SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS vom 2. Juni 2005 [1]

1. In der vorliegenden Rechtssache trägt die Kommission vor, die Italienische Republik habe dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/36/EWG des Rates [2] und den Artikeln 43 und 49 EG verstoßen, dass sie bestimmte Vorschriften erlassen hat, die für den Erwerb von Ausrüstungen und Dienstleistungen zur Waldbrandbekämpfung den Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung erlauben.

Maßgebende Rechtsvorschriften

Gemeinschaftsrecht

2. Die Richtlinie 93/36 koordiniert die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, und die Richtlinie 92/50 [3] koordiniert die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge durch den Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen [4].

3. Die Richtlinien sehen drei Arten von Verfahren vor:

— „offene Verfahren", bei denen alle interessierten Lieferanten ein Angebot abgeben können;

— „nicht offene Verfahren", bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Lieferanten ein Angebot abgeben können, und

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1993, L 199, S. 1)

3 — Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992, L 209, S. 1).

4 — Artikel 1 Buchstabe b jeder Richtlinie.

— „Verhandlungsverfahren", bei denen sich der öffentliche Auftraggeber an Lieferanten seiner Wahl wendet und mit mehreren oder einem einzigen dieser Lieferanten über die Auftragsvergabe verhandelt [5].

4. Im Allgemeinen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Liefer- und Dienstleistungsaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren [6].

5. In bestimmten Ausnahmefällen kann er jedoch Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben.

6. Für Lieferaufträge sind diese Fälle in Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 93/36 genannt; sie liegen u. a., soweit hier von Bedeutung, vor,

„...

c) wenn der Gegenstand der Lieferung wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts nur von einem bestimmten Lieferanten hergestellt oder geliefert werden kann;

d) soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die in den offenen, den nicht offenen oder den Verhandlungsverfahren gemäß Absatz 2 [7] vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Die angeführten Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein;

e) bei zusätzlichen, vom ursprünglichen Unternehmer durchgeführten Lieferungen, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten Waren oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Unternehmers dazu führen würde, dass der öffentliche Auftraggeber Material unterschiedlicher technischer Merkmale kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde. Die Laufzeit dieser Aufträge sowie der Daueraufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten."

5 — Artikel 1 Buchstaben d, e und f jeder Richtlinie.

6 — Artikel 6 Absatz 4 der Richtlinie 93/36 und Artikel 11 Absatz 4 der Richtlinie 92/50.

7 — Bei den Verhandlungsverfahren handelt es sich um solche, die nach Schwierigkeiten mit einem offenen oder nicht offenen Verfahren durchgeführt werden und denen entweder eine Vergabebekanntmachung vorausging oder für alle diejenigen offen sind, die in den vorausgehenden Verfahren Angebote unterbreitet haben.

7. Für Dienstleistungsaufträge werden sie in Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 mit etwas anderen Worten erwähnt:

„b) wenn die Dienstleistungen aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Dienstleistungserbringer ausgeführt werden können;

...

d) soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die die betreffenden Auftraggeber nicht voraussehen konnten, es nicht zulassen, die in den offenen, den nicht offenen oder den Verhandlungsverfahren[8] gemäß den Artikeln 17 bis 20 vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Die angeführten Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall den Auftraggebern zuzuschreiben sein;

...

(f) bei neuen Dienstleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Leistungen bestehen, die durch den gleichen Auftraggeber an den Dienstleistungserbringer vergeben werden, der den ersten Auftrag erhalten hat, sofern sie einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ersten Auftrags war, der nach den in Absatz 4 genannten Verfahren vergeben wurde. Die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens muss bereits bei der Ausschreibung des ersten Vorhabens angegeben werden; der für die nachfolgenden Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert wird vom Auftraggeber für die Anwendung des Artikels 7 berücksichtigt. Dieses Verfahren darf jedoch nur binnen drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags angewandt werden."

8. Auch bei Vorliegen solcher Ausnahmefälle oder bei einem Auftragswert unter dem Schwellenwert für die Anwendung der Richtlinien[9] müssen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes bei dem angewandten Verfahren die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, wie es aus den Bestimmungen des Vertrages über das Niederlassungsrecht und das Recht des freien Dienstleistungsverkehrs, nämlich aus den Artikeln 43 und 49 EG, folgt, beachtet werden[10]. Dieser Grundsatz impliziert eine Verpflichtung zur Transparenz, die wiederum einen angemessenen Grad von Öffent-

8 — Diese sind bestimmte Verhandlungsverfahren nach vorheriger öffentlicher Vergabebekanntmachung außer in Fällen, die denen entsprechen, auf die in Fußnote 7 Bezug genommen wird.

9 — Das heißt gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 und Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 92/50, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Mehrwertsteuer mindestens 200 000 Sonderziehungsrechte (SDR) beträgt oder für zentrale Regierungsstellen und im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/36 130 000 SDR — was im 249 681 EURO und 162 293 EURO Jahr 2002 entsprach —, vgl. ABl. 2001, C 332, S. 21.

10 — Vgl. verbundene Rechtssachen C-20/01 und C-28/01 (Kommission/Deutschland, Slg. 2003, I-3609, Randnr. 62).

lichkeit erfordert, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden [11].

Nationale Rechtsvorschriften

9. Artikel 23 quinquies des Gesetzes Nr. 61 vom 30. März 1998 [12] wies dem Corpo Forestale dello Stato (Staatlicher Forstdienst, im Folgenden: Corpo Forestale) bestimmte Geldbeträge für den Erwerb von Hubschraubern zur Bekämpfung von Waldbränden in den Jahren 1998 bis 2000 zu.

10. Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 225 vom 24. Februar 1992 über den Staatsdienst und Zivilschutz [13] ermächtigt den Präsidenten des Ministerrats bei Naturkatastrophen, Katastrophen oder anderen Ereignissen von solcher Bedeutung und solchem Ausmaß, dass sie außergewöhnliche Maßnahmen und Befugnisse erfordern, den Notstand für ein bestimmtes Gebiet und für einen bestimmten Zeitraum auszurufen. Artikel 5 Absatz 2 ermächtigt in solchen Fällen zum Erlass von Beschlüssen, die zur Sicherstellung von Notfalleinsätzen im Anschluss an eine solche Erklärung von geltenden Vorschriften abweichen, aber allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechen.

11. Mit Dekret vom 28. Juni 2002 [14], das nach dem Ausbruch zahlreicher Waldbrände auf der Grundlage von Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 225 erlassen wurde, erklärte der Präsident des Ministerrats zum Zweck der Waldbrandbekämpfung aus der Luft den Notstand für ganz Italien. Der Notstand sollte bis zum 31. Oktober 2002 dauern. Durch ein weiteres Dekret gleichen Datums [15] wurde ein Notstand mit begrenzterem Ausmaß in der Provinz Verbano-Cusio-Ossola ausgerufen, der bis zum 31. Dezember 2002 vorgesehen war. Dieser letztgenannte Notstand, aber offensichtlich nicht der frühere, wurde anschließend bis zum 30. Dezember 2003 [16] und nochmals bis zum 31. Juli 2004 verlängert [17].

12. Am 24. Juli 2002 erließ der Präsident des Ministerrats den Beschluss Nr. 3231 (streitiger Beschluss) [18] über Waldbrandbekämpfung aus der Luft auf der Grundlage des Gesetzes Nr. 225, insbesondere Artikel 5, des

11 — Vgl. Rechtssache C-324/98 (Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 62).

12 — *GURI* vom 31. März 1998.

13 — *GURI* vom 17. März 1992.

14 — *GURI* vom 11. Juli 2002.

15 — *GURI* vom 10. Juli 2002.

16 — Dekret des Präsidenten des Ministerrats vom 20. Dezember 2002, GURI vom 27. Dezember 2002.

17 — Dekret des Präsidenten des Ministerrats vom 24. Oktober 2003, GURI vom 4. November 2003.

18 — *GURI* vom 30. Juli 2002.

Decreto-legge Nr. 343 vom 7. September 2001, umgewandelt in das Gesetz Nr. 401 vom 9. November 2001 [19], und der beiden erwähnten Dekrete vom 28. Juni 2002 [20].

13. Die Artikel 1 Absatz 2 und 2 Absätze 1, 2 und 3 des Beschlusses (streitige Vorschriften) sind Gegenstand der vorliegenden Klage.

14. Artikel 1 Absatz 2 lautet wie folgt:

„Zur Verbesserung der Einsatzfähigkeit von Lufteinheiten bei der Waldbrandbekämpfung wird die Zivilschutzabteilung ermächtigt, zur Verstärkung ihrer Technologie- und Informatikausstattung ein besonderes Notfallprogramm zu entwickeln und durchzuführen sowie die notwendige Ausrüstung nach Verfahren zu erwerben, die die freihändige Vergabe umfassen."

15. Artikel 2 Absätze 1, 2 und 3 lautet wie folgt:

„1. Um angemessen und mit der erforderlichen Dringlichkeit auf die im gesamten Staatsgebiet auftretenden Waldbrände zu reagieren, gemäß den in Artikel 7 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 353 vom 21. November 2000 [21] dargelegten Zielen, in einem Kontext der wesentlichen und beständigen Verstärkung der der Zivilschutzabteilung zur Verfügung stehenden Flugzeugflotte, angesichts der großen Vielfalt der Notfallsituationen und um gleichzeitig den wesentlichen Erfordernissen, die mögliche Ausbreitung solcher Brände zu verhindern, die sowohl Menschen als auch Eigentum ernsthaft gefährden können, zu genügen, wird die Zivilschutzabteilung ermächtigt, mit der äußersten Dringlichkeit die Flugzeuge zu bestimmen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben für am besten geeignet gehalten werden, und abweichend von den in Artikel 4 aufgezählten gesetzlichen Bestimmungen [22] freihändig Aufträge für den Erwerb oder die Durchführung von Dienstleistungen für die Waldbrandbekämpfung aus der Luft zu vergeben.

2. Gemäß den Zielen des Artikels 7 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 353 vom 21. November 2000 wird der Corpo Forestale ermächtigt, zur Verstärkung der Einsatzfähigkeit seiner luftgestützten Einheiten bei der Waldbrandbekämpfung und bei anschließenden Maß-

19 — *GURI* vom 10. November 2001; Gesetz zur Einführung von Dringlichkeitsbestimmungen zur Sicherstellung der Zusammenarbeit von Zivilschutzbehörden.

20 — Die Bezugnahme auf den zweiten Notstand in der Provinz Verbano-Cusio-Ossola erscheint rätselhaft, zumindest im Zusammenhang mit den streitigen Vorschriften, die alle die Waldbrandbekämpfung betreffen. Dieser Notstand bezieht sich tatsächlich nicht auf die gesamte genannte Provinz, sondern auf einen kleinen Teil davon, und betrifft eine Zunahme des Volumens von Gletscherschmelzwasser, ein Umstand, der mit ungewöhnlicher Hitze in Zusammenhang gebracht werden kann, aber offensichtlich nicht mit Waldbränden. Er erscheint jedoch als eine der Rechtsgrundlagen für den angefochtenen Beschluss, und die Kommission nimmt darauf Bezug.

21 — Rahmengesetz über Waldbrandbekämpfung, GURI vom 30. November 2000; nach Artikel 7 Absatz 2 müssen die zuständigen Behörden wirksame Brandbekämpfung gewährleisten und die staatliche Flotte von Brandbekämpfungsflugzeugen verbessern und modernisieren.

22 — Die Liste enthält zusätzlich zu den Rechtsvorschriften, die Richtlinien über das gemeinschaftliche Beschaffungswesen umsetzen, Artikel 23 quinquies des Gesetzes Nr. 61/98.

nahmen im Zusammenhang mit möglichen Zivilschutznotfällen mit der äußersten Dringlichkeit die Flugzeuge zu bestimmen, die für die Erfüllung seiner Aufgaben und anderer sich aus Artikel 11 des Gesetzes Nr. 225/1992[23] ergebenden Aufgaben für am besten geeignet gehalten werden und die abweichend von den in Artikel 4 genannten gesetzlichen Bestimmungen durch freihändige Auftragsvergabe erworben werden sollen. Zu diesem Zweck kann der Corpo Forestale auch die Testergebnisse und die Zivilschutzerfahrung anderer staatlicher Einrichtungen oder Gebietskörperschaften und die Ergebnisse jeder technischen Forschung, die möglicherweise durchgeführt wurde, heranziehen und auswerten, um die möglichst günstige funktionelle und operationelle Integration und die wirtschaftlichste Verwaltung der gesamten staatlichen Flotte von Waldbrandbekämpfungsflugzeugen zu erreichen. Zum Erwerb der Flugzeuge, auf die sich dieser Absatz bezieht, und abweichend von den allgemeinen Regeln über die Rechnungslegung der Regierung kann der Corpo Forestale auch Verhandlungen über den Handel mit Flugzeugen, die sich in seinem Besitz befinden und die verkauft werden sollen, aber noch nicht verkauft worden sind, aufnehmen.

3. Damit der Branddirektor eine Koordinierung zwischen den Bodenteams und den Brandbekämpfungsflugzeugen sicherstellen kann, wird der Corpo Forestale ermächtigt, auch im freihändigen Vergabeverfahren eine solche Funkausrüstung und Zubehörteile zu erwerben, die beim Brandbekämpfungseinsatz für die Boden-Luft-Kommunkation mit diesen Flugzeugen erforderlich ist."

16. Die Präambel des Beschlusses nennt als Gründe für seinen Erlass die seit Beginn des Jahres 2002 vorherrschenden klimatischen und meteorologischen Verhältnisse mit außergewöhnlich hohen Temperaturen im Juni, die das Risiko von Waldbränden erhöhen, und das dringende Bedürfnis für eine Ausrüstung zur Brandbekämpfung aus der Luft.

Verfahren

17. Im Dezember 2000 veröffentlichte das italienische Ministerium für Land- und Forstwirtschaft gemäß Artikel 23 quinquies des Gesetzes Nr. 61/98 zwei Aufforderungen zur Einreichung eines Angebots für die Lieferung von insgesamt 49 Hubschraubern. Diese Verfahren wurden anschließend ausgesetzt und dann zurückgezogen, was Anlass zu einer Beschwerde bei der Kommission gab. Von der Kommission befragt, antworteten die italienischen Behörden, dass dieser Schritt im Anschluss an den Angriff auf das World Trade Centre im September 2001 unternommen worden sei, da es erforderlich gewesen sei, dass die Hubschrauber sowohl für Antiterror- als auch für Brandbekämpfungseinsätze benutzt werden könnten. Am 22. Juli 2002 informierten die italienischen Behörden die Kommission darüber, dass sie

23 — Dieser Artikel enthält die allgemeinen Pflichten aller Zivilschutzeinrichtungen einschließlich des Corpo Forestale.

beabsichtigten, die fraglichen Hubschrauber zu erwerben, und dass sie der Ansicht seien, dass die Aufträge als Angelegenheit der nationalen Sicherheit nicht dem Gemeinschaftsrecht unterlägen.

18. Der streitige Beschluss wurde am 24. Juli 2002 erlassen, und es besteht offenbar Einigkeit darüber, dass die einzige auf seiner Grundlage vorgenommene relevante Anschaffung die von zwei AB412-Hubschraubern war, die von der italienischen Firma Agusta Bell SpA (im Folgenden: Agusta) im Anschluss an ein Verhandlungsverfahren geliefert wurden, das zu einem am 28. Oktober 2002 unterzeichneten und am 31. Oktober 2002 gebilligten Auftrag führte.

19. Die Kommission vertrat jedoch die Auffassung, dass die in dem streitigen Beschluss enthaltenen Ermächtigungen gegen das Gemeinschaftsrecht verstießen, und sandte der italienischen Regierung am 19. Dezember 2002 ein Mahnschreiben, in dem sie sie aufforderte, sich gemäß Artikel 226 EG zu äußern. Die Regierung antwortete und betonte dabei die Schwere der Waldbrände im Jahr 2002 in Italien.

20. Die Kommission richtete daraufhin am 3. April 2003 an die italienische Regierung eine mit Gründen versehene Stellungnahme gemäß Artikel 226 EG, in der sie die Ansicht vertrat, dass der Erlass der Artikel 1 Absatz 2 und 2 Absätze 1, 2 und 3 des streitigen Beschlusses dem Gemeinschaftsrecht widerspreche. Sie forderte Italien auf, der Stellungnahme innerhalb eines Monats nachzukommen.

21. Obwohl die italienischen Behörden nach Ablauf dieser Frist mehrmals antworteten, ist die Kommission der Ansicht, dass ihr keine Maßnahmen mitgeteilt worden seien, mit denen der mit Gründen versehenen Stellungnahme nachgekommen werden sollte.

22. Sie hat deshalb die vorliegende Klage eingereicht, mit der sie beantragt:

— festzustellen, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 und den Artikeln 43 und 49 EG verstoßen hat, dass sie die Artikel 1 Absatz 2 und 2 Absätze 1, 2 und 3 des Beschlusses Nr. 3231 des Präsidenten des Ministerrats vom 24. Juli 2002 erlassen hat, wonach abweichend von den Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge, insbesondere den gemeinsamen Bekanntmachungs- und Teilnahmevorschriften der Titel III und IV der Richtlinie 93/36 und III und V der Richtlinie 92/50/EWG, für den Erwerb von Flugzeugen für die Bekämpfung von Waldbränden und den Bezug von Brandbekämpfungs-

dienstleistungen sowie den Erwerb von Technologie- und Informatikanlagen und von Funksende- und -empfangsgeräten auf das Verfahren der freihändigen Auftragsvergabe zurückgegriffen werden kann, ohne dass die Voraussetzungen für eine Befreiung von diesen gemeinsamen Vorschriften erfüllt sind und jedenfalls ohne dass irgendeine Form der Bekanntmachung, die einen Wettbewerb zwischen den potenziellen Bietern ermöglichen könnte, gewährleistet wird;

— der Italienischen Republik die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

23. Italien beantragt, festzustellen, dass das Verfahren gegenstandslos ist, oder die Klage als unbegründet abzuweisen.

Zulässigkeit

24. Italien weist in seinen Schriftsätzen darauf hin, dass sich der streitige Beschluss auf einen begrenzten Zeitraum bezogen habe, der durch die Dauer des bis zum 31. Oktober 2002 ausgerufenen Notstands bestimmt worden sei.

25. Dieser Umstand hat in der mündlichen Verhandlung zu einer Diskussion darüber geführt, ob die Klage der Kommission als zulässig angesehen werden kann, da die mit Gründen versehene Stellungnahme erst am 3. April 2003 versandt wurde, und man könnte sich fragen, ob der angebliche Verstoß bei Ablauf der Frist von einem Monat, die in dieser Stellungnahme gesetzt worden war, um ihr nachzukommen, noch vorlag.

26. Die Kommission hat erstens vorgetragen, dass der streitige Beschluss weder eine Vorschrift enthalten habe, die seine Geltung zeitlich beschränkt habe, noch aufgrund einer anderen gesetzlichen Rechtsvorschrift außer Kraft getreten sei; zweitens sei eine der Maßnahmen, die ihm zugrunde lagen, nämlich das Dekret, mit dem in der Provinz Verbano-Cusio-Ossola der Notstand ausgerufen worden sei, bis zum 31. Juli 2004 verlängert worden; drittens sei der auf der Grundlage des streitigen Beschlusses vergebene Auftrag über die Lieferung von zwei Hubschraubern am Ende dieses Zeitraums noch nicht ausgeführt gewesen, da noch technische Prüfungen durchgeführt worden seien, und viertens, falls der Gerichtshof die Klage deshalb für unzulässig erkläre, könnten die Mitgliedstaaten vorübergehende Maßnahmen einführen, die nicht gerechtfertigte Abweichungen von den gemeinschaftlichen Regeln über das Beschaffungswesen erlaubten, aber einer Rüge dadurch entgehen, dass sie sicherstellten, dass die Maßnahmen abliefen oder aufgehoben würden, bevor die Kommission rechtliche Schritte einleiten könnte.

27. Der Bevollmächtigte der Italienischen Republik hat die Klage für zulässig gehalten. Er hat ausdrücklich eingeräumt, dass es sonst in Fällen dieser Art keine Möglichkeit gäbe, die notwendige gerichtliche Überprüfung zu erwirken.

28. Unter diesen Umständen schlage ich nicht vor, die Frage des Außerkrafttretens des streitigen Beschlusses als einen Umstand zu prüfen, der die Zulässigkeit der Klage beeinflusst. Ich stimme jedoch beiden Parteien darin zu, dass kurzzeitige Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht, wie sie in der vorliegenden Rechtssache behauptet werden, nicht allein wegen ihrer begrenzten Dauer von dem Verfahren nach Artikel 226 EG ausgenommen werden sollten.

29. Ob nun der streitige Beschluss bei Ablauf der Frist, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden war, um ihr nachzukommen, noch in Kraft war oder nicht und wie auch immer die Situation in Bezug auf die aufgrund des Beschlusses eingeleiteten Verfahren war, klar ist jedenfalls, dass Italien nichts unternommen hat, um den angeblichen Verstoß, dessen Vorliegen es weiterhin bestreitet, zu beheben.

30. Unter diesen Umständen kann man nicht davon ausgehen, dass Italien der mit Gründen versehenen Stellungnahme nachgekommen ist, und die Klage kann nicht als unzulässig angesehen werden [24].

24 — Vgl. Urteil vom 10. März 1987 in der Rechtssache 199/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 1039, Randnrn. 7 bis 9) und Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in dieser Rechtssache, Nrn. 19 und 20. Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache C-110/89 (Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-2659, Nr. 10), in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 1759, Nr. 1[c]) und in der Rechtssache C-247/89 (Kommission/Portugal, Slg. 1991, I-3659, Nr. 36, vgl. auch Randnr. 25 des Urteils in dieser Rechtssache). In allen genannten Rechtssachen wurde die Klage als zulässig angesehen.

Die beantragte Feststellung

31. Die Kommission beantragt die Feststellung, dass Italien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/36 und den Artikeln 43 und 49 EG verstoßen hat, dass es Artikel 1 Absatz 2 und 2 Absätze 1, 2 und 3 des streitigen Beschlusses erlassen hat.

32. Diese Abgrenzung des Anwendungsbereichs gibt Anlass zu zwei Vorbemerkungen.

33. Erstens hat sich die Kommission auf Lieferverfahren bezogen, die vor dem Erlass des streitigen Beschlusses begonnen und zurückgezogen worden waren [25]. Diese Umstände erklären möglicherweise das besondere Interesse der Kommission an dem Beschluss und sind möglicherweise für einige der Argumente der Kommission zur Dringlichkeit von Bedeutung.

34. Zweitens drehte sich die Diskussion in den Schriftsätzen bis zu einem gewissen Grad um den Erwerb von zwei Hubschraubern Agusta AB 412 auf der Grundlage des streitigen Beschlusses. Die Umstände, unter denen diese Erwerbungen erfolgten, werfen möglicherweise ein Licht auf den Erlass des Beschlusses.

25 — Vgl. oben, Nr. 17.

35. Man darf jedoch in beiden Fällen nicht vergessen, dass sich die beantragte Feststellung nur auf den Erlass bestimmter Vorschriften dieses Beschlusses bezieht und nicht auf irgendein tatsächliches Beschaffungsverfahren, wann auch immer und auf welcher Grundlage es eingeleitet wurde.

36. Der Wortlaut der beantragten Feststellung gibt auch Anlass zu einigen eingehenderen Bemerkungen.

37. In dieser Feststellung wird erklärt, dass nach den streitigen Vorschriften „abweichend von den Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge, insbesondere den gemeinsamen Bekanntmachungs- und Teilnahmevorschriften der Titel III und IV der Richtlinie 93/36 und III und V der Richtlinie 92/50/EWG ..., ohne dass die Voraussetzungen für eine Befreiung von diesen gemeinsamen Vorschriften erfüllt sind und jedenfalls ohne dass irgendeine Form der Bekanntmachung, die einen Wettbewerb zwischen den potenziellen Bietern ermöglichen könnte, gewährleistet wird", Verhandlungsverfahren zulässig sind.

38. Daraus wird die Schlussfolgerung gezogen, dass Italien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/36 und den Artikeln 43 und 49 EG, aber nicht aus der Richtlinie 92/50 verstoßen hat.

39. Diese Betrachtungsweise, die in Bezug auf Lieferverträge nach der Richtlinie 93/36 völlig verständlich ist, erscheint aber in Bezug auf Dienstleistungsverträge verwunderlich.

40. Zwar hat der Gerichtshof entschieden, dass, auch wenn es nicht erforderlich ist, die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie zu beachten, bei öffentlichen Vergabeverfahren die sich aus den Artikeln 43 und 49 EG ergebenden Grundsätze eingehalten werden müssen, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der eine Verpflichtung zur Transparenz impliziert und damit einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit bedeutet, der den Markt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden [26].

41. Folglich könnte argumentiert werden, dass der Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren in Fällen, in denen dies nach der Richtlinie 92/50 nicht zulässig ist, auch einen Verstoß gegen diese Grundsätze darstellen muss, da naturgemäß keine Bekanntmachung stattfindet.

42. Dies scheint jedoch ein unangemessener Umweg zu sein, insbesondere wenn eine völlig geradlinige Vorgehensweise zur Verfügung steht — und im strikt parallelen Kontext der Lieferverträge nach der Richtlinie 93/36 angewandt wird.

26 — Vgl. oben, Nr. 8.

43. Die Kommission liefert keine direkte Erklärung für die von ihr gewählte Vorgehensweise, aber man könnte aus einem Abschnitt der Klageschrift [27] ableiten, dass sie beabsichtigte, für eine — von der italienischen Regierung aber tatsächlich nicht vorgetragene — Verteidigung in dem Sinne, dass die betreffenden Dienstleistungsverträge unter dem Schwellenwert für die Anwendung der Richtlinie 92/50 lagen, Vorsorge zu treffen.

44. Da die Rechtssache jedoch die Ermächtigungsvorschriften betrifft und nicht Verfahren, die auf deren Grundlage durchgeführt wurden, wäre auch diese Erwägung nur erheblich, wenn diese Vorschriften ausdrücklich und ausschließlich nur für Aufträge gelten würden, deren Wert unter dem Schwellenwert lag, während sie tatsächlich nicht auf irgendeinen Wert verweisen.

45. Ein anderer Punkt ist der, dass der Antrag darauf Bezug nimmt, dass auf das Verhandlungsverfahren zurückgegriffen werden kann, ohne dass die Voraussetzungen für eine Befreiung erfüllt sind „und jedenfalls [*comunque*] ohne dass irgendeine Form der Bekanntmachung, die einen Wettbewerb zwischen den potenziellen Bietern ermöglichen könnte, gewährleistet wird".

27 — Nr. 48.

46. Es kann jedoch nicht zutreffen, dass das Fehlen von Öffentlichkeit *jedenfalls* gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen würde.

47. Wenn die Voraussetzungen für eine Befreiung vorliegen und ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Aufforderung zur Einreichung eines Angebots möglich ist, kann eine Bekanntmachung nicht erforderlich sein. Die sich aus dem Vertrag ergebenden Grundsätze können nicht ein Öffentlichkeitserfordernis aufstellen, das auch dann zu erfüllen ist, wenn die Richtlinien ausdrücklich eine Befreiung vorsehen; sonst wäre diese Befreiung wirkungslos.

48. Dies muss meines Erachtens auch dann entsprechend gelten, wenn der Wert eines bestimmten Auftrags unter dem Schwellenwert für die Anwendung der betreffenden Richtlinie liegt [28]. In Fällen, in denen die Umstände es normalerweise rechtfertigen, dass auf ein Verhandlungsverfahren zurückgegriffen wird, wäre es absurd, wenn diese Rechtfertigung verloren ginge, wenn der Wert des Auftrags unter dem in der Richtlinie festgelegten Schwellenwert liegt.

49. Folglich könnte die getrennte Bezugnahme auf die fehlende Öffentlichkeit im Zusammenhang mit den Artikeln 43 und 49 EG nur in den Fällen von Bedeutung sein, in denen ein bestimmter Auftrag nicht in den

28 — Anders als in einer Situation wie z. B. in der Rechtssache Telaustria, oben in Fußnote 11 zitiert, in der ein Auftrag unter dem Schwellenwert liegt, eine Befreiung aber nicht auf ihn anwendbar gewesen wäre, wenn er in den Anwendungsbereich der Richtlinie gefallen wäre.

Anwendungsbereich der maßgebenden Richtlinie fällt *und* es keine Umstände gab, die eine Befreiung, wie sie in der Richtlinie vorgesehen war, gerechtfertigt hätten.

50. Im vorliegenden Fall ist die in den streitigen Vorschriften enthaltene Erlaubnis jedoch keineswegs auf solche Situationen beschränkt.

51. Insgesamt erscheint die Formulierung der beantragten Feststellung nicht besonders konsequent oder klar, ein Umstand, der dem Gerichtshof bei seiner Beurteilung nicht nützlich ist.

52. Betrachtet man die Sache, so geht es jedoch einfach darum, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Befreiung von den gemeinsamen Regeln der Richtlinie 93/36 oder gegebenenfalls der Richtlinie 92/50 vorliegen.

Begründetheit

53. Die in den streitigen Vorschriften enthaltene Ermächtigung kann nur rechtmäßig sein, wenn sie durch eine der Befreiungen in Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie 93/36 oder Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 gerechtfertigt ist.

54. Italien beruft sich nicht speziell auf die Richtlinie 92/50. Dies kann darauf zurückzuführen sein, dass den beiden nach der Ermächtigung tatsächlich vergebenen Aufträgen, bei denen es sich um Lieferaufträge nach der Richtlinie 93/36 handelte, eine übermäßige Bedeutung beigemessen wird. Da die maßgebenden Befreiungen jedoch in beiden Richtlinien im Wesentlichen die Gleichen sind, wird die Auffassung, zu der man in Bezug auf die eine Richtlinie gelangt, auch für die andere gelten.

55. Italien beruft sich hauptsächlich auf Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 93/36 [29], wonach bei dringlichen, zwingenden Gründen im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, auf das Verhandlungsverfahren zurückgegriffen werden kann. Das dringende Erfordernis, während des im Juli 2002 ausgerufenen Notstands Waldbrände zu bekämpfen, stellt nach seiner Auffassung einen solchen Grund dar.

56. Italien beruft sich zweitens auch auf Artikel 6 Absatz 3 Buchstaben c und e derselben Richtlinie [30], die ein solches Verfahren erlauben, wenn der Gegenstand der Lieferung wegen seiner technischen Besonderheiten von einem bestimmten Lieferanten geliefert werden muss und wenn es zur Sicherstellung der Homogenität der Lieferung erforderlich ist, weiterhin denselben Lieferanten zu beauftragen. Italien ist der Ansicht, dass diese Voraussetzungen erfüllt

29 — Entspricht Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 92/50.

30 — Entspricht Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b und (weitgehend) Buchstabe f der Richtlinie 92/50.

sind, weil der Corpo Forestale eine homogene Flotte von AB412-Hubschraubern aufrechterhalten müsse, die nur von Agusta geliefert werden könnten.

Technische Anforderungen und Homogenität der Lieferung

57. Diese Kriterien lassen sich ganz kurz abhandeln.

58. Welche Gründe auch immer Anlass für das angebliche Erfordernis waren, Hubschrauber Agusta AB412 zu erwerben, so sind sie nur für die tatsächlichen Verfahren maßgebend, die aufgrund der durch den streitigen Beschluss erteilten Ermächtigungen durchgeführt wurden.

59. Der angebliche Verstoß betrifft jedoch die streitigen Vorschriften dieses Beschlusses und nicht die verhandelten Aufträge selbst. In diesen Vorschriften oder im Kontext des streitigen Beschlusses deutet nichts auf irgendeine Beschränkung auf einen bestimmten Lieferanten aus welchen Gründen auch immer hin.

60. Die streitigen Vorschriften können deshalb nicht aufgrund von Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c oder e der Richtlinie 93/36 oder Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b oder f der Richtlinie 92/50 gerechtfertigt werden.

Dringlichkeit

61. Als allgemeine Aussage scheint es unstreitig, dass der Ausbruch ausgedehnter Waldbrände dringliche, zwingende Gründe darstellt, die zu der Notwendigkeit führen, Dienstleistungen und Ausrüstungen der Brandbekämpfung zu erwerben, falls sie noch nicht in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen.

62. Die Kommission bestreitet diese Aussage als solche nicht, trägt aber vor, dass nicht alle Voraussetzungen für die Anwendung der Befreiung erfüllt seien. Zum einen seien Waldbrände im Sommer in Südeuropa ein regelmäßig wiederkehrendes Ereignis; sie seien somit vorhersehbar, und jede Dringlichkeit bei einem notwendigen Erwerb der Mittel für ihre Bekämpfung sei den italienischen Behörden zuzuschreiben. Zum anderen sei der streitige Beschluss nach Beendigung des nationalen Notstands am 31. Oktober 2002 in Kraft geblieben und habe so verwendet werden können, um den Rückgriff auf Verhandlungsverfahren zu erlauben, nachdem keine dringliche Situation mehr vorgelegen habe.

63. Ich gebe zu, dass regelmäßige jahreszeitliche Vorkommnisse nicht als unvorhersehbare Ereignisse angesehen werden können.

64. Es kann jedoch nicht geleugnet werden, dass selbst solche Vorkommnisse in manchen Jahren so außergewöhnlich intensiv oder umfangreich sein können, dass sie berechtigterweise als unvorhersehbar angesehen werden.

65. Sowohl das Dekret, in dem der nationale Notstand ausgerufen wurde, als auch der streitige Beschluss selbst erwähnen in ihren Präambeln außergewöhnliche meteorologische Verhältnisse, die zu Dürre und einer erhöhten Waldbrandgefahr geführt haben. In dem Beschluss heißt es, dass solche Verhältnisse früh im Jahr vorgelegen und zu außergewöhnlichen Einsätzen der Waldbrandbekämpfungseinheiten und zur Notwendigkeit geführt hätten, die Kapazitäten zu erhöhen; danach sei es im Juni zu einer langen Periode von für die Jahreszeit ungewöhnlich hohen Temperaturen gekommen und folglich zu einer Erhöhung des Risikos des Ausbruchs und der Ausbreitung von Waldbränden. In ihren Schriftsätzen macht die Italienische Republik geltend, dass solche Waldbrände im Sommer 2002 die schlimmsten Vorhersagen übertroffen hätten.

66. Die Kommission hat jedoch die Frage der Außergewöhnlichkeit der Wetterverhältnisse oder des Ausbruchs der Waldbrände im Sommer 2002 nicht aufgeworfen. Ihre Argumente sind nur auf die Vorhersehbarkeit von Sommerwaldbränden im Allgemeinen und auf die Mechanismen gerichtet, aufgrund deren die italienischen Behörden die erforderlichen Mittel hätten erwerben können, um solche Feuer rechtzeitig und ohne Rückgriff auf irgendein Dringlichkeitsverfahren zu bekämpfen. Sogar in letztgenannter Hinsicht bezieht sie sich ausgiebiger auf den tatsächlichen Erwerb von zwei AB412-Hubschraubern als auf die in Rede stehenden Ermächtigungen.

67. Man kann davon ausgehen, dass Waldbrände im Sommer in Italien vorhersehbar sind, so dass sich die Behörden nicht darauf berufen können, dass sie es versäumt haben, vorher für solche Brände Vorsorge zu treffen, um den Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren nach Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 93/36 zu rechtfertigen.

68. Außergewöhnliche Waldbrände, die auf außergewöhnliche Wetterverhältnisse zurückzuführen sind, sind aber als solche definitionsgemäß nicht vorhersehbar und können als dringliche, zwingende Gründe im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden.

69. Die Kommission hat nicht versucht, die Außergewöhnlichkeit der Umstände, auf die

der streitige Beschluss gestützt wurde, zu widerlegen oder zu bestreiten.

70. Ich bin deshalb der Ansicht, dass Italien einen ausreichenden Anscheinsbeweis für das Vorliegen von Dringlichkeit als Grund für den Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Einreichung eines Angebots erbracht hat und dass die Kommission diesen Beweis nicht entkräftet hat.

71. Die Kommission wendet aber weiter ein, dass die Ermächtigung des Beschlusses nicht von der Befreiung für dringliche Situationen gedeckt sein könne, weil sie nicht auf den bestimmten Notstandszeitraum beschränkt gewesen sei.

72. Sie trägt zwei Argumente vor: Erstens habe der streitige Beschluss keine Bestimmung enthalten, die seine Geltung zeitlich beschränkt habe, und er sei nicht aufgrund einer anderen gesetzlichen Rechtsvorschrift außer Kraft getreten; zweitens habe sich das Ministerium für Land- und Forstwirtschaft in einem Schreiben vom 21. Mai 2003 [31] verpflichtet, den streitigen Beschluss für künftige Erwerbungen von Lieferungen nicht mehr heranzuziehen, und damit gezeigt, dass der Beschluss nicht mit dem nationalen Notstand am 31. Oktober 2002 außer Kraft getreten sei.

73. Bevor ich mich mit diesen Argumenten auseinandersetze, kann der Hinweis darauf nützlich sein, dass die Tatsache, dass das Dekret, mit dem der Notstand in der Provinz Verbano-Cusio-Ossola ausgerufen worden war, bis zum 31. Juli 2004 [32] verlängert wurde, für diese Frage nicht von Bedeutung ist. In der Klageschrift wird die Feststellung beantragt, dass Italien dadurch gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat, dass es die streitigen Vorschriften *erlassen* hat. Es gibt keinen Anhaltspunkt oder eine Behauptung dahin gehend, dass zur Zeit dieses Erlasses irgendeine Ausdehnung der Rechtsgrundlage dafür erwogen wurde, und die beantragte Feststellung bezieht sich weder auf eine solche Ausdehnung noch darauf, dass der streitige Beschluss über ein bestimmtes Datum hinaus weiter gegolten hätte.

74. Es ist auch nicht von Bedeutung, dass der Auftrag für die Lieferung von zwei AB412-Hubschraubern erst nach dem Ende des nationalen Notstands ausgeführt wurde. Wichtig ist, ob man sich nach diesem Zeitraum noch auf die Ermächtigung, ein Verhandlungsverfahren einzuleiten, berufen konnte.

75. Was nunmehr das erste Argument der Kommission angeht, so trägt die italienische Regierung vor, dass der streitige Beschluss logischerweise mit der Beendigung des Notstands, auf dem er beruht habe, außer Kraft getreten sei.

31 — Anlage 8 zur Klageschrift.

32 — Vgl. oben, Nr. 11.

76. Das erscheint glaubhaft.

77. Wird ein Durchführungsbeschluss auf der Grundlage einer Erklärung erlassen, mit der ein Notstand ausgerufen wurde, so erscheint die Annahme vernünftig, dass seine Wirkungen und seine Gültigkeit erlöschen, wenn der Notstand rechtlich beendet wird. Im vorliegenden Fall wird in der Präambel des streitigen Beschlusses nicht nur erwähnt, dass ein nationaler Notstand ausgerufen wurde, sondern es wird auch ausgeführt, dass dieser am 31. Oktober 2002 enden soll. Auch ist zu bemerken, dass es in Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 225 vom 24. Februar 1992, das eine der Rechtsgrundlagen des streitigen Beschlusses ist, heißt, dass „zur Sicherstellung von Notfalleinsätzen im Anschluss an" das Ausrufen des Notstands von geltenden Regeln abweichende Maßnahmen erlassen werden können, was ein starkes Indiz dafür ist, dass solche Maßnahmen nicht gültig sein können, wenn sie außerhalb dieses Zusammenhangs erlassen werden.

78. Es ist zwar wahrscheinlich, dass jedes Verhandlungsverfahren, das nach dem Ende des Notstands auf der Grundlage der Ermächtigung des streitigen Beschlusses abgeschlossen wurde, aus diesem Grund angefochten werden könnte. Doch gibt es jedenfalls keinen Anhaltspunkt oder eine Behauptung dahin gehend, dass die betreffenden Behörden nach diesem Zeitpunkt versucht hätten, ein solches Verfahren einzuleiten. Außerdem steht es mit dem Vorbringen Italiens in Einklang und ist ein möglicher Beleg für die Annahme, dass die Ermächtigung mit dem nationalen Notstand enden muss, dass der Auftrag für die Lieferung von zwei AB412-Hubschraubern, offensichtlich der einzige Auftrag, der aufgrund der Ermächtigung vergeben wurde, am 31. Oktober 2002, dem letzten Tag dieses Notstands, genehmigt wurde.

79. Die am 21. Mai 2003 eingegangene Verpflichtung, den streitigen Beschluss bei künftigen Erwerbungen von Lieferungen nicht mehr anzuwenden, könnte durchaus im Widerspruch zu der Ansicht stehen, dass der Beschluss zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gültig war.

80. Die italienische Regierung räumt die Schwierigkeit ein, trägt aber vor, dass die Verpflichtung des Ministeriums lediglich zum Ausdruck bringe, dass es nicht länger möglich gewesen sei, sich rechtlich auf den streitigen Beschluss zu stützen, aber nicht darauf hinweise, dass das Ministerium in der Angelegenheit irgendeine Wahlmöglichkeit gehabt habe.

81. Die Lektüre der relevanten Passage des Schreibens — das auch andere Angelegenheiten betrifft und mit dem offenbar dargelegt werden sollte, dass das Vorbringen der Kommission zu einer Reihe von Fragen unbegründet sei — zeigt, dass die Verpflichtung auf eine Erklärung folgte, wonach der Erwerb der beiden AB412-Hubschrauber auf

jeden Fall mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar gewesen sei und dass der streitige Beschluss lediglich als „verstärkende Maßnahme" zugrunde gelegt worden sei.

82. Unter diesen Umständen bin ich nicht der Ansicht, dass das Schreiben ausreicht, um nachzuweisen, dass der streitige Beschluss am 21. Mai 2003 noch in Kraft war.

83. Ich gelange somit zu der Schlussfolgerung, dass die Kommission nicht den Nachweis erbracht hat, dass auf der Grundlage der streitigen Vorschriften nach dem Ende des Notstands, für den sie erlassen wurden, Lieferungen oder Dienstleistungen erworben werden konnten, oder allgemein, dass die dringlichen, zwingenden Gründe, auf die sich die italienische Regierung glaubhaft beruft, gefehlt haben oder den italienischen Behörden zuzuschreiben waren.

Kosten

84. Die Italienische Republik hat keinen Kostenantrag gestellt; deshalb sind gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung die Parteien zur Tragung ihrer eigenen Kosten zu verurteilen.

Ergebnis

85. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen sollte der Gerichtshof nach meiner Ansicht

— die Klage abweisen;

— die Parteien zur Tragung ihrer eigenen Kosten verurteilen.