação material do artigo 296.º, n.º 1, da alínea b), CE, é regulado exaustivamente pela lista de 1958 para a qual remete expressamente o artigo 296.º, n.º 2, CE [23]. O Tribunal salientou justamente que a regulamentação excecional do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, não se destina a ser aplicada a atividades relativas a produtos diferentes dos produtos militares identificados na lista do Conselho de 15 de abril de 1958 [24].

42. Uma derrogação aos processos de adjudicação prescritos na Diretiva 2004/18, ao abrigo do artigo 296.º, n.º 1, da alínea b), CE, pressupõe, assim, antes de mais que um produto como a mesa rotativa controvertida esteja abrangido numa das categorias de objetos constantes da lista de 1958. O órgão jurisdicional de reenvio, ao qual compete em exclusivo o apuramento e a apreciação da matéria de facto, terá de examinar e apreciar essa questão em pormenor.

43. Dado que a mesa rotativa, segundo as informações das Forças Armadas finlandesas, torna possível a realização de medições eletromagnéticas e a simulação de intervenções militares, em que é treinada a obtenção de alvos, pode tratar-se de um componente de um equipamento de ensaio e controlo de armas (n.º 15 conjugado com os n.ºs 11 e 14 da lista de 1958). Teoricamente, a mesa rotativa pode, além disso, ser considerada como parte de um indicador de posição ou de um dispositivo de observação [n.º 5, alíneas b) e c), conjugado com o n.º 14 da lista de 1958] [25].

44. No entanto, a mera circunstância de a mesa rotativa se enquadrar numa ou noutra categoria de objetos na aceção da lista de 1958 não justifica que não lhe sejam aplicáveis as disposições do direito da União em matéria de contratos públicos. Com efeito, a referência a determinado objeto na lista de 1958 é uma condição necessária, mas não suficiente para invocar o artigo 10.º da Diretiva 2004/18, conjugado com o artigo 296.º, n.º 1, alínea b), primeira parte do primeiro período, CE.

20 — V. a esse respeito, artigo 2.º UE e artigo 3.º, n.º 1, alínea c), CE (que passou a artigo 3.º, n.º 3, primeira frase, TUE).

21 — Acórdãos Comissão/Espanha (C-414/97, n.º 21), Comissão/Finlândia (C-284/05, n.º 46), Comissão/Suécia (C-294/05, n.º 44), Comissão/Alemanha (C-372/05, n.º 69), Comissão/Itália (C-387/05, n.º 46), Comissão/Grécia (C-409/05, n.º 51), Comissão/Dinamarca (C-461/05, n.º 52), Comissão/Itália (C-239/05, n.º 47) e Comissão/Portugal (C-38/06, n.º 63), referidos na nota 2.

22 — V. acórdão de 30 de setembro de 2003, Fiocchi munizioni/Comissão (T-26/01, Colet., p. II-3951).

23 — Isto não exclui naturalmente que a lista seja interpretada e aplicada no tempo a fim de ter em conta os desenvolvimentos atuais. Tal como resulta do décimo considerando da Diretiva 2009/81, trata-se designadamente de uma «lista […] genérica [que] deve ser interpretada em sentido lato, em função do caráter evolutivo da tecnologia, das políticas de contratos e dos requisitos militares, de que resulta o desenvolvimento de novos tipos de equipamentos […]» (em sentido semelhante, v. a comunicação da Comissão já referida na nota 15, n.º 3). Deste modo, a lista aplica-se não só aos equipamentos militares conhecidos em 1958, mas também aos que são utilizados atualmente pelas Forças Armadas dos Estados-Membros, desde que possam ser abrangidos numa das categorias descritas na lista.

24 — Acórdão Fiocchi munizioni/Comissão, já referido na nota 22, n.º 61.

25 — A classificação no n.º 5 da lista de 1958 pressupõe que se trate de «Material de direção de tiro para uso militar». Pode considerar-se que existe uma referência a «direção de tiro», uma vez que, em relação à «guerra eletrónica», a mesa rotativa controvertida pode ser utilizada na simulação e no treino da «obtenção de alvos» e ainda na preparação de «contra-medidas contra o reconhecimento aéreo». Contudo, na audiência no Tribunal de Justiça, as partes não partiram do princípio de que exista essa conexão com a direção de tiro.

45. A aplicação da primeira parte do primeiro período da alínea b) do n.º 1 do artigo 296.º CE pressupõe ainda que o objeto em questão seja *destinado a fins especificamente militares* [26]. Isto resulta *a contrario* do segundo período da disposição referida, que diz respeito a «produtos não destinados a fins especificamente militares». A lista de 1958 contém igualmente numerosas formulações, das quais resulta que um produto na aceção do artigo 296.º, n.º 1, da alínea b), CE, deve não só ser classificado, de acordo com a sua natureza, numa determinada categoria de objetos, mas além disso deve ser destinado a fins especificamente militares [27]. Isto foi, de igual modo, recentemente confirmado pelo legislador da União [28].

46. O facto de um produto ser destinado a fins militares não decorre propriamente apenas do facto de as Forças Armadas de um Estado-Membro serem compradoras ou de outra entidade pública o adquirir para as Forças Armadas. Se assim fosse, qualquer lápis poderia ser considerado um produto militar, apenas por ser adquirido para as Forças Armadas. Isso seria contrário ao princípio da interpretação estrita do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, e afetaria excessivamente o princípio do mercado interno.

47. Também não é suficiente o facto de se tratar de um produto que é meramente *adequado* para utilização militar e que, portanto, *pode eventualmente* ser utilizado para fins militares. Neste sentido, o Tribunal de Justiça decidiu no processo Agusta que os helicópteros adquiridos pelo Estado italiano segundo uma prática de vários anos sem concurso prévio não são abrangidos pelo artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, porque tinham vocação civil certa, ao passo que a sua finalidade militar era meramente eventual [29].

48. A aplicação do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE pressupõe que se trate de um produto que, além de ser adequado para uma eventual utilização militar, seja *destinado especificamente a fins militares*, quer do ponto de vista subjetivo quer objetivo. Assim, o objeto em questão deve destinar-se a fins especificamente militares não apenas em função da sua utilização concreta, definida pela entidade pública adjudicante [30] (portanto, do ponto de vista *subjetivo*), mas também em função da sua conceção e das suas qualidades (portanto, do ponto de vista *objetivo*) [31].

49. No caso de alguns produtos, pode ser evidente que se trata de fins especificamente militares. Basta pensar em armas anticarro, bombas e navios de guerra referidos na lista de 1958 [32]. São concebidos como aparelhos puramente militares (finalidade objetiva) e são adquiridos pelas entidades públicas adjudicantes exclusivamente para fins militares (finalidade subjetiva).

50. No caso de outros produtos, como, por exemplo, os veículos, aeronaves, explosivos, munições e tensímetros também referidos na lista de 1958, tem de ser provada concretamente a finalidade militar específica [33], dado que também é possível uma utilização civil.

51. O mesmo acontece no caso vertente.

26 — Acórdãos Agusta, já referido na nota 47, e de 2 de outubro de 2008, Comissão/Itália (C-157/06, Colet., p. I-7313, n.º 26).

27 — V. n.os 5 e 11 («para fins militares»), bem como n.º 14 da lista de 1958 («desde que tenham caráter militar»).

28 — «[A lista de 1958] inclui apenas equipamento concebido, desenvolvido e produzido especificamente para fins militares» (segunda frase do décimo considerando da Diretiva 2004/18).

29 — Acórdão Agusta, já referido na nota 5, em especial n.os 48 e 49; v. igualmente acórdão Comissão/Itália (C-157/05, já referido na nota 26, n.º 27).

30 — V. ainda acórdão Agusta, já referido na nota 5, em especial n.os 48 e 49, onde é salientada a utilização definida pela entidade pública adjudicante.

31 — Neste sentido, v. igualmente o décimo considerando da Diretiva 2009/81, segundo o qual a lista de 1958 «inclui apenas equipamento *concebido, desenvolvido e produzido* especificamente para fins militares» (sublinhado nosso); v. igualmente a comunicação da Comissão, já referida na nota 15, n.º 3, que trata de equipamentos «*de natureza e finalidade puramente militares*» (sublinhado no original).

32 — N.os 2, alínea a), 4 e 9, alínea a), da lista de 1958.

33 — N.os 3, 5, alínea b), 6, 8, alínea b) e 10 da lista de 1958.

52. É certo que a mesa rotativa controvertida tinha um fim especificamente militar *do ponto de vista subjetivo*: segundo a vontade da entidade pública adjudicante, destinava-se à simulação de intervenções militares e ao treino de obtenção de alvos pelas Forças Armadas finlandesas. Nessa medida, o caso vertente é diferente do processo Agusta, em que não foi possível provar o fim especificamente militar dos produtos adquiridos [34].

53. Mas do *ponto de vista objetivo* existem sérias dúvidas quanto à qualificação desta mesa rotativa como um produto destinado a fins especificamente militares. As partes na audiência não chegaram a acordo sobre a questão de saber se uma mesa rotativa como a que está em causa ainda encontraria comprador no caso de vir a ser posteriormente alienada pelas Forças Armadas no mercado civil. No entanto, segundo as afirmações do órgão jurisdicional de reenvio, que são as únicas relevantes no processo de reenvio prejudicial, [35] existem aplicações técnicas úteis amplamente semelhantes para esse tipo de mesas rotativas no mercado civil. Do mesmo modo, a InsTiimi alega — sem ser contestada — que as mesas rotativas podem ser utilizadas igualmente no setor civil, e até foram concebidas de origem para fins civis, só mais tarde tendo passado a ser utilizadas para fins militares.

54. Tais produtos que, embora inicialmente concebidos para utilização civil, tenham sido posteriormente adaptados a fins militares, segundo a vontade do legislador da União [36] não devem, em princípio, ficar fora do âmbito de aplicação das disposições do direito da União relativas à adjudicação de contratos públicos [37].

55. Não é certamente de excluir que a mesa rotativa adquirida no caso vertente com vista à sua utilização para fins militares tenha sido modificada em aspetos tão essenciais que se tenha transformado num produto totalmente diferente do que é usual no setor civil. Essa adaptação poderia ser efetuada, por exemplo, através da integração da mesa rotativa numa «trajetória de medição no exterior», especificamente concebida para medições, simulações e exercícios de «guerra eletrónica».

56. No caso de se chegar a uma alteração tão fundamental — o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar –, a mesa rotativa em questão teria adquirido um destino especificamente militar não só do ponto de vista subjetivo, mas também do ponto vista objetivo. Então (e apenas nesse caso) a entidade pública adjudicante tê-la-ia qualificado com razão como produto militar na aceção do primeiro período do n.º 1, alínea b), do artigo 296.º CE.

57. Se, pelo contrário, se confirmar no processo principal a orientação do órgão jurisdicional de reenvio até ao presente, segundo a qual a mesa rotativa controvertida, do ponto de vista da sua conceção e das suas características, também como parte de um sistema militar especial de medições eletromagnéticas e para a simulação de situações de combate, não é diferente, no essencial, das mesas rotativas que são utilizadas habitualmente no setor civil, faltar-lhe-ia o destino especificamente militar do ponto de vista objetivo, apesar de a entidade pública adjudicante a ter previsto e adquirido para uma utilização especificamente militar.

58. Neste último caso, deveriam ter sido aplicadas aquando da aquisição da mesa rotativa em questão as disposições previstas pelo direito da União em matéria de processos de adjudicação.

34 — Acórdão Agusta, já referido na nota 5, n.ºs 48 e 49.

35 — Acórdãos de 25 de outubro de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Colet., p. I-8089, n.º 10), de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01, Colet., p. I-5257, n.º 42), e de 25 de janeiro de 2011, Neukirchinger (C-382/08, Colet., p. I-139, n.º 41).

36 — Última frase do décimo considerando da Diretiva 2009/81. Embora esta afirmação provenha de um ato legislativo que não se aplica ao caso vertente do ponto de vista temporal, nada parece opor-se a que sejam tidas em conta as apreciações subjacentes na interpretação da Diretiva 2004/18, na versão aplicável ao processo principal. Com efeito, em todo o caso, no décimo considerando, já referido, encontram-se no essencial esclarecimentos sobre o significado da lista de 1958, tal como devia ser entendida até ao presente.

37 — Em sentido muito semelhante, o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro não pode invocar o artigo 296.º CE, a fim de isentar de direitos aduaneiros à importação um aparelho que possa ser utilizado quer para fins civis quer para fins militares, «independentemente de este último ter sido importado exclusivamente ou não para fins militares» (v. acórdãos Comissão/Suécia, C-294/05, n.º 53, e Comissão/Itália, C-387/05, n.º 55, já referidos na nota 2).

59. Em resumo, há que declarar o seguinte:

Um produto que, segundo as informações da entidade pública adjudicante, é destinado a fins especificamente militares, mas que objetivamente não se diferencia de produtos equivalentes utilizados no setor civil, não pode, ao abrigo do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, conjugado com o artigo 10.º da Diretiva 2004/18, ser subtraído aos processos de adjudicação de contratos previstos nesta diretiva.

2. Segundo critério: defesa dos interesses essenciais de segurança

60. Mesmo no caso de a mesa rotativa controvertida dever ser qualificada como equipamento militar (primeiro critério de aplicação do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE), o órgão jurisdicional de reenvio terá ainda de apreciar se no caso vertente a derrogação das disposições de direito da União em matéria de processos de adjudicação se considera necessária para a defesa dos interesses essenciais da segurança da Finlândia [segundo critério de aplicação do n.º 1, alínea b), do artigo 296.º CE].

61. A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que a mera invocação dos interesses essenciais da sua segurança por um Estado-Membro não justifica por si só a derrogação ao direito da União [38].

62. É certo que importa atribuir aos Estados-Membros uma discricionariedade particularmente ampla na definição dos seus interesses essenciais de segurança [39], o que é demonstrado desde logo pela expressão «que considere necessárias» do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE. No entanto, cabe às entidades nacionais fazer a prova de que estão reunidas as condições previstas nessa disposição [40].

63. Tal como sustentou a Comissão, com razão, a entidade pública adjudicante teria de provar que, no caso vertente, a derrogação aos processos de adjudicação previstos na Diretiva 2004/18 era necessária [41] e proporcionada [42] para a defesa dos interesses essenciais da segurança da Finlândia.

64. A este respeito, há que observar que a eventual necessidade de prever uma obrigação de confidencialidade no que respeita a determinadas informações militares de modo nenhum impede que se recorra à adjudicação de um contrato no âmbito de um concurso público [43]. Com efeito, no âmbito de um processo de adjudicação como o previsto pelo direito da União, podem ser adotadas as medidas necessárias à proteção de informações sensíveis [44].

65. Aliás, no caso vertente, segundo as informações incontestadas da InsTiimi, a entidade pública adjudicante descreveu pormenorizadamente num jornal diário finlandês o objeto do contrato e o funcionamento da mesa rotativa. Nestas circunstâncias, parece antes pouco provável que tenha existido um interesse de confidencialidade justificado do Estado finlandês no processo de adjudicação.

38 — Acórdãos Comissão/Finlândia (C-284/05, n.º 47), Comissão/Suécia (C-294/05, n.º 45), Comissão/Alemanha (C-372/05, n.º 70), Comissão/Itália (C-387/05, n.º 47), Comissão/Grécia (C-409/05, n.º 52), Comissão/Dinamarca (C-461/05, n.º 53), Comissão/Itália (C-239/06, n.º 48) e Comissão/Portugal (C-38/06, n.º 64), já referidos na nota 2.

39 — Acórdão Fiocchi munizioni/Comissão, já referido na nota 22, n.º 58; v. igualmente a Comunicação da Comissão, já referida na nota 15, segundo a qual «tem-se entendido que» o artigo 296.º CE confere aos Estados-Membros «ampla discricionariedade» na determinação da forma de protegerem os seus interesses essenciais de segurança (n.º 4 da Comunicação), e que «[é] prerrogativa dos Estados-Membros definirem […] os interesses essenciais da sua segurança» (n.º 5 da Comunicação).

40 — Acórdãos Comissão/Espanha (C-414/97, n.ºs 22 e 24), Comissão/Suécia (C-294/05, n.º 47), Comissão/Finlândia (C-284/05, n.º 49), Comissão/Alemanha (C-372/05, n.º 72), Comissão/Itália (C-387/05, n.º 49), Comissão/Grécia (C-409/05, n.º 54), Comissão/Dinamarca (C-461/05, n.º 55), Comissão/Itália (C-239/06, n.º 50) e Comissão/Portugal (C-38/06, n.º 66), já referidos na nota 2.

41 — V. igualmente a Comunicação da Comissão, já referida na nota 15, n.º 3.

42 — Acórdãos Agusta, já referido na nota 5, em especial n.º 53, e Comissão/Itália (C-157/06, já referido na nota 26, n.º 31); v., de modo semelhante, a Comunicação da Comissão, já referida na nota 15, n.º 5, segundo a qual há que demonstrar por que razão, num caso específico, é *necessário*, para proteger um interesse de segurança essencial, não aplicar a diretiva relativa aos contratos públicos.

43 — Acórdãos Agusta, já referido na nota 5, em especial n.º 52, e Comissão/Itália (C-157/05, já referido na nota 26, n.º 30).

44 — Quanto à confidencialidade de informações classificadas da entidade pública adjudicante v., em especial, artigos 7.º, 20.º e 22.º da Diretiva 2009/81; quanto à confidencialidade das informações prestadas pelos proponentes, v. artigo 6.º da Diretiva 2004/18 e artigo 6.º da Diretiva 2009/81, bem como acórdão de 14 de fevereiro de 2008, Varec (C-450/06, Colet., p. I-581).

66. É certo que determinadas derrogações das disposições previstas pelo direito da União em matéria de processos de adjudicação podem ser justificadas pelo facto de um Estado-Membro não querer sem mais revelar informações relevantes para a sua segurança a empresas estrangeiras ou controladas por estrangeiros, em especial, quando se trate de empresas ou pessoas de países terceiros. No que respeita ao fornecimento em equipamentos da defesa, um Estado-Membro também pode legitimamente velar por não se colocar na dependência de países terceiros ou de empresas de países terceiros. O Governo checo salientou, com razão, estes dois aspetos.

67. No entanto, também não há indícios, tanto quanto é possível vislumbrar, de que existam tais considerações de segurança por parte da entidade pública adjudicante no caso vertente. Por último, competirá ao órgão jurisdicional de reenvio pronunciar-se a esse respeito com base numa apreciação abrangente de todas as circunstâncias do caso concreto.

VI — Conclusão

68. À luz da exposição precedente, sugiro que o Tribunal de Justiça responda à questão apresentada pelo Korkein hallinto-oikeus do seguinte modo:

Um produto que, segundo as indicações da entidade pública adjudicante, é destinado a fins especificamente militares, mas que do ponto de vista objetivo não se diferencia de produtos equivalentes utilizados no setor civil, não pode, ao abrigo do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, conjugado com o artigo 10.º da Diretiva 2004/18, ser subtraído ao processo de adjudicação previsto por esta diretiva.