

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 2 de octubre de 2008 *

En el asunto C-157/06,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 23 de marzo de 2006,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. X. Lewis y la Sra. D. Recchia, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Italiana, representada por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: italiano.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen, Presidente de la Sala Sexta, en funciones de Presidente de la Sala Segunda, y los Sres. K. Schiemann, J. Makarczyk (Ponente), J.-C. Bonichot y la Sra. C. Toader, Jueces,

Abogado General: Sr. M. Poiares Maduro,
Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de mayo de 2008;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1) y, en concreto, de los artículos 2, apartado 1, letra b), 6 y 9 de ésta, al haber adoptado el Decreto del Ministro del Interior n.º 558/A/04/03/RR de 11 de julio de 2003 (en lo sucesivo, «Decreto ministerial»), por el que se autoriza la

inaplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de suministros para la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación.

Marco jurídico

La normativa comunitaria

² El artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36 está redactado como sigue:

«1. La presente Directiva no se aplicará a:

[...]

b) Los contratos de suministro que se declaren secretos o cuya ejecución deba ir acompañada de especiales medidas de seguridad, con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro de que se

trate o cuando así lo requiera la protección de los intereses esenciales de la seguridad de dicho Estado miembro.»

3 El artículo 3 de la misma Directiva establece:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2, 4 y en el apartado 1 del artículo 5, la presente Directiva se aplicará a todos los productos a que se refiere la letra a) del artículo 1, incluidos los comprendidos en contratos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, con excepción de los productos a los que se aplica la letra b) del apartado 1 del artículo 223 del Tratado.»

4 El artículo 6 de esta Directiva dispone:

«1. Al adjudicar contratos públicos de suministro, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos que se definen en las letras d), e) y f) del artículo 1, en los supuestos que a continuación se establecen.

2. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables con arreglo a disposiciones nacionales conformes a lo dispuesto en [el] título IV, siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. En tales casos, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación, a menos que incluyan en tales procedimientos negociados a todas las empresas que cumplan los requisitos de los artículos 20 a 24 y que, durante el anterior procedimiento abierto o

restringido, hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos formales del procedimiento de licitación.

3. Los poderes adjudicadores también podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado, sin publicación previa de anuncio de licitación, en los casos siguientes:

- a) cuando no se presenten proposiciones, o cuando se presenten proposiciones inadecuadas, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones originales del contrato y se transmita un informe a la Comisión;

- b) cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, no aplicándose esta condición a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo;

- c) cuando, a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o el suministro del producto a un determinado proveedor;

- d) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la extrema urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o

negociados contemplados en el apartado 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias imputables a los poderes adjudicadores para justificar la extrema urgencia;

- e) para suministros complementarios efectuados por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligara al poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

4. En todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido.»

5 El artículo 9 de dicha Directiva está redactado como sigue:

«1. Los poderes adjudicadores darán a conocer, mediante un anuncio indicativo que se publicará lo antes posible después del inicio del ejercicio presupuestario, el volumen total de contratos por grupos de productos que tengan previsto adjudicar durante los 12 meses siguientes, cuando el valor total estimado, atendiendo a las disposiciones del artículo 5 sea igual o superior a 750.000 [euros].

Los grupos de productos serán establecidos por los poderes adjudicadores haciendo referencia a la nomenclatura “Classification of Products According to Activities (CPA)”. La Comisión determinará con arreglo al procedimiento establecido en el

apartado 2 del artículo 32 las condiciones de referencia en el anuncio a partidas particulares de la nomenclatura.

2. Los poderes adjudicadores que vayan a adjudicar un contrato público de suministro por el procedimiento abierto, restringido o negociado en los casos contemplados en el apartado 2 del artículo 6, darán a conocer su propósito por medio de un anuncio.

3. Los poderes adjudicadores que hayan adjudicado un contrato darán a conocer el resultado por medio de un anuncio. Sin embargo, en algunos casos podrá no publicarse determinada información relativa a la adjudicación de un contrato cuando su divulgación pudiese constituir un obstáculo a la aplicación de la legislación, o fuere contraria al interés público o perjudicare los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, o pudieren perjudicar la competencia leal entre proveedores.

4. Los anuncios deberán ajustarse a los modelos que figuran en el anexo IV y contendrán la información solicitada en esos modelos. Los poderes adjudicadores no podrán exigir más condiciones que las recogidas en los artículos 22 y 23 cuando soliciten información sobre las condiciones técnicas y económicas que exijan a los proveedores para su selección (punto 11 del anexo IV B, punto 9 del anexo IV C y punto 8 del anexo IV D).

5. Los anuncios serán enviados por el poder adjudicador a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. En el caso del procedimiento acelerado previsto en el artículo 12, los anuncios se enviarán por télex, telegrama o telecopiadora.

El anuncio previsto en el apartado 1 se enviará lo antes posible después del comienzo de cada ejercicio presupuestario.

El anuncio previsto en el apartado 3 se enviará a más tardar cuarenta y ocho días después de la adjudicación del contrato en cuestión.

6. Los anuncios previstos en los apartados 1 y 3 se publicarán *in extenso* en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y en el banco de datos TED [Tenders electronic daily] en las lenguas oficiales de las Comunidades, siendo únicamente auténtico el texto original.

7. Los anuncios previstos en el apartado 2 se publicarán *in extenso* en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y en el banco de datos TED en sus lenguas originales. Se publicará un resumen de los elementos importantes de cada anuncio en las demás lenguas oficiales de las Comunidades, siendo únicamente auténtico el texto original.

8. La Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas publicará los anuncios a más tardar doce días después de su envío. En el caso del procedimiento acelerado previsto en el artículo 12 dicho plazo se reducirá a cinco días.

9. La publicación de los anuncios en los Diarios Oficiales o en la prensa del país del poder adjudicador no deberá producirse antes de la fecha de envío a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y deberá mencionar dicha fecha. Dicha publicación no deberá incluir información diferente de la publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

10. Los poderes adjudicadores deberán poder justificar la fecha de envío.

11. Los gastos de publicación de los anuncios en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* correrán a cargo de las Comunidades. El anuncio no podrá ocupar más de una página del Diario, es decir, unas 650 palabras. Los números del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* en que figuren uno a más anuncios reproducirán el modelo o los modelos en que se inspire el anuncio o los anuncios publicados.»

Normativa nacional

6 El Decreto ministerial dispone:

- «1. Los suministros de helicópteros de tipología ligera para las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos se acompañarán de medidas especiales de seguridad que se extenderán a los actos del Grupo Técnico de Evaluación y de la Comisión Interministerial mencionados en la exposición de motivos.

2. Para la adjudicación de dichos suministros, se podrán establecer excepciones a las disposiciones del Decreto legislativo n° 358 [de 24 de julio de 1992], modificado por el Decreto legislativo n° 402 [de 20 de octubre de 1998 (en lo sucesivo, “Decreto legislativo n° 358/1992”)], cuando se den los requisitos a que se refiere el artículo 4, letra c), de dicho Decreto.»

- 7 El Decreto legislativo n° 358/1992, citado por el Decreto ministerial, constituye la legislación de transposición de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de suministros.
- 8 El artículo 4, letra c), del Decreto legislativo n° 358/1992 reproduce las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36.

Procedimiento precontencioso

- 9 Al conocer la existencia del Decreto ministerial y por considerar que no era conforme con los artículos 2, apartado 1, letra b), 6 y 9 de la Directiva 93/36, la Comisión dirigió el 1 de abril de 2004 un escrito de requerimiento a la República Italiana, al que ésta respondió el 30 de julio de 2004.
- 10 Al no satisfacerle la respuesta, la Comisión dirigió a la República Italiana el 14 de diciembre de 2004 un dictamen motivado instándola a tomar las medidas necesarias para atenerse a dicho dictamen en un plazo de dos meses a partir de su recepción.
- 11 Mediante escrito de 22 de marzo de 2005, la República Italiana informó a la Comisión de que todavía no se había dado respuesta detallada a dicho dictamen motivado, pero que «había iniciado a este respecto un proceso de reflexión en profundidad» cuyos primeros resultados «incitaban a pensar que la lectura de dicho Decreto podía suscitar una cierta perplejidad sobre la correspondencia de los procedimientos de adjudicación

de contratos públicos de suministro con el marco normativo en vigor en el ámbito comunitario». Este escrito continuaba esperando que se abriera un diálogo técnico con los servicios de la Comisión que podría «acompañar al procedimiento de reflexión en cuestión y conducir a una revisión de la legislación arriba mencionada que tenga debidamente en cuenta los diversos imperativos en la materia».

- ¹² A pesar de dos escritos de la Comisión de 14 de abril y de 26 de mayo de 2005, que indican a la República Italiana su disposición a iniciar un diálogo con los servicios ministeriales afectados, este diálogo técnico nunca se produjo. En tales circunstancias, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Alegaciones de las partes

- ¹³ La Comisión reprocha a la República Italiana haber sustraído indebidamente del ámbito de aplicación de la Directiva 93/36, mediante el Decreto ministerial, los suministros de helicópteros ligeros para las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, ya que no se cumple ninguno de los requisitos previstos en el artículo 2, apartado 1, letra b), de esta Directiva.

- 14 A este respecto, la Comisión subraya que dichos helicópteros están destinados a las Fuerzas de Policía y al Cuerpo Nacional de Bomberos, es decir, a servicios civiles que, normalmente, no deberían participar en operaciones militares. Además, la circunstancia de que se prevea la instalación de un armamento ligero como una mera eventualidad, confirma que los helicópteros en cuestión se destinan a un uso esencialmente civil. Por último, el hecho de que estos helicópteros deban tener ciertas características parecidas a las de los helicópteros militares no basta para asimilarlos a suministros militares. Para la Comisión se trata, como mucho, de aeronaves destinadas a un eventual doble uso.
- 15 Por lo demás, la Comisión estima que, aunque se tratara de suministros militares, la Directiva 93/36 debería seguir siendo aplicable y las circunstancias que justifican la excepción prevista en su artículo 2, apartado 1, letra b), tendrían que ser establecidas por el Estado miembro que invoque dicha excepción. Pues bien, considera que en el caso de autos la República Italiana no ha demostrado la legitimidad de recurrir a la excepción a que se refiere la disposición mencionada.
- 16 La República Italiana afirma que, en el contexto internacional actual, los conceptos de guerra y de material de guerra han sufrido una modificación sustancial en relación con su significado inicial, como ocurre con el concepto de protección de los intereses esenciales de la seguridad nacional. El carácter militar de los helicópteros que son objeto de los suministros previstos por el Decreto ministerial no puede rebatirse, al poder estos helicópteros ser utilizados para garantizar misiones de seguridad nacional. En efecto, de conformidad con lo previsto por una comisión interministerial creada a tal fin, estos helicópteros tienen que poseer ciertas características técnicas que les permitan ser utilizados eventualmente como sistemas de armas y de defensa, de manera que requieren una homologación del Ministerio de Defensa.
- 17 La República Italiana sostiene que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36. Basa principalmente su afirmación en el argumento según el cual debe mantenerse la mayor discreción sobre los suministros de que se trata, debido a su utilización como sistemas de armas y a su interoperabilidad con

otro material militar. Es la razón por la que no podría garantizarse el secreto en el marco de un procedimiento de licitación abierto.

- 18 Por otra parte, la República Italiana considera que, como las aeronaves en cuestión pueden calificarse, sin restricción, de material militar, incluso en el supuesto de que tuviera que considerarse que en el presente asunto no se pueden aplicar los requisitos previstos en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36, los suministros controvertidos se acogen, no obstante, a la excepción del artículo 296 CE y quedan exentos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.
- 19 Por último, la República Italiana considera inadmisibile el presente recurso en la medida en que se ignora el principio *non bis in idem*. Sostiene, en efecto, que la cuestión que es objeto del presente litigio ya ha sido examinada y apreciada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia (C-337/05, Rec. p. I-2173).

Apreciación del Tribunal de Justicia

Sobre la admisibilidad

- 20 A este respecto, basta señalar una diferencia fundamental entre el presente asunto y el que dio lugar a la sentencia Comisión/Italia, antes citada. En el presente asunto, la República Italiana ha actuado en virtud de un Decreto del Ministro del Interior, mientras que el asunto que dio lugar a la sentencia mencionada se refería a la legalidad

de una práctica de las autoridades italianas. Esta conclusión basta para afirmar que, en cualquier caso, no se puede invocar válidamente en el caso de autos el principio *non bis in idem*.

- 21 Por consiguiente, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la República Italiana.

Sobre el fondo

- 22 Procede señalar, con carácter preliminar, que las partes coinciden en que los importes de los contratos a que se refiere el Decreto ministerial rebasan el umbral, fijado en el artículo 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/36, por el que pueden quedar comprendidos en el ámbito de aplicación de ésta.
- 23 Procede recordar asimismo que, según una jurisprudencia consolidada, las excepciones a las normas que tienen por finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec. p. I-5923, apartado 36) y que la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias excepcionales que justifican tal excepción incumbe a quien pretenda alegar la citada excepción (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de mayo de 1994, Comisión/España, C-328/92, Rec. p. I-1569, apartados 15 y 16, y Comisión/Italia, antes citada, apartados 57 y 58).

- 24 En el caso de autos, la República Italiana alega que el Decreto ministerial cumple los requisitos previstos en los artículos 296 CE y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36 por el motivo principal de que los helicópteros a que se refiere este Decreto son bienes de doble uso, es decir, que pueden servir tanto para fines civiles como militares.
- 25 Procede recordar, a este respecto, que, en virtud del artículo 296 CE, apartado 1, letra 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, siempre que, no obstante, estas medidas no alteren las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares (véase sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 46).
- 26 Del tenor literal de la mencionada disposición se desprende que los productos de que se trata deben ser destinados a fines específicamente militares. De ello se deduce que la adquisición de equipos, cuya utilización para fines militares se considere poco cierta, deberá respetar necesariamente las normas de adjudicación de los contratos públicos (véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 47).
- 27 Ahora bien, queda acreditado que el Decreto ministerial se refiere, como lo admite la República Italiana, a helicópteros cuya vocación civil es cierta, mientras que su finalidad militar sólo es eventual.
- 28 Por consiguiente, la República Italiana no puede invocar válidamente el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), al que remite el artículo 3 de la Directiva 93/36, para

justificar una normativa nacional que autoriza el recurso al procedimiento negociado para la adquisición de los helicópteros mencionados.

29 Por otra parte, dicho Estado miembro invoca el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36.

30 Desde un principio, cabe recordar que la necesidad de establecer una obligación de confidencialidad no impide en modo alguno utilizar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato (véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 52).

31 Por lo tanto, el recurso al artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36 para justificar una normativa nacional que autoriza la compra de los helicópteros de que se trata por el procedimiento negociado parece desproporcionado en relación con el objetivo de impedir la divulgación de información sensible sobre la producción de éstos. Efectivamente, la República Italiana no ha acreditado que no pueda alcanzarse tal objetivo en el marco de un procedimiento de licitación como el previsto en la propia Directiva (véase, la sentencia Comisión/Italia antes citada, apartado 53).

32 De ello se desprende que, en el caso de autos, el mero hecho de afirmar que los suministros de que se trata se declaran secretos, que se acompañan de medidas especiales de seguridad o que es necesario sustraerlos a las normas comunitarias para proteger los intereses esenciales de seguridad del Estado, no es suficiente para hacer

constar que se dan efectivamente las circunstancias excepcionales que justifican las excepciones previstas en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36.

33 En consecuencia, la República Italiana no puede invocar válidamente el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36 para justificar una normativa nacional que autoriza el recurso al procedimiento negociado para la adquisición de dichos helicópteros.

34 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36 y, en concreto, de los artículos 2, apartado 1, letra b), 6 y 9, de ésta, al haber adoptado el Decreto ministerial por el que se autoriza la inaplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de suministro para la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación.

Costas

35 En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Puesto que la Comisión ha pedido que se condene en costas a la República Italiana y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

- 1) **Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y, en concreto, de los artículos 2, apartado 1, letra b), 6 y 9 de ésta, al haber adoptado el Decreto del Ministro del Interior n° 558/A/04/03/RR, de 11 de julio de 2003, por el que se autoriza la inaplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de suministro para la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación.**

- 2) **Condenar en costas a la República Italiana.**

Firmas