CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 2 juin 2005 [1]

1. Dans la présente affaire, la Commission des Communautés européennes soutient que, en adoptant certaines dispositions qui autorisent à recourir à une procédure négociée sans publication d'un avis d'adjudication pour l'achat d'équipements et de services de lutte contre les incendies de forêts, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/36/CEE [2] et des articles 43 CE et 49 CE.

La législation pertinente

La législation communautaire

2. La directive 93/36 coordonne les procédures de passation des marchés publics de fournitures et la directive 92/50/CEE [3] coordonne les procédures de passation des marchés publics de services par l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public [4].

3. Les directives prévoient trois types de procédures:

— les «procédures ouvertes», dans lesquelles tout fournisseur intéressé peut présenter une offre;

— les «procédures restreintes», dans lesquelles seuls les fournisseurs invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre et

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199, p. 1).

3 — Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1).

4 — Voir article 1er, sous b), de chaque directive.

— les «procédures négociées», dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les fournisseurs de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux [5].

4. En règle générale, les pouvoirs adjudicateurs doivent passer leurs marchés de fournitures et de services par procédure ouverte ou restreinte [6].

5. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, ils peuvent passer leurs marchés par procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication.

6. En ce qui concerne les marchés de fournitures, ces cas sont énumérés à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 93/36 et comprennent, pour ce qui nous intéresse ici, les hypothèses suivantes:

«[...]

c) lorsque, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, la fabrication ou la livraison des produits ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé;

d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées visées au paragraphe 2 [7]. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

e) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans».

5 — Article 1er, sous d), e) et f), respectivement, de chaque directive.

6 — Articles 6, paragraphe 4, de la directive 93/36 et 11, paragraphe 4, de la directive 92/50.

7 — Les procédures négociées sont celles engagées en cas d'obstacle au bon déroulement d'une procédure ouverte ou restreinte et qui soit donnent lieu à la publication préalable d'un avis d'adjudication, soit sont ouvertes à toutes les entreprises qui ont soumis des offres lors des procédures antérieures.

7. En ce qui concerne les marchés de services, ces cas sont énoncés à l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50, dont les termes sont légèrement différents:

«b) pour les services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé;

[...]

d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées [8] visées aux articles 17 à 20. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

[...]

f) pour de nouveaux services consistant dans la répétition de services similaires confiés au prestataire titulaire d'un premier marché et par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe 4. La possibilité de recourir à la procédure négociée doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7. Cette procédure ne peut être appliquée que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.»

8. Toutefois, la Cour a jugé que, même lorsque ces exceptions sont applicables ou lorsque le montant du marché est inférieur au seuil d'application des directives [9], les procédures utilisées doivent respecter les principes fondamentaux du droit communautaire et, notamment, le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité CE en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services, à savoir les articles 43 CE et 49 CE [10]. Ce principe implique une obligation de transparence qui exige à son tour un

8 — Ces dernières sont certaines procédures négociées, avec publication préalable d'un avis d'adjudication, sauf dans les cas analogues à ceux visés à la note précédente.

9 — C'est-à-dire, en vertu de l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 93/36 et de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 92/50, lorsque le montant estimé hors TVA du marché est d'au moins 200 000 droits de tirage spéciaux (DTS) ou, pour les autorités gouvernementales centrales visées par la directive 93/36, 130 000 DTS — correspondant en 2002 à 249 681 euros et à 162 293 euros respectivement — voir JO 2001, C 332, p. 21.

10 — Voir arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne (C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 62).

degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication [11].

La législation nationale

9. L'article 23 quinquies de la loi n° 61 du 30 mars 1998 [12] a alloué une certaine somme au Corpo Forestale dello Stato (ci-après l'«administration des forêts») pour l'achat d'hélicoptères destinés à la lutte contre les incendies de forêts entre les années 1998 et 2000.

10. L'article 5, paragraphe 1, de la loi n° 225 du 24 février 1992, relative au service national et à la protection civile [13], autorise le président du Conseil des ministres à déclarer l'état d'urgence dans une zone déterminée pour une période déterminée en cas de catastrophe naturelle ou d'autres événements dont l'ampleur requiert des mesures et des pouvoirs exceptionnels. L'article 5, paragraphe 2, permet d'adopter des ordonnances en telles hypothèses, par dérogation aux dispositions en vigueur, mais conformément aux principes généraux du droit, en vue d'assurer la mise en œuvre des mesures d'urgence consécutives à cette déclaration.

11. Par décret du 28 juin 2002 [14], pris sur la base de l'article 5, paragraphe 1, de la loi n° 225 à la suite des nombreux incendies de forêts qui s'étaient déclarés, le président du Conseil des ministres a proclamé l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire italien aux fins de la lutte aérienne contre les incendies de forêts. L'état d'urgence devait durer jusqu'au 31 octobre 2002. Par un autre décret du même jour [15], un état d'urgence plus limité a été déclaré dans la province de Verbano-Cusio-Ossola, qui devait durer jusqu'au 31 décembre 2002. Ce dernier état d'urgence — mais non, apparemment, le premier — a été prorogé jusqu'au 30 décembre 2003 [16] puis, une nouvelle fois, jusqu'au 31 juillet 2004 [17].

12. Le 24 juillet 2002, le président du Conseil des ministres a adopté l'ordonnance n° 3231 [18] (ci-après l'«ordonnance attaquée») concernant la lutte aérienne contre les incendies de forêts sur la base des textes suivants: la loi n° 225, et notamment son

11 — Voir arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745, point 62).

12 — *GURI* du 31 mars 1998.

13 — *GURI* du 17 mars 1992.

14 — *GURI* du 11 juillet 2002.

15 — *GURI* du 10 juillet 2002.

16 — Décret du président du Conseil des ministres du 20 décembre 2002 (*GURI*, 27 décembre 2002').

17 — Décret du président du Conseil des ministres du 24 octobre 2003 (*GURI*, 4 novembre 2003).

18 — *GURI* du 30 juillet 2002.

article 5; le décret-loi n° 343 du 7 septembre 2001, tel que converti en loi n° 401 du 9 novembre 2001 [19]; et les deux décrets susmentionnés du 28 juin 2002 [20].

13. La présente procédure a pour objet les articles 1er, paragraphe 2, et 2, paragraphes 1, 2 et 3, de l'ordonnance (ci-après les «dispositions attaquées»).

14. L'article 1er, paragraphe 2, dispose:

«Afin d'améliorer la capacité opérationnelle des unités aériennes utilisées pour la lutte contre les incendies de forêts, le département de la protection civile est autorisé à établir et à mettre en œuvre un programme d'urgence spécifique pour renforcer ses ressources technologiques et informatiques et à acheter les équipements nécessaires en recourant notamment à des procédures de gré à gré.»

15. L'article 2, paragraphes 1, 2 et 3, énonce:

«1. Afin de faire face de manière adéquate et avec l'immédiateté requise aux incendies de forêts qui touchent l'ensemble du territoire national et de satisfaire aux objectifs énoncés à l'article 7, paragraphe 2, de la loi n° 353 du 21 novembre 2000 [21], dans le cadre d'un renforcement significatif et constant de la flotte aérienne à la disposition du département de la protection civile, compte tenu de la grande diversité des situations d'urgence, et afin de fournir les moyens essentiels à la prévention de la propagation des incendies susmentionnés, qui sont susceptibles de causer de graves dommages aux personnes et aux biens, le département de la protection civile est autorisé à choisir, de toute urgence, les aéronefs qu'il estime les plus appropriés à l'accomplissement de ses tâches, et à recourir pour leur achat à des procédures de gré à gré, par dérogation aux dispositions visées à l'article 4 ci-dessous [22], pour l'achat ou l'exécution des services de lutte aérienne contre les incendies de forêts.

2. En vue de réaliser les objectifs énoncés à l'article 7, paragraphe 2, de la loi n° 353 du 21 novembre 2000, relative au renforcement de la capacité opérationnelle des unités aériennes de l'administration des forêts

19 — *GURI* du 10 novembre 2001; loi portant mesures d'urgence en vue d'assurer la coordination opérationnelle des services de protection civile.

20 — La référence au second état d'urgence, déclaré dans la province de Verbano-Cusio-Ossola, semble surprenante, à tout le moins en ce qui concerne les dispositions attaquées, qui concernent toutes la lutte contre les incendies de forêts. Cet état d'urgence n'est pas déclaré en réalité, semble-t-il, sur l'ensemble de la province, mais sur une petite partie de celle-ci et concerne l'augmentation du volume des eaux de fonte des glaciers, qui peut être liée à un climat exceptionnellement chaud, mais pas de manière évidente aux incendies de forêts. Il figure toutefois parmi les bases juridiques de l'ordonnance attaquée et la Commission y fait référence.

21 — Loi-cadre concernant la lutte contre les incendies de forêts (*GURI* du 30 novembre 2000; l'article 7, paragraphe 2, impose aux autorités compétentes d'assurer l'efficacité de la lutte contre les incendies et d'améliorer et de moderniser la flotte nationale d'aéronefs de lutte contre les incendies.

22 — Ces dispositions comprennent, outre la législation de transposition des directives relatives aux marchés publics, l'article 23 quinquies de la loi n° 61/98.

utilisées pour la lutte contre les incendies de forêts et dans les opérations consécutives destinées à faire face aux éventuelles situations d'urgence en matière de protection civile, l'administration des forêts est autorisée à choisir, de toute urgence, les aéronefs qu'elle estime les plus appropriés à l'accomplissement de ses tâches et des autres obligations qui découlent de l'article 11 de la loi n° 225/1992 [23], qui doivent être achetés par procédure de gré à gré, par dérogation aux dispositions visées à l'article 4 ci-dessous. À cet effet, l'administration des forêts peut également obtenir et évaluer les résultats des essais réalisés par d'autres entités étatiques, régionales ou locales ainsi que leur expérience en matière de protection civile, et toute étude technique qui a pu être effectuée, afin d'assurer la plus grande intégration fonctionnelle et opérationnelle et la gestion la plus économique possible de l'ensemble de la flotte aérienne nationale de lutte contre les incendies de forêts. Aux fins de l'achat des aéronefs visés au présent paragraphe et par dérogation aux règles générales sur la comptabilité de l'État, l'administration des forêts peut également conclure des contrats en vue de céder en échange des aéronefs en sa possession qui sont destinés à la vente, mais n'ont pas encore été vendus.

3. Afin de permettre au chef de brigade d'assurer la coordination entre les équipes au sol et les aéronefs de lutte contre les incendies, l'administration des forêts est autorisée à acheter, également par procédure de gré à gré, les appareils de radio émetteurs-récepteurs et les accessoires nécessaires aux communications sol-air avec ces aéronefs lors des opérations d'extinction des incendies.»

16. Le préambule de l'ordonnance attaquée justifie son adoption par les conditions climatiques et météorologiques qui prévalaient depuis le début de l'année 2002, et notamment les températures exceptionnellement élevées du mois de juin qui ont accru le risque d'incendies de forêts, ainsi que le besoin urgent d'équipement de lutte aérienne contre les incendies de forêts.

Procédure

17. Au mois de décembre 2000, le ministère des Politiques agricoles et forestières italien a lancé, sur la base de l'article 23 quinquies de la loi n° 61/98, deux appels d'offres portant sur la fourniture d'un total de 49 hélicoptères. Ces procédures ont été ultérieurement suspendues puis annulées, ce qui a donné lieu au dépôt d'une plainte auprès de la Commission. Interrogées par la Commission, les autorités italiennes ont répondu que leur décision était motivée par le fait que, à la suite de l'attentat contre le World Trade Center en septembre 2001, il était nécessaire d'assurer que les hélicoptères puissent être utilisés pour lutter tant contre les incendies que contre le terrorisme. Le 22 juin 2002, les autorités italiennes ont indiqué à la Commis-

23 — Cet article énonce les obligations générales de l'ensemble des services de protection civile, y compris l'administration des forêts.

sion qu'elles avaient l'intention d'acheter les hélicoptères en question et qu'elles considéraient que ces marchés n'étaient pas soumis au droit communautaire puisqu'ils concernaient la sécurité nationale.

18. L'ordonnance attaquée a été adoptée le 24 juillet 2002 et il est constant, semble-t-il, que le seul achat pertinent effectué en application de celle-ci est celui de deux hélicoptères AB 412, fournis par la société italienne Agusta Bell SpA (ci-après «Agusta») à la suite d'une procédure négociée qui s'est achevée par un contrat signé le 28 octobre 2002 et approuvé le 31 octobre de la même année.

19. La Commission a toutefois estimé que les autorisations contenues dans l'ordonnance attaquée étaient contraires au droit communautaire et, le 19 décembre 2002, a adressé une lettre de mise en demeure au gouvernement italien, lui demandant de présenter ses observations conformément à l'article 226 CE. Le gouvernement italien a répondu en soulignant la gravité des incendies de forêts survenus en République italienne en 2002.

20. La Commission a ensuite adressé au gouvernement italien, le 3 avril 2003, un avis motivé en application de l'article 226 CE, dans lequel elle concluait que l'adoption des articles 1er, paragraphe 2, et 2, paragraphes 1, 2 et 3, de l'ordonnance attaquée était contraire au droit communautaire. Elle a demandé à la République italienne de se conformer à l'avis motivé dans un délai d'un mois.

21. Bien que les autorités italiennes aient adressé plusieurs réponses après l'expiration de ce délai, la Commission estime qu'elles ne lui ont notifié aucune mesure prise pour se conformer à l'avis motivé.

22. Elle a donc introduit le présent recours, par lequel elle conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en adoptant les articles 1er, paragraphe 2, et 2, paragraphes 1, 2 et 3 de l'ordonnance attaquée, qui autorisent à recourir à l'entente directe par dérogation aux dispositions des directives communautaires en matière de marchés publics de fournitures et de services, et en particulier aux règles communes de publicité et de participation prévues aux titres III et IV de la directive 93/36 et III et V de la directive 92/50, pour l'achat d'aéronefs de lutte contre les incendies de forêts, ainsi que l'achat de services d'extinction des incendies, et qui permettent également d'avoir recours à la procédure susvisée pour l'achat d'équipements technologiques et informatiques et d'appareils radio émetteurs-

récepteurs, sans qu'aucune des conditions justifiant la dérogation aux règles communes susvisées ne soit remplie et, en tout cas, sans qu'aucune forme de publicité destinée à assurer la mise en concurrence des soumissionnaires potentiels ne soit garantie, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des directives 92/36, 92/50 et des articles 43 CE et 49 CE;

— condamner la République italienne aux dépens.

23. La République italienne conclut à ce qu'il plaise à la Cour déclarer le recours sans objet ou le rejeter comme non fondé.

Recevabilité

24. La République italienne souligne dans ses mémoires que l'ordonnance attaquée portait sur une période limitée, correspondant à la durée de l'état d'urgence, qui a été déclaré jusqu'au 31 octobre 2002.

25. Cette circonstance a suscité un certain débat lors de l'audience quant à la recevabilité du recours formé par la Commission, puisque l'avis motivé n'avait été adressé que le 3 avril 2003, et l'on pourrait se demander si l'infraction alléguée existait encore à l'expiration du délai d'un mois prévu par cet avis.

26. La Commission a fait valoir, en premier lieu, que l'ordonnance attaquée ne contenait aucune disposition limitant ses effets dans le temps et n'avait pas expiré par l'effet de quelque autre règle juridique; en second lieu, que l'une des mesures sur lesquelles elle était fondée, à savoir le décret déclarant l'état d'urgence dans la province de Verbano-Cusio-Ossola, avait été prorogé jusqu'au 31 juillet 2004; en troisième lieu, que le contrat d'achat de deux hélicoptères, conclu en application de l'ordonnance attaquée, n'avait pas été exécuté à l'expiration de ce délai, car des vérifications techniques étaient encore en cours; et, en quatrième lieu, que, si la Cour devait déclarer le recours irrecevable pour les motifs susmentionnés, les États membres pourraient adopter des mesures temporaires qui autoriseraient des dérogations injustifiées aux règles communautaires en matière de marchés publics et échapper néanmoins à toute sanction en s'assurant que ces mesures ont expiré ou ont été abrogées avant que la Commission ne forme un recours.

27. L'agent du gouvernement italien a admis que le recours était recevable. Il a expressément reconnu que, s'il en allait différemment, il ne serait pas possible de procéder au contrôle juridictionnel requis dans de telles affaires.

28. Dans ces conditions, nous proposons de ne pas examiner l'expiration de l'ordonnance attaquée en tant que facteur affectant la recevabilité du recours. Nous convenons toutefois avec les deux parties que les infractions de courte durée au droit communautaire, telles que celles ici en cause, ne doivent pas échapper à la procédure prévue à l'article 226 CE du simple fait que leur durée est limitée.

29. En tout état de cause, que l'ordonnance attaquée ait été en vigueur ou non à l'expiration du délai prévu par l'avis motivé et quel que soit l'état d'avancement des procédures entamées en application de ladite ordonnance, il est clair que la République italienne n'a pris aucune mesure pour mettre fin à l'infraction alléguée, dont elle continue à nier l'existence.

30. Dans ces conditions, on ne saurait considérer que la République italienne s'est conformée à l'avis motivé et que le recours est irrecevable [24].

24 — Voir arrêt du 10 mars 1987, Commission/Italie (199/85, Rec. p. 1039, points 7 à 9 de l'arrêt et points 19 et 20 des conclusions de l'avocat général Lenz). Voir, également, conclusions présentées par l'avocat général Lenz dans les affaires Commission/Italie (arrêt du 5 juin 1986, 103/84, Rec. p. 1759), point 1, sous c), Commission/Grèce (arrêt du 30 mai 1991, C-110/89, Rec. p. I-2659), point 10), et Commission/Portugal (arrêt du 11 juillet 1991, C-247/89, Rec. p. I-3659), point 36 (voir également point 25 de l'arrêt). Dans toutes ces affaires, le recours a été déclaré recevable.

La constatation sollicitée

31. La Commission demande à la Cour de constater que, en adoptant les articles 1er, paragraphe 2, et 2, paragraphes 1, 2 et 3, de l'ordonnance attaquée, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/36 et des articles 43 CE et 49 CE.

32. Cette délimitation de l'objet du recours appelle deux observations liminaires.

33. En premier lieu, la Commission a fait référence à des procédures de passation de marchés de fournitures entamées et annulées avant l'adoption de l'ordonnance attaquée [25]. Ces circonstances expliquent sans doute l'intérêt particulier que la Commission porte à ladite ordonnance et pourraient intéresser certains des arguments de la Commission concernant l'existence de l'urgence.

34. En second lieu, les mémoires des parties consacrent des développements relativement importants à l'achat de deux hélicoptères Agusta AB 412 sur la base de l'ordonnance attaquée. Les conditions dans lesquelles ces achats ont eu lieu pourraient éclairer les circonstances dans lesquelles ladite ordonnance a été adoptée.

25 — Voir point 17 ci-dessus.

35. Il convient toutefois de rappeler à ces deux égards que la constatation sollicitée concerne seulement l'adoption de dispositions spécifiques de cette ordonnance et non les procédures de passation de marchés publics elles-mêmes, quelles que soient leur date d'ouverture et leur base juridique.

36. Le libellé de la constatation demandée appelle également de plus amples observations.

37. La Commission demande à la Cour de constater que les dispositions attaquées autorisent à recourir à des procédures négociées «par dérogation aux dispositions des directives communautaires en matière de marchés publics de fournitures et de services, et en particulier aux règles communes de publicité et de participation prévues aux titres III et IV de la directive 93/36 et III et V de la directive 92/50 [...] sans qu'aucune des conditions justifiant la dérogation aux règles communes susvisées ne soit remplie et, en tout cas, sans qu'aucune forme de publicité destinée à assurer la mise en concurrence des soumissionnaires potentiels ne soit garantie».

38. Partant de cette prémisse, elle conclut que la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/36 et des articles 43 CE et 49 CE — mais non de la directive 92/50.

39. Cette approche, bien que parfaitement cohérente en ce qui concerne les marchés de fournitures régis par la directive 93/36, est plus surprenante en ce qui concerne les marchés de services.

40. Certes, la Cour a jugé que, même en l'absence d'obligation de respecter les dispositions de la directive relative aux marchés de services, les procédures de passation des marchés publics doivent respecter les principes fondamentaux qui découlent des articles 43 CE et 49 CE, et notamment le principe de non-discrimination, qui implique une obligation de transparence et donc un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication [26].

41. On pourrait donc avancer que le recours à une procédure de gré à gré lorsque la directive 92/50 ne l'autorise pas est également contraire à ces principes puisque, par définition, il n'y aura aucune publicité.

42. Toutefois, ce raisonnement paraît inutilement compliqué, en particulier lorsqu'une solution parfaitement simple existe et a été retenue dans le cadre strictement parallèle des marchés de fournitures régis par la directive 93/36.

26 — Voir point 8 ci-dessus.

43. La Commission ne donne aucune explication directe concernant l'approche qu'elle a suivie, mais on pourrait déduire d'un passage de la requête [27] qu'elle visait à répondre au moyen de défense — que le gouvernement italien n'a en fait pas soulevé — selon lequel le montant du marché de services concerné était inférieur au seuil d'application de la directive 92/50.

44. Toutefois, puisque la présente affaire a pour objet les dispositions autorisant le recours à une procédure négociée et non les procédures accomplies en vertu de celles-ci, même cette considération ne serait pertinente que si ces dispositions s'appliquaient expressément et exclusivement aux marchés dont le montant serait inférieur au seuil, alors qu'en réalité elles ne mentionnent aucun montant.

45. Relevons également que les conclusions font référence à l'autorisation de recourir à des procédures négociées sans qu'aucune des conditions justifiant la dérogation ne soit remplie «et, en tout état de cause [*comunque*], sans qu'aucune forme de publicité destinée à assurer la mise en concurrence des soumissionnaires potentiels ne soit garantie».

46. On ne saurait toutefois prétendre que l'absence de publicité est contraire au droit communautaire *en tout état de cause.*

47. Si les conditions requises pour bénéficier de la dérogation sont remplies et si une procédure négociée sans publication préalable d'un avis d'adjudication est donc justifiée, il ne saurait exister d'obligation de publicité. Les principes qui découlent du traité ne sauraient imposer une obligation de publicité, même lorsque les directives prévoient expressément une dérogation, sinon cette dérogation serait inutile.

48. Nous estimons qu'il en va de même, par analogie, lorsque le montant d'un marché déterminé est inférieur au seuil d'application de la directive pertinente [28]. Lorsque les circonstances justifieraient normalement le recours à une procédure négociée, il serait absurde de considérer que cette justification disparaît lorsque le montant du marché est inférieur au seuil prévu par la directive.

49. Par conséquent, la mention séparée d'une absence de publicité n'est pertinente au regard des articles 43 CE et 49 CE que si un marché déterminé ne relève pas du champ d'application de la directive *et* si

27 — Point 48.

28 — Tel n'est pas le cas en revanche lorsque, comme dans l'affaire Telaustria et Telefonadress, précitée à la note 11, le marché est inférieur au seuil d'application, mais n'aurait pas bénéficié de la dérogation s'il avait été couvert par la directive.

aucune circonstance ne justifie une dérogation du type de celle autorisée par la directive.

50. En l'espèce, toutefois, l'autorisation que confèrent les dispositions attaquées n'est nullement limitée à de telles hypothèses.

51. Dans l'ensemble, le libellé des conclusions de la requête ne semble pas particulièrement cohérent ni clair, ce qui ne facilite pas la tâche de la Cour.

52. À l'analyse, toutefois, la question est ici simplement de savoir si les conditions justifiant la dérogation aux règles communes prévues par la directive 93/36 ou, le cas échéant, par la directive 92/50 sont remplies.

Sur le fond

53. L'autorisation prévue par les dispositions attaquées ne peut être légitime que si elle est justifiée par l'une des dérogations visées à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 93/36 ou à l'article 11, paragraphe 3, de la directive 92/50.

54. La République italienne n'invoque en fait pas spécifiquement la directive 92/50. Cela est peut-être dû à une préoccupation excessive pour les deux marchés effectivement conclus en vertu de l'autorisation, qui étaient des marchés de fournitures régis par la directive 93/36. Toutefois, puisque les dérogations pertinentes sont essentiellement identiques dans les deux directives, toute thèse avancée quant à une directive vaudra également pour l'autre.

55. La République italienne se fonde principalement sur l'article 6, paragraphe 3, sous d), de la directive 93/36 [29], qui permet le recours à une procédure négociée en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs. Le besoin urgent de lutter contre les incendies de forêts pendant l'état d'urgence déclaré en juillet 2002 constitue, selon elle, un tel cas.

56. Elle invoque également, à titre subsidiaire, l'article 6, paragraphe 3, sous c) et e), de la même directive [30], qui autorise une telle procédure lorsque, pour des raisons techniques, les produits doivent être fournis par un fournisseur déterminé et lorsqu'il est nécessaire de conserver le même fournisseur afin d'assurer l'homogénéité des fournitures. Ces conditions, selon la République italienne,

29 — Correspondant à l'article 11, paragraphe 3, sous d), de la directive 92/50.

30 — Correspondant à l'article 11, paragraphe 3, sous b) et (pour l'essentiel) f), de la directive 92/50.

sont remplies, car l'administration des forêts doit maintenir une flotte homogène d'hélicoptères AB 412 que seule la société Agusta pouvait fournir.

Exigences techniques et homogénéité des fournitures

57. Ces critères peuvent être examinés très simplement.

58. Quelles que soient les raisons qui ont pu ou non rendre nécessaire l'achat d'hélicoptères AB 412, elles ne sont pertinentes qu'en ce qui concerne les procédures effectivement accomplies en vertu des autorisations conférées par l'ordonnance attaquée.

59. Le manquement allégué concerne toutefois les dispositions attaquées de cette ordonnance et non les marchés de gré à gré eux-mêmes. Rien n'indique dans ces dispositions, ni dans le contexte de leur adoption, que les marchés doivent être passés auprès d'un fournisseur déterminé pour quelque raison que ce soit.

60. Les dispositions attaquées ne peuvent donc être justifiées sur la base de l'article 6, paragraphe 3, sous c) ou e), de la directive 93/36 ou de l'article 11, paragraphe 3, sous b) ou f), de la directive 92/50.

L'urgence

61. De manière générale, il semble incontestable que la multiplication des incendies de forêts peut constituer une urgence impérieuse rendant nécessaire l'acquisition de services et d'équipements d'extinction des incendies si les services et équipements déjà disponibles ne sont pas suffisants.

62. La Commission ne conteste pas cette thèse en tant que telle, mais soutient que toutes les conditions d'application de la dérogation ne sont pas remplies. D'une part, les incendies de forêts durant la période estivale sont un phénomène récurrent et endémique dans toute l'Europe méridionale; ils sont donc prévisibles et l'urgence d'acheter des moyens de lutte contre ce phénomène est imputable aux autorités italiennes. D'autre part, l'ordonnance attaquée est demeurée en vigueur après la fin de l'état d'urgence national le 31 octobre 2002 et pouvait donc être utilisée pour autoriser le recours à des procédures négociées après la disparition de la situation d'urgence.

63. Nous convenons que l'on ne saurait considérer des phénomènes saisonniers et endémiques comme des événements imprévisibles.

64. Toutefois, on ne peut nier que même de tels phénomènes peuvent, certaines années, être d'une intensité ou d'une étendue si exceptionnelles que l'on peut légitimement les considérer comme imprévisibles.

65. Tant le décret déclarant l'état d'urgence national que l'ordonnance attaquée elle-même indiquent, dans leurs préambules respectifs, que les conditions météorologiques exceptionnelles ont causé des phénomènes de sécheresse et un risque accru d'incendies de forêts. L'ordonnance précise que de telles conditions existaient au cours des premiers mois de l'année — entraînant l'intervention exceptionnelle des unités de lutte contre les incendies de forêts et rendant nécessaire le renforcement de la capacité opérationnelle — et ont été suivies d'une longue période de températures exceptionnellement élevées au mois de juin, qui a entraîné un risque accru de déclenchement et d'extension des feux de forêts. Dans ses mémoires, la République italienne affirme que, au cours de l'été de l'année 2002, ces incendies dépassaient les pires prévisions.

66. La Commission n'a toutefois pas examiné la question du caractère exceptionnel des conditions météorologiques ou des incendies de l'été 2002. Son argumentation tend uniquement à démontrer qu'en général les incendies de forêts pendant la période estivale sont prévisibles et qu'il existe des mécanismes par lesquels les autorités italiennes auraient pu légitimement acquérir les moyens nécessaires pour lutter contre ces incendies en temps voulu et sans recourir à une procédure d'urgence. Et même sur ce dernier point, elle consacre de longs développements à l'achat de deux hélicoptères AB 412 plutôt qu'aux autorisations ici en cause.

67. On peut admettre que les incendies de forêts pendant la période estivale sont prévisibles en République italienne, de sorte que les autorités ne sauraient se prévaloir de leur propre imprévision pour justifier le recours à une procédure négociée au titre de l'article 6, paragraphe 3, sous d), de la directive 93/36.

68. Des incendies de forêts exceptionnels résultant de conditions météorologiques exceptionnelles sont toutefois, par définition, imprévisibles en tant que tels et peuvent constituer une urgence impérieuse au sens de cette disposition.

69. La Commission n'a pas tenté de réfuter ou de nier le caractère exceptionnel des

circonstances sur lesquelles l'ordonnance attaquée est fondée.

70. Nous estimons donc que la République italienne a adéquatement démontré à première vue l'existence d'une urgence justifiant l'autorisation de recourir à des procédures négociées sans publication préalable d'un avis d'adjudication et que la Commission n'a pas réfuté cette thèse.

71. La Commission objecte cependant que l'autorisation conférée par cette ordonnance ne peut être couverte par la dérogation prévue en cas d'urgence, car elle n'était pas limitée à la durée spécifique de l'état d'urgence.

72. Elle avance deux arguments: en premier lieu, l'ordonnance attaquée ne contenait aucune disposition limitant ses effets dans le temps et n'avait pas expiré par l'effet de quelque autre règle juridique; en second lieu, le ministère des Politiques agricoles et forestières s'est engagé, dans une lettre du 21 mai 2003 [31], à ne pas utiliser l'ordonnance attaquée pour de futurs achats de fournitures — ce qui démontre que ladite ordonnance n'avait pas expiré avec la fin de l'état d'urgence national le 31 octobre 2002.

73. Avant d'examiner ces arguments, cependant, il pourrait être utile de souligner que la prorogation du décret déclarant l'état d'urgence dans la province de Verbano-Cusio-Ossola au 31 juillet 2004 [32] n'est pas pertinente en l'espèce. Le présent recours tend à faire constater que, en *adoptant* les dispositions attaquées, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent. Rien n'indique et il n'est pas allégué qu'à la date d'adoption de ces dispositions il était envisagé de proroger leur base juridique et il n'est fait aucune mention dans les conclusions d'une telle prorogation ou du maintien en vigueur de l'ordonnance attaquée au-delà d'une date déterminée.

74. Le fait que l'exécution du contrat d'achat de deux hélicoptères AB 412 n'ait été achevée qu'après la fin de l'état d'urgence national n'est pas davantage pertinent. Il importe seulement de savoir si l'autorisation d'engager une procédure négociée pouvait encore être utilisée après cette période.

75. En ce qui concerne le premier argument de la Commission, le gouvernement italien répond que l'ordonnance attaquée est logiquement parvenue à son terme avec la fin de l'état d'urgence sur lequel elle était fondée.

31 — Annexe 8 de la requête.

32 — Voir point 11 ci-dessus.

76. Cette prétention semble crédible.

77. Lorsqu'une ordonnance est adoptée sur la base d'une déclaration d'état d'urgence, il semble raisonnable de supposer qu'elle cesse de produire effet lorsque l'état d'urgence prend juridiquement fin. En l'espèce, le préambule de l'ordonnance attaquée n'indique pas seulement que l'état d'urgence national a été déclaré, mais précise également qu'il doit prendre fin le 31 octobre 2002. Nous relevons également que l'article 5, paragraphe 2, de la loi n° 225 du 24 février 1992, qui est l'une des bases juridiques de l'ordonnance attaquée, précise que des mesures dérogeant aux règles en vigueur peuvent être adoptées «aux fins d'assurer l'intervention d'urgence consécutive» à une déclaration d'état d'urgence, détail qui semble clairement indiquer que de telles mesures ne peuvent être valables si elles sont adoptées en dehors de cette hypothèse.

78. Il est en toute hypothèse probable que toute procédure négociée accomplie sur la base de l'autorisation prévue par l'ordonnance attaquée après la fin de l'état d'urgence pourrait être contestée sur ce fondement. Toutefois, et en tout état de cause, rien n'indique et il n'est pas alléguéque les autorités compétentes ont tenté d'engager une telle procédure depuis cette date. En outre, le fait que le contrat d'achat de deux hélicoptères AB 412, apparemment le seul contrat négocié sur la base de l'autorisation, a été approuvé le 31 octobre 2002, le dernier jour de l'état d'urgence, corrobore la thèse de la République italienne et pourrait permettre de supposer que l'autorisation doit prendre fin avec l'expiration de l'état d'urgence national.

79. Toutefois, l'engagement souscrit le 21 mai 2003 de ne plus utiliser à l'avenir l'ordonnance attaquée pour des achats de fournitures pourrait bien contredire la thèse selon laquelle ladite ordonnance n'était plus en vigueur à cette date.

80. Le gouvernement italien l'admet, mais soutient que l'engagement pris par le ministère est simplement l'expression du fait qu'il n'est plus possible juridiquement de se fonder sur l'ordonnance attaquée et ne signifie pas que le ministère conservait toute liberté en la matière.

81. La lecture du passage pertinent de la lettre — qui porte également sur d'autres questions et vise, semble-t-il, à démontrer que les allégations de la Commission sont dénuées de fondement en ce qui concerne une série de questions — permet de constater que cet engagement figure après

l'affirmation selon laquelle l'achat des deux hélicoptères AB 412 était en tout état de cause conforme au droit communautaire et que l'ordonnance attaquée avait simplement été utilisée comme «mesure de renforcement».

82. Dans ces conditions, nous estimons que la lettre ne suffit pas à établir que l'ordonnance attaquée était encore en vigueur le 21 mai 2003.

83. Nous sommes donc d'avis que la Commission n'a pas établi que les dispositions attaquées auraient pu être utilisées pour l'achat de fournitures ou de services après la fin de l'état d'urgence qui a commandé leur adoption ou, de manière générale, que l'urgence impérieuse qu'invoque le gouvernement italien de manière convaincante faisait défaut ou était imputable aux autorités italiennes.

Dépens

84. La République italienne n'a pas conclu sur les dépens; par conséquent, conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, il y a lieu de décider que chaque partie supportera ses propres dépens.

Conclusion

85. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de:

— rejeter le recours;

— condamner les parties à supporter leurs propres dépens.