CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 2 juni 2005 [1]

1. In de onderhavige zaak stelt de Commissie dat de Italiaanse Republiek, door bepalingen vast te stellen op grond waarvan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht mag worden toegepast voor de verwerving van materieel en diensten voor de bestrijding van bosbranden, de krachtens richtlijn 93/36/EEG [2] van de Raad en de artikelen 43 EG en 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Wetgeving

Gemeenschapswetgeving

2. Richtlijn 93/36 coördineert de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, en richtlijn 92/50/EEG [3] coördineert de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten voor dienstverlening door de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen. [4]

3. De richtlijnen voorzien in drie soorten procedures:

— „openbare procedures", waarbij alle belangstellende leveranciers mogen inschrijven;

— „niet-openbare procedures", waarbij alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte leveranciers mogen inschrijven, en

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1993, L 199, blz. 1).

3 — Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1).

4 — Zie artikel 1, sub b, van elk van beide richtlijnen.

— „onderhandelingsprocedures" of „procedures van gunning via onderhandelingen", waarbij de aanbestedende dienst met door hem gekozen leveranciers overleg pleegt en via onderhandelingen met een of meer van hen de contractuele voorwaarden vaststelt. [5]

4. In de regel maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor leveringen en voor dienstverlening gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure. [6]

5. In een aantal uitzonderlijke gevallen mogen zij echter de onderhandelingsprocedure volgen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht.

6. Deze gevallen worden, wat de opdrachten voor leveringen betreft, in artikel 6, lid 3, van richtlijn 93/36 opgesomd en zij omvatten, voorzover in casu relevant, de volgende gevallen:

„[...]

c) wanneer de fabricage of levering van de producten om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan één bepaalde leverancier kan worden toevertrouwd;

d) voorzover zulks strikt noodzakelijk is, in geval de termijnen van de openbare of de niet-openbare procedures of voor de in lid 2[7] bedoelde procedures van gunning via onderhandelingen wegens dringende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De omstandigheden die worden ingeroepen om de dringende spoed te rechtvaardigen mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn;

e) voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die ofwel zijn bestemd voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, ofwel voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, als de verandering van leverancier de aanbestedende dienst ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen waarbij een andere techniek wordt toegepast, zodat bij gebruik en onderhoud ervan onverenigbaarheid ontstaat of zich onevenredige technische moeilijkheden voordoen. De looptijd van deze opdrachten en nabestellingen mag in de regel drie jaar niet overschrijden."

5 — Artikel 1, sub d, e en f, van elk van beide richtlijnen.

6 — Artikel 6, lid 4, van richtlijn 93/36 en artikel 11, lid 4, van richtlijn 92/50.

7 — De onderhandelingsprocedures zijn die welke worden gevoerd nadat er problemen zijn ontstaan bij een openbare of niet-openbare procedure en ofwel worden zij voorafgegaan door een aankondiging van opdracht, ofwel staan zij open voor iedereen die in de voorafgaande procedures heeft ingeschreven.

7. Voor opdrachten voor dienstverlening worden zij in artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 in licht gewijzigde termen uiteengezet:

„b) in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd;

[...]

d) voorzover zulks strikt noodzakelijk is, in geval de termijnen voor de openbare of de niet-openbare procedure dan wel voor de procedure van gunning via onderhandelingen[8] bedoeld in de artikelen 17 tot en met 20 wegens dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De ter rechtvaardiging van de dwingende spoed ingeroepen omstandigheden mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn;

[...]

f) in geval van nieuwe diensten, bestaande uit de herhaling van soortgelijke diensten die door dezelfde aanbestedende diensten aan de met een eerste opdracht belaste dienstverlener worden toevertrouwd, mits deze diensten overeenstemmen met een basisproject dat het voorwerp vormde van een overeenkomstig de in lid 4 bedoelde procedures geplaatste eerste opdracht. De mogelijkheid om de procedure van gunning via onderhandelingen toe te passen, dient reeds bij het uitschrijven van de aanbesteding van de eerste verrichting te worden vermeld en het totale voor de volgende diensten geraamde bedrag wordt door de aanbestedende diensten in aanmerking genomen voor de toepassing van artikel 7. Tot deze procedure kan slechts worden overgegaan gedurende een periode van drie jaar volgende op de totstandkoming van de oorspronkelijke opdracht."

8. Zelfs wanneer dergelijke uitzonderingen van toepassing zijn, of wanneer de waarde van opdrachten lager is dan de toepassingsdrempel van de richtlijnen[9], heeft het Hof evenwel geoordeeld dat de gevolgde procedure de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht moet eerbiedigen, met name het discriminatieverbod zoals dat voortvloeit uit de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten, te weten de artikelen 43 EG en 49 EG.[10] Dit beginsel houdt een verplichting

8 — Laatstgenoemde zijn bepaalde onderhandelingsprocedures met voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, behalve in zaken die analoog zijn met die waarnaar in de vorige voetnoot wordt verwezen.

9 — Dit wil zeggen, overeenkomstig artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 93/36 en artikel 7, lid 1, van richtlijn 92/50, wanneer de geschatte waarde van de overeenkomst zonder BTW minstens 200 000 bijzondere trekkingsrechten (SDR) bedraagt of, voor autoriteiten van de centrale overheid en in de context van richtlijn 93/36, 130 000 SDR — tegenwaarde in 2002 249 681 EUR respectievelijk 162 293 EUR — zie PB 2001, C 332, blz. 21.

10 — Zie arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland, (C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 62).

tot transparantie in, hetgeen op zijn beurt een passende mate van openbaarheid vereist opdat de dienstenmarkt kan worden geopend voor mededinging en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. [11]

Nationale wetgeving

9. Artikel 23 quinquies van wet nr. 61 van 30 maart 1998 [12] stelde het Corpo Forestale dello Stato (staatsbosbeheer; hierna: ‚Corpo Forestale') bepaalde bedragen ter beschikking voor de aankoop van helikopters voor de bestrijding van bosbranden in de jaren 1998 tot en met 2000.

10. Ingevolge artikel 5, lid 1, van wet nr. 225 van 24 februari 1992 inzake dienstplicht en burgerbescherming [13], kan de voorzitter van de ministerraad in een bepaald gebied voor een bepaalde periode de noodtoestand afkondigen in geval van natuurrampen, catastrofes of andere gebeurtenissen van zodanige aard en omvang, dat uitzonderlijke maatregelen en bevoegdheden vereist zijn. Op grond van artikel 5, lid 2, kunnen in dergelijke omstandigheden beschikkingen worden uitgevaardigd die afwijken van de geldende bepalingen — maar moeten stroken met algemene rechtsbeginselen — teneinde het treffen van noodmaatregelen te verzekeren na een dergelijke afkondiging.

11. Na het uitbreken van meerdere bosbranden kondigde de voorzitter van de ministerraad bij decreet van 28 juni 2002 [14], uitgevaardigd krachtens artikel 5, lid 1, van wet nr. 225, de noodtoestand af in heel Italië, met het oog op de bestrijding van bosbranden vanuit de lucht. De noodtoestand moest tot en met 31 oktober 2002 duren. In de provincie Verbano-Cusio-Ossola werd bij een ander decreet, van dezelfde datum [15], een beperktere noodtoestand afgekondigd die tot en met 31 december 2002 zou duren. Deze laatste noodtoestand, maar kennelijk niet de eerste, werd vervolgens verlengd tot en met 30 december 2003 [16] en daarna nog eens tot en met 31 juli 2004. [17]

12. Op 24 juli 2002 gaf de voorzitter van de ministerraad beschikking nr. 3231 (hierna: „litigieuze beschikking") [18] inzake de bestrijding van bosbranden vanuit de lucht op basis van wet nr. 225, met name artikel 5 daarvan, wetsdecreet nr. 343 van 7 september 2001,

11 — Zie arrest van 7 december 2002, Telaustria en Telefonadress zaak (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 62).

12 — *GURI* van 31 maart 1998.

13 — *GURI* van 17 maart 1992.

14 — *GURI* van 11 juli 2002.

15 — *GURI* van 10 juli 2002.

16 — Decreet van de voorzitter van de ministerraad van 20 december 2002, *GURI* van 27 december 2002.

17 — Decreet van de voorzitter van de ministerraad van 24 oktober 2003, *GURI* van 4 november 2003.

18 — *GURI* van 30 juli 2002.

zoals omgezet in wet nr. 401 van 9 november 2001 [19], en de twee hierboven aangehaalde decreten van 28 juni 2002. [20]

13. De artikelen 1, lid 2, en 2, leden 1, 2 en 3, van de beschikking („litigieuze bepalingen") zijn het voorwerp van de onderhavige procedure.

14. Artikel 1, lid 2, luidt:

„Ter verbetering van de inzetbaarheid van luchteenheden bij de bestrijding van bosbranden mag de burgerbescherming een bijzonder noodprogramma opstellen en uitvoeren om zijn technologische en computerapparatuur uit te breiden en mag hij de noodzakelijke apparatuur aanschaffen via procedures die mede onderhandse overeenkomsten omvatten."

15. Artikel 2, leden 1, 2 en 3, luiden:

„1. Teneinde in het kader van de in artikel 7, lid 2, van wet nr. 353 van 21 november 2000 [[21]] genoemde doelstellingen adequaat en met de nodige spoed op te treden tegen de bosbranden die op het nationale grondgebied woeden, tegen de achtergrond van een substantiële en blijvende versterking van de luchtvloot waarover de burgerbescherming beschikt, en gelet op de grote verscheidenheid aan noodsituaties, en om tegelijkertijd te voldoen aan de essentiële vereisten om mogelijke uitbreiding van dergelijke branden, die zowel op menselijk als op materieel vlak zeer schadelijk kunnen zijn, te voorkomen, wordt de burgerbescherming gemachtigd om met de grootste spoedeisendheid de vliegtuigen aan te wijzen die voor de uitvoering van zijn taken het geschiktst worden geacht en, in afwijking van de in artikel 4 vermelde wettelijk bepalingen [[22]], onderhandse overeenkomsten voor de verwerving of uitvoering van brandblusdiensten vanuit de lucht te sluiten.

2. In het kader van de in artikel 7, lid 2, van wet nr. 353 van 21 november 2000 genoemde doelstellingen wordt het Corpo Forestale gemachtigd om ter versterking van de inzetbaarheid van zijn luchteenheden bij de bestrijding van bosbranden en de daarop volgende mogelijke urgente burgerbescherming, met de grootste spoedeisendheid de

19 — *GURI* van 10 november 2001; Wet tot invoering dringende bepalingen ter verzekering van de coördinatie op de gebieden van de instanties voor de burgerbescherming.

20 — De verwijzing naar de tweede noodtoestand, in de provincie Verbano-Cusio-Ossola, lijkt verwarrend, althans in de context van de litigieuze bepalingen, die alle de bestrijding van bosbranden betreffen. Kennelijk heeft deze noodtoestand in feite geen betrekking op de hele provincie, maar op een klein deel ervan, en betreft het een toename van het smeltwater van gletschers, een verschijnsel dat kan worden toegeschreven aan buitengewoon warm weer, maar klaarblijkelijk niet aan bosbranden. Hij vormt evenwel één van de rechtsgrondslagen van de litigieuze beschikking, en er wordt door de Commissie naar verwezen.

21 — Kaderwet bestrijding bosbranden, *GURI* van 30 november 2000; ingevolge artikel 7, lid 2, dienen de bevoegde autoriteiten een effectieve brandbestrijding te verzekeren en de nationale vloot van blustoestellen te verbeteren en te moderniseren.

22 — Deze lijst bevat, naast wetgeving die de communautaire aanbestedingsrichtlijnen omzetten, artikel 23 quinquies van wet nr. 61/98.

vliegtuigen aan te wijzen die voor de uitvoering van zijn taken en voor andere verplichtingen uit hoofde van artikel 11 van wet nr. 225/1992[23] het geschiktst worden geacht en om deze, in afwijking van de in artikel 4 vermelde wettelijke bepalingen, via onderhandse overeenkomsten te verwerven. Daartoe mag het Corpo Forestale tevens testresultaten en ervaring op het gebied van burgerbescherming opvragen bij andere lichamen van de staat of territoriale lichamen, alsmede resultaten van technisch onderzoek, teneinde een optimale functionele en operationele integratie te waarborgen naast een zo economisch mogelijk beheer van de hele staatsvloot van toestellen voor bosbrandbestrijding. Voor de aankoop van de in deze paragraaf genoemde toestellen mag het Corpo Forestale, in afwijking van de algemene regels inzake de regeringsboekhouding, ook overeenkomsten sluiten voor inruil van toestellen in zijn bezit, die bestemd zijn voor verkoop, maar nog niet zijn verkocht.

3. Om de brandweercommandant in staat te stellen de coördinatie tussen de grondteams en de ingezette toestellen te verzekeren, wordt het Corpo Forestale gemachtigd om eveneens via onderhandse overeenkomsten de radiozend- en ontvangstapparatuur met toebehoren aan te schaffen die nodig is voor de communicatie met de grond tijdens de brandbestrijdingsoperaties."

16. Luidens de considerans van de beschikking is deze vastgesteld met het oog op de klimatologische en meteorologische omstandigheden sinds het begin van het jaar 2002, met uitzonderlijk hoge temperaturen in juni, die het gevaar voor bosbranden vergrootten, en de dringende behoefte aan materieel voor de bestrijding van bosbranden vanuit de lucht.

Procedure

17. Het Italiaanse ministerie van landbouw en bosbouw maakte in december 2000 krachtens artikel 23 quinquies van wet nr. 61/98 twee oproepen tot inschrijving bekend voor de levering van in totaal 49 helikopters. Deze procedures werden daarna geschorst en vervolgens ingetrokken, hetgeen aanleiding gaf tot een klacht bij de Commissie. In antwoord op een vraag van de Commissie gaven de Italiaanse autoriteiten te kennen, dat deze maatregel was genomen na de aanslag op het World Trade Centre in september 2001, omdat moest worden verzekerd dat de helikopters zowel bij antiterreuroperaties als bij brandbestrijding inzetbaar waren. De Italiaanse autoriteiten deel-

23 — Dit artikel legt de algemene verplichtingen van alle organen voor de bescherming van de bevolking vast, waaronder het Corpo Forestale.

den de Commissie op 22 juni 2002 mee dat zij van plan waren de bewuste helikopters aan te kopen, en dat de overeenkomsten naar hun oordeel niet onder het gemeenschapsrecht vielen, aangezien het hier de nationale veiligheid betrof.

18. De litigieuze beschikking werd op 24 juli 2002 gegeven, en partijen zijn het er kennelijk over eens dat de enige relevante aankoop op basis hiervan twee AB 412-helikopters betreft, die door de Italiaanse onderneming Agusta Bell SpA (hierna: „Agusta") werden geleverd na een onderhandelingsprocedure die uitliep op een overeenkomst die op 28 oktober 2002 werd ondertekend en op 31 oktober daaropvolgend werd goedgekeurd.

19. De Commissie was echter van mening dat de in de litigieuze beschikking opgenomen machtigingen in strijd waren met het gemeenschapsrecht en zond de Italiaanse regering op 19 december 2002 een aanmaningsbrief, waarin zij deze laatste verzocht om overeenkomstig artikel 226 EG haar opmerkingen in te dienen. In haar antwoord wees de regering op de ernst van de bosbranden in Italië in 2002.

20. De Commissie zond de Italiaanse regering vervolgens op 3 april 2003 een met redenen omkleed advies krachtens artikel 226 EG, waarin zij concludeerde dat de artikelen 1, lid 2, en 2, leden 1, 2 en 3, van de litigieuze beschikking in strijd waren met het gemeenschapsrecht. Zij verzocht Italië om binnen een termijn van één maand aan het advies te voldoen.

21. Hoewel de Italiaanse autoriteiten nog een aantal antwoorden verstuurden na het verstrijken van deze periode, is de Commissie van oordeel dat haar geen maatregelen zijn meegedeeld waarmee aan het met redenen omkleed advies wordt voldaan.

22. Daarop heeft zij het onderhavige beroep ingesteld, waarin zij het Hof verzoekt:

— vast te stellen dat de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 alsmede de artikelen 43 EG en 49 EG, doordat zij de artikelen 1, lid 2, en 2, leden 1 tot en met 3, van beschikking nr. 3231 van de voorzitter van de ministerraad van 24 juli 2002 heeft vastgesteld op grond waarvan in afwijking van de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor leveringen en dienstverlening, in het bijzonder van de gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking en inzake deelneming als voorzien in de titels III en IV van richtlijn 93/36 en de titels III en V van richtlijn 92/50, onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten voor de aankoop van vliegtuigen ter

bestrijding van bosbranden en voor de verwerving van brandblusdiensten, alsmede voor de aankoop van technologische en computerapparatuur en van radiozend- en ontvangstapparatuur, zonder dat is voldaan aan de voorwaarden voor afwijking van de hierboven vermelde gemeenschappelijke regels en in ieder geval zonder dat enige vorm van bekendmaking is gewaarborgd waarmee de mededinging tussen de potentiële inschrijvers kan worden verzekerd;

— de Italiaanse Republiek in de kosten te verwijzen.

23. Italië verzoekt het Hof, de procedure zonder voorwerp te verklaren of het beroep ongegrond te verklaren.

Ontvankelijkheid

24. Italië geeft in zijn schriftelijke opmerkingen te kennen, dat de litigieuze beschikking betrekking had op een beperkte periode, die werd bepaald door de duur van de noodtoestand, die was afgekondigd tot en met 31 oktober 2002.

25. Dit element zorgde ter terechtzitting voor wat discussie over de vraag of het beroep van de Commissie wel ontvankelijk kon worden geacht, aangezien het met redenen omkleed advies pas op 3 april 2003 was verzonden en men zich kon afvragen of de beweerde schending nog bestond aan het einde van de termijn van één maand die was gesteld om aan dit advies te voldoen.

26. De Commissie heeft in de eerste plaats betoogd dat de litigieuze beschikking noch een bepaling bevat die haar gelding in de tijd afbakent, noch krachtens enige andere wettelijke bepaling buiten werking is getreden; in de tweede plaats dat één van de maatregelen waarop zij was gebaseerd, namelijk het decreet houdende afkondiging van de noodtoestand in de provincie Verbano-Cusio-Ossola, was verlengd tot en met 31 juli 2004; in de derde plaats dat de overeenkomst voor de levering van twee helikopters, gesloten op basis van de litigieuze beschikking, bij het verstrijken van deze periode nog niet volledig was uitgevoerd, aangezien nog technische controles plaatsvonden; en in de vierde plaats, dat indien het Hof het beroep op grond van de genoemde reden niet-ontvankelijk mocht verklaren, lidstaten dan tijdelijke maatregelen zouden kunnen treffen op grond waarvan niet-gerechtvaardigde afwijkingen van de aanbestedingsregels van het gemeenschapsrecht mogelijk zijn, maar hiervoor niet zouden kunnen worden vervolgd omdat de getroffen maatregelen aflopen of worden ingetrokken vooraleer de Commissie gerechtelijke stappen kan nemen.

27. De gemachtigde van de Italiaanse Republiek heeft ermee ingestemd dat het beroep ontvankelijk is. Hij heeft uitdrukkelijk erkend dat het anders onmogelijk zou zijn, het noodzakelijke rechterlijke toezicht in dit soort zaken te waarborgen.

28. In deze omstandigheden stel ik niet voor, de kwestie van de buitenwerkingtreding van de litigieuze beschikking te onderzoeken als een element dat de ontvankelijkheid van het beroep beïnvloedt. Ik ben het echter met beide partijen eens dat kortstondige inbreuken op het gemeenschapsrecht, zoals de in casu aan de orde zijnde inbreuk, niet louter op grond van hun beperkte duur moeten zijn uitgesloten van de procedure van artikel 226 EG.

29. Ongeacht of de litigieuze beschikking nog steeds van kracht was bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn en ongeacht de situatie met betrekking tot de op basis van de beschikking ingeleide procedures, is het in elk geval duidelijk dat Italië geen maatregelen heeft genomen om een einde te maken aan de beweerde schending, waarvan het het bestaan nog steeds ontkent.

30. In deze omstandigheden kan Italië niet worden geacht zich te hebben gevoegd naar het met redenen omkleed advies en kan het beroep niet als niet-ontvankelijk worden beschouwd. [24]

24 — Zie arrest van 10 maart 1987, Commissie/Italië (199/85, Jurispr. blz. 1039, punten 7-9) en punten 19 en 20 van de conclusie van advocaat-generaal Lenz in deze zaak. Zie ook de conclusies van advocaat-generaal Lenz bij de arresten van 30 mei 1991, Commissie/Griekenland (C-110/89, Jurispr. blz. I-2659, punt 10), 5 juni 1986, Commissie/Italië (103/84, Jurispr. blz. 1759, punt 1, sub c), en 11 juli 1991, Commissie/Portugal (C-247/89, Jurispr. blz. I-3659, punt 36, zie hier ook punt 25 van het arrest). In al deze zaken is het beroep ontvankelijk verklaard.

De gevorderde vaststelling

31. De Commissie vordert vaststelling dat Italië door de vaststelling van de artikelen 1, lid 2, en 2, leden 1, 2 en 3, van de litigieuze beschikking de krachtens richtlijn 93/36 en de artikelen 43 EG en 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

32. Deze afbakening van de draagwijdte van het verzoek vraagt om twee voorafgaande opmerkingen.

33. Ten eerste heeft de Commissie verwezen naar procedures voor leveringen die vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking waren ingeleid en ingetrokken. [25] Deze omstandigheden verklaren wellicht de bijzondere betekenis die de Commissie aan deze beschikking geeft en zijn wellicht relevant voor een aantal van de argumenten van de Commissie aangaande de spoedeisendheid.

34. In de tweede plaats is in deze zaak nogal uitgeweid over de aankoop van twee Agusta AB 412 helikopters op basis van de litigieuze beschikking. De omstandigheden rond deze aankopen werpen wellicht wat meer licht op de omstandigheden waarin de beschikking werd vastgesteld.

25 — Zie punt 17 hierboven.

35. Met betrekking tot beide aspecten moet er echter aan worden herinnerd, dat de gevraagde verklaring van niet-nakoming uitsluitend betrekking heeft op de specifieke bepalingen van deze beschikking en niet op enigerlei concrete aanbestedingsprocedure wanneer ook en op welke grondslag ook.

36. De formulering van de gevraagde vaststelling van niet-nakoming geeft eveneens aanleiding tot een aantal meer substantiële opmerkingen.

37. In die vaststelling wordt verklaard dat op grond van de betwiste bepalingen „in afwijking van de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor leveringen en dienstverlening, in het bijzonder van de gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking en inzake deelneming als voorzien in de titels III en IV van richtlijn 93/36 en de titels III en V van richtlijn 92/50, onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten [...] zonder dat is voldaan aan de voorwaarde voor afwijking van de hierboven vermelde gemeenschappelijke regels en in ieder geval zonder dat enige vorm van bekendmaking is gewaarborgd waarmee de mededinging tussen de potentiële inschrijvers kan worden verzekerd".

38. Hieruit wordt geconcludeerd, dat Italië de krachtens richtlijn 93/36 en de artikelen 43 EG en 49 EG — maar niet richtlijn 92/50 — op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

39. Deze benadering, die met betrekking tot onder richtlijn 93/36 vallende opdrachten voor leveringen volledig begrijpelijk is, is moeilijker te volgen voor opdrachten voor dienstverlening.

40. Het Hof heeft geoordeeld dat, ook indien niet aan de bepalingen van de richtlijn diensten hoeft te worden voldaan, openbare-aanbestedingsprocedures moeten stroken met de fundamentele beginselen die voortvloeien uit de artikelen 43 EG en 49 EG, in het bijzonder het non-discriminatiebeginsel, hetgeen een verplichting tot transparantie inhoudt en bijgevolg ook een passende mate van openbaarheid opdat de dienstenmarkt voor mededinging kan worden geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. [26]

41. Derhalve kan worden geredeneerd dat gebruikmaking van een onderhandelingsprocedure in gevallen waarin richtlijn 92/50 dit niet toestaat, eveneens deze beginselen schendt, aangezien per definitie geen bekendmaking zal plaatsvinden.

42. Deze redenering is echter onnodig ingewikkeld, in het bijzonder omdat een zeer rechtlijnige aanpak ter beschikking staat, te weten die welke in de geheel vergelijkbare context van de door richtlijn 93/36 geregelde opdrachten voor leveringen wordt toegepast.

26 — Zie punt 8 hierboven.

43. De Commissie geeft geen directe verklaring voor de door haar gekozen aanpak, maar uit een passage in het verzoekschrift [27] zou men kunnen afleiden dat het de bedoeling was om wederwoord te bieden voor het — door de Italiaanse regering in casu niet aangevoerde — verweer dat de betrokken dienstverleningsovereenkomsten onder de drempelwaarde voor toepassing van richtlijn 92/50 vielen.

44. Aangezien het geding evenwel betrekking heeft op de bepalingen op grond waarvan een bepaalde procedure mag worden gevolgd en niet op krachtens deze bepalingen ingeleide procedures, zou ook deze overweging pas relevant zijn indien deze bepalingen uitdrukkelijk uitsluitend van toepassing waren op overeenkomsten met een waarde beneden de drempelwaarde, maar zij vermelden geen waarde.

45. Een ander punt is, dat de gevraagde vaststelling de verklaring zou bevatten dat onderhandelingsprocedures zijn toegestaan zonder dat aan enige voorwaarde voor afwijking is voldaan „en in ieder geval [*comunque*] zonder dat enige vorm van bekendmaking is gewaarborgd waarmee de mededinging tussen de potentiële inschrijvers moet worden verzekerd".

27 — Punt 48.

46. Het kan echter niet zo zijn dat niet-bekendmaking het gemeenschapsrecht *in ieder geval* kan schenden.

47. Indien aan de voorwaarden voor afwijking is voldaan, en een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving derhalve gerechtvaardigd is, kan geen bekendmaking meer worden verlangd. Wanneer de richtlijnen uitdrukkelijk in een afwijking voorzien, kunnen de uit het Verdrag voortvloeiende beginselen geen bekendmakingsvereiste meer opleggen, aangezien deze afwijking anders zinloos zou worden.

48. Volgens mij dient dit naar analogie te worden toegepast, ook wanneer de waarde van een bepaalde overeenkomst onder de toepassingsdrempel van de betrokken richtlijn ligt. [28] Wanneer de omstandigheden normaal gezien het gebruik van een onderhandelingsprocedure rechtvaardigen, zou het absurd zijn wanneer deze rechtvaardiging niet langer geldt indien de waarde van de overeenkomst onder de in de richtlijn vastgelegde drempel ligt.

49. Derhalve zou de afzonderlijke vermelding van niet-bekendmaking in samenhang met de artikelen 43 EG en 49 EG slechts relevant kunnen zijn in gevallen waarin een overeenkomst buiten de werkingssfeer van de betrokken richtlijn valt *en* er geen

28 — In tegenstelling tot een situatie zoals in bijvoorbeeld de zaak Telaustria, aangehaald in voetnoot 11, waar een overeenkomst onder de drempelwaarde lag, maar niet voor een afwijking in aanmerking zou zijn gekomen indien ze onder de richtlijn was gevallen.

omstandigheden zijn die een afwijking als die welke ingevolge de richtlijn is toegestaan, hadden kunnen rechtvaardigen.

50. In het onderhavige geval is de door de bestreden bepalingen geboden mogelijkheid echter geenszins beperkt tot die situaties.

51. De formulering van de gevraagde vaststelling van niet-nakoming is niet bijzonder consistent en duidelijk, hetgeen voor de uitspraak van het Hof alleen maar lastig is.

52. Uiteindelijk gaat het echter enkel om de vraag, of is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor afwijking van de algemene regels van richtlijn 93/36 respectievelijk richtlijn 92/50.

Ten gronde

53. De door de litigieuze bepalingen geboden mogelijkheid kan slechts rechtmatig zijn indien zij wordt gerechtvaardigd door één van de afwijkingen vermeld in artikel 6, lid 3, van richtlijn 93/36 of artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50.

54. Italië beroept zich niet uitdrukkelijk op richtlijn 92/50. Dit komt wellicht doordat te veel nadruk wordt gelegd op de twee overeenkomsten die daadwerkelijk zijn gesloten, en daarbij ging het om overeenkomsten voor leveringen die door richtlijn 93/36 worden beheerst. Aangezien de relevante afwijkingen in de twee richtlijnen echter in wezen dezelfde zijn, zal het standpunt dat met betrekking tot de ene richtlijn wordt ingenomen eveneens voor de andere gelden.

55. Italië baseert zich hoofdzakelijk op artikel 6, lid 3, sub d, van richtlijn 93/36, [29] op grond waarvan een onderhandelingsprocedure is toegestaan in geval van dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de betrokken aanbestedende diensten niet konden worden voorzien. De dringende bestrijding van bosbranden tijdens de in juli 2002 afgekondigde noodtoestand is volgens Italië zo'n situatie.

56. Italië voert in de tweede plaats artikel 6, lid 3, sub c en e, van dezelfde richtlijn aan [30], op grond waarvan een dergelijke procedure mag worden gevolgd respectievelijk wanneer de producten om technische redenen van één bepaalde leverancier afkomstig moeten zijn en wanneer de opdrachtgever met dezelfde leverancier moet blijven werken om de homogeniteit van de levering te

29 — Komt overeen met artikel 11, lid 3, sub d, van richtlijn 92/50.

30 — Komt overeen met artikel 11, lid 3, sub b, en (in grote mate) sub f, van richtlijn 92/50.

verzekeren. Aan deze voorwaarden is volgens Italië voldaan, aangezien het Corpo Forestale diende te beschikken over een homogene vloot AB 412 helikopters, die enkel door Agusta konden worden geleverd.

Technische vereisten en homogeniteit van de levering

57. Deze criteria kunnen zeer eenvoudig worden behandeld.

58. Welke redenen ook hebben geleid tot de beweerde noodzaak om Agusta AB 412 helikopters aan te schaffen, zij zijn enkel relevant voor de procedures die op basis van de in de litigieuze beschikking geboden mogelijkheid daadwerkelijk hebben plaatsgevonden.

59. De verweten schending betreft echter de litigieuze bepalingen van die beschikking, en niet de onderhandse overeenkomsten zelf. Niets in deze bepalingen of in de context van de litigieuze beschikking wijst evenwel op enigerlei beperking tot een bepaalde leverancier om welke reden dan ook.

60. De litigieuze bepalingen kunnen derhalve niet worden gerechtvaardigd op grond van artikel 6, lid 3, sub c of e, van richtlijn 93/36 of artikel 11, lid 3, sub b of f, van richtlijn 92/50.

Spoedeisendheid

61. Over het algemeen wordt aanvaard dat zich bij het uitbreken van meerdere bosbranden redenen van dringende spoed kunnen voordoen voor de verwerving van brandbestrijdingsdiensten en de daartoe benodigde uitrusting, indien deze niet reeds voldoende voorhanden zijn.

62. De Commissie trekt niet zozeer deze stelling op zich in twijfel, maar voert aan dat niet alle voorwaarden voor de toepassing van de afwijking vervuld zijn. In de eerste plaats breken er in de zomer regelmatig bosbranden uit in heel Zuid-Europa. Ze kunnen dus worden voorzien, zodat elke dringende aanschaf van bestrijdingsmiddelen te wijten is aan de Italiaanse autoriteiten. In de tweede plaats bleef de litigieuze beschikking van kracht na afloop van de nationale noodtoestand op 31 oktober 2002, waardoor ze kon worden gebruikt om onderhandelingsprocedures toe te passen op een moment waarop van spoedeisende situaties geen sprake meer was.

63. Ik ben het ermee eens dat regelmatige, seizoensgebonden verschijnselen niet als onvoorzienbare gebeurtenissen kunnen worden aangemerkt.

64. Het kan echter niet worden ontkend dat ook dergelijke gebeurtenissen in sommige jaren zo extreem zwaar of uitgebreid kunnen zijn dat zij terecht als onvoorzienbaar worden bestempeld.

65. Zowel het decreet waarbij de nationale noodtoestand wordt afgekondigd als de litigieuze beschikking zelf spraken over uitzonderlijke meteorologische omstandigheden, die tot droogte en een verhoogd gevaar voor bosbranden hadden geleid. Volgens de beschikking deden die omstandigheden zich voor in het begin van het jaar, toen het zeer grote aantal interventies van de eenheden voor bosbrandbestrijding een vergroting van hun capaciteit eiste, waarna zich een lange periode van ongekend hoge temperaturen voordeed in juni, met het daaraan verbonden verhoogde gevaar voor het uitbreken van bosbranden en uitbreiding daarvan. In haar schriftelijke opmerkingen verklaart de Italiaanse Republiek dat die branden in de zomer van 2002 de slechtste voorspellingen overtroffen.

66. De Commissie heeft de uitzonderlijke meteorologische omstandigheden of het uitbreken van bosbranden in de zomer van 2002 evenwel niet ter sprake gebracht. Haar argumenten betreffen uitsluitend de voorzienbaarheid van bosbranden in de zomer in het algemeen en de manier waarop de Italiaanse autoriteiten de middelen ter bestrijding van die branden op geoorloofde wijze tijdig en zonder gebruikmaking van enige spoedprocedure hadden kunnen aanschaffen. En zelfs wat dit laatste betreft, gaat zij uitgebreid in op de aankoop van twee AB412 helikopters en niet op het in geding zijnde recht, tot onderhandse aanbesteding over te gaan.

67. Aangenomen kan worden dat bosbranden in de zomer voorzienbaar zijn in Italië, zodat de autoriteiten zich niet op hun eigen verzuim om zich op dergelijke branden voor te bereiden, kunnen beroepen ter rechtvaardiging dat de onderhandelingsprocedure van artikel 6, lid 3, sub d, van richtlijn 93/36 is gevolgd.

68. Uitzonderlijke bosbranden wegens uitzonderlijke weersomstandigheden zijn echter per definitie niet voorzienbaar als zodanig en kunnen redenen van dringende spoed opleveren in de zin van deze bepaling.

69. De Commissie heeft niet getracht, de uitzonderlijke aard van de omstandigheden

waarop de litigieuze beschikking was gebaseerd te weerleggen of te ontkennen.

70. Ik ben daarom van oordeel dat Italië een prima-faciebewijs heeft aangevoerd van het bestaan van spoedeisendheid, die reden was om de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving toe te staan, en dat de Commissie dit bewijs niet heeft weerlegd.

71. De Commissie werpt voorts evenwel tegen dat de ingevolge de beschikking toegestane procedure niet kan worden gedekt door de afwijking voor spoedeisende situaties, omdat zij niet enkel gold voor de periode waarvoor de noodtoestand was afgekondigd.

72. Zij voert twee argumenten aan: in de eerste plaats bevatte de litigieuze beschikking geen bepaling die haar gelding in de tijd beperkte en trad zij niet buiten werking krachtens enige andere wettelijke bepaling; in de tweede plaats had het ministerie van Landbouw en Bosbouw zich in een brief van 21 mei 2003 [31] ertoe verbonden de litigieuze beschikking niet te gebruiken voor de toekomstige aanschaf van materieel, hetgeen zou aangeven dat de beschikking niet bij de beëindiging van de nationale noodtoestand op 31 oktober 2002 buiten werking was getreden.

73. Alvorens deze argumenten te bespreken kan het echter nuttig zijn om erop te wijzen, dat in dit verband irrelevant is dat het decreet waarbij de noodtoestand in de provincie Verbano-Cusio-Ossola werd afgekondigd was verlengd tot en met 31 juli 2004. [32] In het verzoekschrift wordt gevraagd om een verklaring dat Italië door de vaststelling van de bestreden bepalingen niet aan de op haar rustende verplichtingen heeft voldaan. Er is geen aanwijzing, en evenmin is beweerd, dat op het moment van deze vaststelling een verlenging van de rechtsgrondslag ervan werd overwogen, en de gevraagde verklaring maakt geen melding van een dergelijke verlenging of van gelding van de litigieuze beschikking na een welbepaalde datum.

74. Evenmin is relevant dat de overeenkomst voor de aankoop van twee AB 412 helikopters pas na afloop van de nationale noodtoestand werd uitgevoerd. Het gaat erom of het recht, gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure, na die periode nog gold.

75. Wat het eerste argument van de Commissie betreft, heeft de Italiaanse regering geantwoord dat de litigieuze beschikking logischerwijs buiten werking trad aan het einde van de noodtoestand, waarop zij was gebaseerd.

31 — Bijlage 8 bij het verzoekschrift.

32 — Zie punt 11 hierboven.

76. Dit lijkt een geloofwaardig standpunt.

77. Wanneer een bestuurlijke beschikking tot stand komt op basis van de afkondiging van een noodtoestand, kan redelijkerwijs worden verondersteld dat zij haar gelding zal verliezen op het moment waarop de noodtoestand eindigt volgens de desbetreffende bepalingen. In casu vermeldt de litigieuze beschikking niet enkel de afkondiging van een nationale noodtoestand, maar preciseert zij dat die op 31 oktober 2002 zal eindigen. Ook wordt in artikel 5, lid 2, van wet nr. 225 van 24 februari 1992, één van de rechtsgrondslagen van de litigieuze beschikking, bepaald dat maatregelen mogen worden getroffen die afwijken van de geldende bepalingen „teneinde een dringende tussenkomst te verzekeren" na afkondiging van de noodtoestand, een detail dat er sterk op wijst dat dergelijke maatregelen buiten die context niet zijn toegestaan.

78. Waarschijnlijk zal iedere onderhandelingsprocedure die na afloop van de noodtoestand op basis van de litigieuze beschikking plaatsvindt, om die reden kunnen worden aangevochten. Er is echter geen aanwijzing, en evenmin is betoogd, dat de bevoegde autoriteiten hebben gepoogd om een dergelijke procedure in te leiden sinds die datum. Bovendien strookt het met de bewering van Italië — en vormt het een aanwijzing dat na het einde van de noodtoestand geen onderhandelingsprocedure meer was toegestaan — dat de overeenkomst voor de levering van twee AB 412 helikopters, kennelijk de enige overeenkomst die op basis van een machtiging is gesloten, werd goedgekeurd op 31 oktober 2002, de laatste dag van de noodtoestand.

79. De op 21 mei 2003 aangegane verbintenis om de litigieuze beschikking niet te gebruiken voor toekomstige aankopen van materieel, is wellicht onverenigbaar met de zienswijze dat de beschikking op dat tijdstip niet langer van kracht was.

80. De Italiaanse regering erkent dit probleem, maar betoogt dat de verbintenis van het ministerie louter tot uitdrukking brengt dat rechtens niet langer een beroep kon worden gedaan op de litigieuze beschikking, en er niet op wijst dat het ministerie enige keuzemogelijkheid had terzake.

81. Bij lezing van de relevante passage van de brief — die ook andere materies behandelt en bedoeld lijkt om aan te tonen dat de beweringen van de Commissie in dit verband op een reeks punten ongegrond zijn — blijkt dat de aangegane verbintenis volgt op de verklaring dat de aankoop van de twee AB

412 helikopters hoe dan ook in overeenstemming was met het gemeenschapsrecht en dat op de litigieuze beschikking slechts „ter ondersteuning" een beroep werd gedaan.

82. In deze omstandigheden volstaat de brief niet om aan te tonen dat de litigieuze beschikking op 21 mei 2003 nog steeds van kracht was.

83. Daarmee kom ik tot de conclusie dat de Commissie niet heeft aangetoond dat op basis van de litigieuze bepalingen na afloop van de noodtoestand waarvoor zij waren vastgesteld materieel of diensten konden worden verworven of, in het algemeen, dat de redenen van uiterste spoed waarop de Italiaanse regering zich op geloofwaardige wijze beroept, niet bestonden of aan de Italiaanse autoriteiten te wijten waren.

Kosten

84. De Italiaanse Republiek heeft niet gevorderd dat de Commissie in de kosten wordt verwezen. Derhalve dienen partijen krachtens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering elk hun eigen kosten te dragen.

Conclusie

85. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

— het beroep te verwerpen;

— partijen in hun eigen kosten te verwijzen.