FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 2 juni 2005 [1]

1. Kommissionen har i detta mål hävdat att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/36/EEG [2] och artiklarna 43 EG och 49 EG genom att ha antagit vissa bestämmelser enligt vilka det är möjligt att utan att ha publicerat ett meddelande om upphandling använda sig av ett förhandlat förfarande vid köp av brandsläckningsutrustning för att bekämpa skogsbränder och vid köp av tjänster avseende brandsläckning.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

2. I direktiv 93/36/EEG samordnas förfarandet för offentlig upphandling av varor och i direktiv 92/50/EEG [3] samordnas förfarandena för offentlig upphandling av tjänster av statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt. [4]

3. I direktiven föreskrivs tre typer av förfaranden:

— "öppet förfarande": alla leverantörer som önskar får lämna anbud,

— "selektivt förfarande": endast de leverantörer som tillfrågats av den upphandlande myndigheten får lämna anbud, och

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126).

3 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139)

4 — Se artikel 1b i respektive direktiv.

— "förhandlat förfarande": de upphandlande myndigheterna tillfrågar vissa utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. [5]

4. Huvudregeln är att de upphandlande myndigheterna skall upphandla sina varor och tjänster genom ett öppet förfarande eller genom ett selektivt förfarande. [6]

5. De upphandlande myndigheterna får i ett antal undantagsfall emellertid upphandla sina varor genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan ha publicerat ett meddelande om upphandling.

6. Med avseende på offentlig upphandling av varor regleras dessa fall i artikel 6.3 i direktiv 93/36 och gäller, i den mån det är relevant i detta sammanhang:

"...

c) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt produkterna bara kan tillverkas eller levereras av en viss leverantör.

d) I den utsträckning det är absolut nödvändigt när man inte kan iaktta de fastställda tidsfristerna i de öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden som avses i punkt 2 [7], till följd av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna i fråga. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får ej i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna.

e) Då det gäller ytterligare leveranser från den ursprunglige leverantören, vilka är avsedda antingen som delersättning för normala leveranser eller installationer, eller om utökning av redan förekommande leveranser eller installationer, om ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa materiel med andra tekniska egenskaper, som skulle medföra oförenlighet eller orimliga tekniska svårigheter vid drift och underhåll. Varaktigheten av sådana kontrakt liksom av återkommande kontrakt får som regel inte överstiga tre år."

5 — Artikel 1 d–f i respektive direktiv.

6 — Artikel 6.4 i direktiv 93/36 och artikel 11.4 i direktiv 92/50.

7 — Med förhandlade förfaranden avses förfaranden som används när det är svårt att genomföra ett öppet eller ett restriktivt förfarande. Förhandlade förfaranden föregås av ett publicerat meddelande att lämna anbud eller är öppna för dem som lämnat anbud i tidigare förfaranden.

7. I artikel 11.3 i direktiv 92/50 föreskrivs följande, med något andra ord, avseende offentlig upphandling av tjänster:

"b) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt tjänsterna bara kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör.

...

d) I den mån det är oundgängligen nödvändigt då synnerlig brådska orsakad av omständigheter som de upphandlande myndigheterna inte kunnat förutse gör det omöjligt att iaktta tidsfristerna för öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden [8] enligt artiklarna 17–20. De omständigheter som åberopas för synnerlig brådska får inte i något fall vara hänförliga till de upphandlande myndigheterna.

...

f) Då det gäller nya tjänster som består i en upprepning av liknande tjänster som anförtros den tjänsteleverantör som av samma upphandlande myndighet har tilldelats ett tidigare kontrakt, förutsatt att dessa tjänster är förenliga med ett grundläggande projekt för vilket ett första kontrakt tilldelas enligt de förfaranden som avses i punkt 4. Så snart det första projektet är aktuellt för anbudsgivning måste ett meddelande ges ut om att förhandlat förfarande kan komma att användas och den totala uppskattade kostnaden för tillkommande tjänster skall medräknas av de upphandlande myndigheterna vid tillämpning av bestämmelserna i artikel 7. Detta förfarande får bara användas under tre veckor efter undertecknandet av det första kontraktet."

8. Domstolen har emellertid uttalat att även när sådana undantag är tillämpliga eller när värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet för att direktiven skall vara tillämpliga [9] skall förfarandet vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen såsom den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster, nämligen artiklarna 43 EG och 49 EG. [10] Denna princip förutsätter en skyldighet att lämna insyn som i sin

8 — De sistnämnda är vissa förhandlade förfaranden där det dessförinnan har publicerats ett meddelande om upphandling förutom i vissa fall som är jämförbara med de förhandlade förfaranden som angavs i fotnot 7.

9 — Det vill säga enligt bestämmelsen i artikel 5.1 a i direktiv 93/36 och bestämmelsen i artikel 7.1 i direktiv 92/50, enligt vilka det uppskattade värdet av upphandlingen exklusive mervärdesskatt uppgår till mins. 200 000 ecu eller, avseende centrala regeringsorgan och enligt direktiv 93/36, till mins. 130 000 ecu, vilket år 2002 motsvarade 249 681 euro respektive 162 293 euro (se EGT C 332, 2001, s. 21).

10 — Se dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609), punkt 62.

tur kräver att upphandlingsförfarandet kännetecknas av en sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska. [11]

Den nationella lagstiftningen

9. I artikel 23 d i den italienska lagen nr 61 av den 30 mars 1998 [12] anvisades vissa belopp till Corpo Forestale dello Stato (det italienska organet för skogsövervakning, nedan kallat Corpo Forestale) för att åren 1998–2000 köpa in helikoptrar för bekämpning av skogsbränder.

10. I artikel 5.1 i den italienska lagen nr 225 av den 24 februari 1992 om inrättande av ett statligt räddningsverk [13] bemyndigas premiärministern att utropa undantagstillstånd i ett visst område under en viss tid vid naturkatastrofer, eller andra katastrofer och händelser av sådan omfattning och vidd att det krävs extraordinära åtgärder och maktbefogenheter. I artikel 5.2 medges det att det i sådana fall fattas beslut som avviker från gällande bestämmelser -för att säkerställa att erforderliga åtgärder vidtas efter att undantagstillstånd utropats. Sådana beslut får dock inte strida mot allmänna rättsgrundsatser.

11. Premiärministern utropade genom dekret av den 28 juni 2002 [14], på grund av att åtskilliga skogsbränder brutit ut, med stöd av artikel 5.1 i lag nr 225, undantagstillstånd i hela Italien för att skogsbränderna skulle kunna bekämpas från luften. Undantagstillståndet skulle gälla till och med den 31 oktober 2002. I ett annat dekret som utfärdades samma dag [15] utropades ett mer begränsat undantagstillstånd i provinsen Verbano-Cusio-Ossola. Undantagstillståndet skulle här gälla till och med den 31 december 2002. Det sistnämnda undantagstillståndet, men uppenbarligen inte det förstnämnda, förlängdes därefter, först till och med den 30 december 2003 [16] och sedan till och med den 31 juli 2004. [17]

12. Premiärministern antog den 24 juli 2002 beslut nr 3231 (nedan kallat det omtvistade beslutet) [18] om bekämpande av skogsbränder från luften, med stöd av lag nr 225 och särskilt artikel 5 i den lagen, lagdekret nr 343 av den 7 september 2001, som omvandlats

11 — Se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), punkt 62.

12 — GURI, 31 mars 1998.

13 — GURI, 17 mars 1992.

14 — GURI, 11 juli 1992.

15 — GURI, 10 juli 2002.

16 — Premiärministerdekret av den 20 december 2002, GURI, 27 december 2002.

17 — Premiärministerdekret av den 24 oktober 2003, GURI, 4 november 2003.

18 — GURI, 30 juli 2002.

till lag nr 401 av den 9 november 2001 [19] och de två dekret av den 28 juni 2002 som nämnts ovan. [20]

13. Det är artiklarna 1.2 och 2.1–2.3 i beslutet (nedan kallade de omtvistade bestämmelserna) som är föremål för talan i detta förfarande.

14. Artikel 1.2 har följande lydelse:

"Departementet för civilt skydd skall, för att förbättra sin funktionsduglighet, utarbeta och genomföra en särskild beredskapsplan för att förstärka sin tekniska och infomationsteknologiska kapacitet och får därför köpa nödvändig utrustning genom förhandlade förfaranden."

15. Artikel 2.1–2.3 har följande lydelse:

"1. Departementet för civilt skydd skall, för att kunna agera ändamålsenligt och med erforderlig snabbhet vid skogsbränder på hela det nationella territoriet i enlighet med de mål som anges i artikel 7.2 i lag nr 353 av den 21 november 2000 [21], markant och uthålligt förstärka den flotta av luftfartyg som departementet för civilt skydd förfogar över. Departementet skall med beaktande av att nödsituationerna har olika karaktär och i syfte att samtidigt förhindra att skogsbränderna eventuellt sprider sig och därmed allvarligt skadar både människor och egendom så snabbt som möjligt anvisa de luftfartyg som anses mest lämpliga för att departementet skall kunna lösa sina uppgifter och får, med undantag från de bestämmelser som anges i artikel 4 nedan, sluta avtal genom ett förhandlat förfarande [22] om köp eller genomförande av tjänster avseende bekämpning av skogsbränder från luften.

2. Corpo Forestale dello Stato får i enlighet med de mål som anges i artikel 7.2 i lag nr 353 av den 21 november 2000, i syfte att förstärka den operationella kapaciteten hos de enheter av Corpo Forestale dello Stato

19 — GURI, 10 november 2001: lag med brådskande bestämmelser för att säkerställa operativ samordning mellan organ med ansvar för civilt skydd.

20 — Hänvisningen till det andra undantagstillståndet, i provinsen Verbano-Cusio-Ossola, verkar förbryllande med avseende på de omtvistade bestämmelserna som samtliga gäller släckning av skogsbränder. Undantagstillståndet i ovannämnda provins avsåg tydligen inte hela provinsen utan endast en liten del av den och det tillkom på grund av en ökning i volymen av smältvatten från glaciärer på grund av anmärkningsvärt varmt väder men uppenbart inte på grund av skogsbränder. Undantagstillstånd är emellertid en av de rättsliga grunderna för det omtvistade beslutet och kommissionen har hänvisat till det.

21 — Ramlag om bekämpande av skogsbränder, GURI, 30 november 2000. I artikel 7.2 i lagen föreskrivs att behöriga myndigheter skall säkerställa ett effektivt bekämpande av skogsbränder och förbättra och modernisera den nationella flottan av luftfartyg för att bekämpa dem.

22 — Listan innehåller, förutom lagstiftning varigenom gemenskapens direktiv om offentlig upphandling införlivas, artikel 23 d i lag nr 61/98.

som används för att bekämpa skogsbränder och som får vidta åtgärder för att hantera efterföljande hot mot civil säkerhet, skyndsamt anvisa de luftfartyg som anses mest lämpliga för att lösa dessa och andra uppgifter som följer av artikel 11 i lag nr 225/1992[23] och köpa dem genom ett förhandlat förfarande med avsteg från de bestämmelser i lag som anges i artikel 4 nedan. Corpo Forestale får även ta del av och utvärdera resultaten av tester som utförts av och erfarenheter med civilt skydd från andra länder och regionala eller lokala enheter, inbegripet teknisk forskning, för att uppnå den mest fördelaktiga funktionella och operationella samordningen och den mest fördelaktiga ekonomin för hela statens flotta av luftfartyg för brandbekämpning. Corpo Forestale får för att köpa de luftfartyg som avses i detta stycke, med avsteg från de allmänna reglerna för den statliga redovisningen, även ingå avtal om försäljning av flygplan som Corpo Forestale redan äger och som skall säljas men ännu inte har sålts.

3. Corpo Forestale får, för att den tjänsteman som har ansvaret för brandbekämpningen skall kunna samordna enheter på marken med de luftfartyg som används vid brandsläckningen, köpa, även genom ett förhandlat förfarande, sådan radioutrustning och sådana reservdelar som är nödvändiga för att enheterna på marken och enheterna i luften skall kunna kommunicera med varandra vid brandbekämpningen."

16. I inledningen till beslutet nämns skälen bakom beslutet. Skälen är de klimatmässiga och meteorologiska förhållanden som rått sedan början av år 2002, med extremt höga temperaturer i juni, vilket ökade risken för skogsbränder och det brådskande behovet av luftburen utrustning för brandsläckning.

Förfarandet

17. Det italienska jord- och skogsbruksministeriet utlyste i december år 2000, med stöd av artikel 23 d i lag nr 61/98, två anbudsförfaranden avseende köp av totalt 49 helikoptrar. Förfarandena i fråga vilandeförklarades därefter och drogs sedan tillbaka, vilket föranledde ett klagomål till kommissionen. De italienska myndigheterna besvarade kommissionens frågor med att sistnämnda åtgärd hade vidtagits efter attacken på World Trade Centre i september 2001, eftersom det var nödvändigt att säkerställa att helikoptrarna kunde användas såväl för att bekämpa terroristattacker som för att bekämpa skogsbränder. De italienska myndigheterna informerade den 22 juli 2002

23 — I artikeln regleras allmänna skyldigheter för samtliga organ med ansvar för civil säkerhet, inklusive Corpo Forestale.

kommissionen om att de ämnade köpa helikoptrarna i fråga och att de inte ansåg att upphandlingen omfattades av bestämmelserna i gemenskapsrätten, eftersom det var fråga om nationell säkerhet.

18. Det omtvistade beslutet antogs den 24 juli 2002 och det förefaller vara så, att det enda köp som gjorts med stöd av beslutet var köpet av två AB 412-helikoptrar från det italienska företaget Agusta Bell SpA (nedan kallat Agusta) efter ett förhandlat förfarande som avslutades med att ett avtal skrevs under den 28 oktober och godkändes den 31 oktober 2002.

19. Kommissionen ansåg emellertid att bemyndigandena i det omtvistade beslutet stred mot gemenskapsrätten och skickade därför den 19 december 2002 en formell underrättelse till den italienska regeringen. Kommissionen begärde att den italienska regeringen skulle inkomma med synpunkter enligt artikel 226 EG. Den italienska regeringen underströk i sitt svar att skogsbränderna hade varit allvarliga i Italien under år 2002.

20. Kommissionen skickade sedan, den 3 april 2003, ett motiverat yttrande till den italienska regeringen i enlighet med artikel 226 EG. Kommissionen konstaterade i det motiverade yttrandet att bestämmelserna i artiklarna 1.2 och 2.1–2.3 i det omtvistade beslutet stred mot bestämmelserna i gemenskapsrätten och begärde att Italien skulle rätta sig efter yttrandet inom en månad.

21. Kommissionen anser inte att den har underrättats om några åtgärder för att rätta sig efter det motiverade yttrandet, trots att de italienska myndigheterna skickade flera skrivelser efter det att fristen gått ut.

22. Kommissionen har därför väckt den aktuella talan och yrkat att domstolen skall

— fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/36/EEG av den 18 juni 1992 och enligt artiklarna 43 EG och 49 EG genom att ha antagit artiklarna 1.2 och 2.1–2.3 i den italienska premiärministerns beslut nr 3231 av den 24 juli 2002, enligt vilket det, i strid med bestämmelserna i gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling av varor och tjänster och särskilt med de gemensamma reglerna för publicering och deltagande vilka föreskrivs i avdelningarna III och IV i direktiv 93/36/EEG och i avdelningarna III och V i direktiv 92/50/EEG, är möjligt att använda sig av ett förhandlat

förfarande vid köp av luftfartyg för att bekämpa skogsbränder och vid köp av tjänster avseende brandsläckning och, likaledes, att använda sig av ett sådant förfarande vid köp av teknisk och informationsteknologisk utrustning samt radiomottagare och radiosändare, utan att några av villkoren för undantag från ovannämnda gemensamma regler är uppfyllda och, under alla omständigheter, utan att säkerställa att det sker en publicering för att potentiella anbudsgivare skall kunna konkurrera,

— förplikta Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.

23. Italien har yrkat att domstolen skall fastställa att talan saknar föremål alternativt avvisa talan som ogrundad.

Huruvida talan kan tas upp till sakprövning

24. Italien har i sina skriftliga yttranden påpekat att det omtvistade beslutet avsåg en begränsad period som avgränsas av det undantagstillstånd som gällde till och med den 31 oktober 2002.

25. Detta förhållande gav upphov till viss diskussion under den muntliga förhandlingen och diskussionen avsåg huruvida kommissionens talan kunde tas upp till sakprövning, eftersom det motiverade yttrandet inte skickades förrän den 3 april 2003, och det kan ifrågasättas om det påstådda fördragsbrottet fortfarande var för handen vid slutet av den period på en månad som medlemsstaten hade på sig för att rätta sig efter det motiverade yttrandet.

26. Kommissionen hävdade för det första att det omtvistade beslutet inte innehöll någon bestämmelse som begränsade dess tidsmässiga giltighet och att det inte fanns någon annan rättsregel i vilken det föreskrevs när det omtvistade beslutet upphörde att gälla. Kommissionen hävdade för det andra att en av de rättsakter som beslutet grundades på, nämligen dekretet genom vilket undantagstillstånd utropades i provinsen Verbano-Cusio-Ossola, hade förlängts till och med den 31 juli 2004. Kommissionen hävdade för det tredje att kontraktet avseende köp av två helikoptrar, som ingåtts med stöd av det omtvistade beslutet, inte hade fullgjorts vid utgången av ovannämnda period, eftersom tekniska kontroller fortfarande genomfördes. Kommissionen hävdade för det fjärde att om domstolen skulle anse att talan inte kunde tas upp till sakprövning skulle det innebära att berörda medlemsstater kan vidta tillfälliga åtgärder i vilka de bemyndigas att göra oberättigade avsteg från gemenskapens regler om offentlig upphandling men sedan undandra sig kontroll genom att säkerställa att åtgärderna upphör eller återkallas innan kommissionen vidtar rättsliga åtgärder.

27. Republiken Italiens ombud medgav vid förhandlingen att talan kunde tas upp till sakprövning. Ombudet medgav uttryckligen att om så inte vore fallet skulle det inte finnas något sätt att underkasta mål av detta slag en erforderlig rättslig prövning.

28. Jag kommer mot denna bakgrund inte att undersöka frågan huruvida det förhållande att det omtvistade beslutet inte längre var gällande påverkar frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning. Jag delar däremot parternas ståndpunkt att kortvariga åsidosättanden av gemenskapsrätten, av det slag som har påstått i det aktuella målet, inte skall vara undantagna från förfarandet i artikel 226 EG endast därför att de pågår under en begränsad tid.

29. Det är under alla omständigheter så att oberoende av om det omtvistade beslutet gällde eller inte gällde vid utgången av den period som angavs i det motiverade yttrandet, och oberoende av situationen med avseende på de förfaranden som påbörjats med anledning av detta beslut, är det klart att Italien inte gjorde något för att avhjälpa de påstådda åsidosättandena. Italien har även fortsättningsvis förnekat att några åsidosättanden har skett.

30. Italien kan mot denna bakgrund inte anses ha rättat sig efter det motiverade yttrandet och talan kan tas upp till sakprövning. [24]

24 — Se dom av den 10 mars 1987 i mål 199/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 1039), punkterna 7–9 och generaladvokaten Lentz förslag till avgörande av den 13 januari 1987 inför dom i samma mål (REG 1987, s. 1039), punkterna 19–20. Se även generaladvokaten Lentz förslag till avgörande av den 18 april 1991 inför dom i mål C-110/89, kommissionen mot Grekland (REG 1991, s. I-2659), punkt 10, förslag till avgörande av den 28 januari 1986 inför dom i mål 103/84, kommissionen mot Italien (REG 1986, s. 1759), punkt 1 c, och förslag till avgörande av den 13 mars 1991 inför dom i mål C-247/89, kommissionen mot Portugal (REG 1991, s. I-3659), punkt 36 (se även punkt 25 i domen). Talan togs upp till sakprövning i samtliga dessa mål.

Yrkanden

31. Kommissionen har yrkat att domstolen skall fastställa att Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/36 och artiklarna 43 EG och 49 EG genom att anta artiklarna 1.2 och 2.1–2.3 i det omtvistade beslutet.

32. Denna avgränsning av talan leder till två inledande påpekanden.

33. Kommissionen har för det första hänvisat till upphandlingsförfaranden som påbörjades och återkallades innan det omtvistade beslutet antogs. [25] Dessa omständigheter kan förklara kommissionens särskilda intresse för beslutet och omständigheterna kan vara relevanta som stöd för vissa av kommissionens argument avseende nödvändigheten av att agera skyndsamt.

34. Diskussionen under den muntliga förhandlingen har för det andra i viss utsträckning avsett köpet av två Agusta AB 412-helikoptrar med stöd av det omtvistade beslutet. Omständigheterna kring dessa köp kan belysa omständigheterna kring hur beslutet tillkom.

25 — Se punkt 17 ovan.

35. Man måste emellertid i båda avseendena hålla i minnet att yrkandena endast avser att vissa bestämmelser i beslutet har antagits och inte avser några faktiska upphandlingsförfaranden oavsett när de påbörjats och av vilka skäl.

36. Det sätt på vilket yrkandena har formulerats ger även upphov till några iakttagelser i sak.

37. I yrkandena hävdas det att det "... i strid med bestämmelserna i gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling av varor och tjänster och särskilt med de gemensamma reglerna för publicering och deltagande vilka föreskrivs i avdelningarna III och IV i direktiv 93/36/EEG och i avdelningarna III och V i direktiv 92/50/EEG, är möjligt att använda sig av ett förhandlat förfarande ... utan att några av villkoren för undantag från ovannämnda gemensamma regler behöver vara uppfyllda och, under alla omständigheter, utan att det är säkerställt att det sker en publicering för att potentiella anbudsgivare skall kunna konkurrera".

38. Kommissionen har av vad som anförts ovan dragit slutsatsen att Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/36 och enligt artiklarna 43 EG och 49 EG, men inte enligt direktiv 92/50.

39. Detta synsätt, som är helt följdriktigt avseende offentlig upphandling av varor enligt direktiv 93/36, är mer förbryllande när det gäller offentlig upphandling av tjänster.

40. Det är korrekt att domstolen har uttalat att även när det inte föreligger någon skyldighet att följa bestämmelserna i direktiven om offentlig upphandling av tjänster skall upphandlingsförfarandena vara förenliga med de grundläggande principerna i artikel 43 EG och 49 EG, särskilt icke-diskrimineringsprincipen, som förutsätter att det finns en skyldighet att lämna insyn som i sin tur kräver att upphandlingsförfarandet kännetecknas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska. [26]

41. Det kan följaktligen hävdas att tillämpningen av ett privat förhandlat förfarande, i de fall en sådan tillämpning saknade stöd i bestämmelserna i direktiv 92/50, även måste strida mot ovannämnda principer, eftersom publicering per definition inte kommer att ske.

42. Det förefaller emellertid som ett onödigt indirekt sätt att resonera, när det är möjligt att pröva saken på ett mer direkt sätt. En sådan direkt prövning har också vidtagits i det helt jämförbara fallet avseende offentlig upphandling av varor, som regleras av bestämmelserna i direktiv 93/36.

26 — Se punkt 8 ovan.

43. Kommissionen har inte gett någon direkt förklaring till sitt ställningstagande, men man kan möjligen, från en del av kommissionens ansökan,[27] utläsa att kommissionen avsåg att bemöta en invändning — som den italienska regeringen i själva verket inte har framfört — nämligen att de berörda upphandlingarna av tjänster understeg tröskelvärdet för att direktiv 92/50 skulle vara tillämpligt.

44. Eftersom målet avser bestämmelserna om bemyndigande för Corpe Forestale och inte de förfaranden som genomförts med stöd av dessa bestämmelser skulle även det skälet vara relevant endast om bestämmelserna uttryckligen och enbart tillämpades med avseende på upphandlingar vars värde understeg tröskelvärdet. I själva verket görs det över huvud taget inte någon hänvisning till något värde i bestämmelserna.

45. En annan sak är att det i yrkandena har hänvisats till ett bemyndigande att tillämpa förhandlade förfaranden utan att något av villkoren för undantag är uppfyllda "och, under alla omständigheter, utan att det säkerställs att det sker en publicering för att potentiella anbudsgivare skall kunna konkurrera".

27 — Punkt 48.

46. Frånvaron av publicering kan dock inte under alla omständigheter medföra ett åsidosättande av bestämmelserna i gemenskapsrätten.

47. Om villkoren för undantag är uppfyllda, och det därför är tillåtet att vidta ett förhandlat förfarande utan att det dessförinnan publicerats en inbjudan att lämna anbud, föreligger inget krav på publicering. Principerna i fördraget kan inte tolkas så att kravet på publicitet skall uppfyllas även när det i bestämmelser i direktiven uttryckligen föreskrivs ett undantag. Undantaget skulle annars vara betydelselöst.

48. Vad som sagts ovan måste enligt min uppfattning även analogt gälla i det fallet att värdet av en viss upphandling understiger tröskeln för att det relevanta direktivet är tillämpligt.[28] I fall där omständigheterna normalt skulle medge att ett förhandlat förfarande tillämpades skulle det vara absurt om den möjligheten upphörde när värdet av upphandlingen understeg det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet.

49. En särskild hänvisning till frånvaron av publicitet skulle följaktligen, mot bakgrund av artiklarna 43 EG och 49 EG, vara relevant endast i de fall där en viss upphandling inte omfattades av det relevanta direktivet *och* det

28 — Det står i motsats till den situation som var aktuell i domen i målet Telaustria och Telefonadress (ovan fotnot 11), där upphandlingens värde underskred tröskelvärdet men inte skulle ha kvalificerat sig för ett undantag om den hade omfattats av bestämmelserna i direktivet.

inte förelåg några omständigheter som skulle ha kunnat motivera ett undantag av det slag som bemyndigas genom bestämmelserna i direktivet.

50. I detta mål begränsas emellertid inte det bemyndigande som föreskrivs i de omtvistade bestämmelserna på något sätt till sådana situationer.

51. I det stora hela framstår inte det sätt som yrkandena har utformats på särskilt konsekvent eller klart, vilket inte hjälper domstolen i dess bedömning.

52. Frågan som skall analyseras är således endast huruvida de föreskrivna villkoren för undantag från de gemensamma reglerna i direktiv 93/36 eller, om så skulle vara fallet, i direktiv 92/50 föreligger.

Bedömning i sak

53. Bemyndigandet i de omtvistade bestämmelserna gäller endast om det kan motiveras med något av undantagen i artikel 6.3 i direktiv 93/36 eller i artikel 11.3 i direktiv 92/50.

54. Italien har i själva verket inte uttryckligen åberopat direktiv 92/50. Det kan bero på en överdriven fokusering på de två avtal som faktiskt slutits med stöd av bemyndigandet och som avsåg offentlig upphandling av varor enligt direktiv 93/36. Eftersom de relevanta undantagen i sak är identiska i de två direktiven gäller en bedömning av det ena direktivet även för det andra.

55. Italien har i huvudsak åberopat artikel 6.3 d i direktiv 93/36. [29] I artikeln medges att ett förhandlat förfarande tillämpas till följd av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna. Italien har hävdat att det brådskande behovet av att bekämpa skogsbränder under det undantagstillstånd som utropades i juli 2002 utgjorde en sådan situation.

56. Italien har i andra hand åberopat artikel 6.3 c och 6.3 e i direktiv 93/36. [30] I dessa bestämmelser medges att ett förhandlat förfarande tillämpas när produkterna av tekniska skäl måste komma från en viss leverantör respektive i situationer där det är nödvändigt att även fortsättningsvis anlita samma leverantör för att säkerställa leveransernas enhetlighet. Italien har hävdat att

29 — Motsvarar artikel 11.3 d i direktiv 92/50.

30 — Motsvarar artikel 11.3 b och (i stora drag) artikel 11.3 f i direktiv 92/50.

dessa villkor är uppfyllda eftersom Corpo Forestale behöver upprätthålla en enhetlig flotta av AB 412-helikoptrar, som endast Agusta kunde leverera.

Tekniska krav och leveransernas enhetlighet

57. Kriterierna ovan kan behandlas mycket kort.

58. Oberoende av vilka skäl som låg bakom det påstådda behovet av att köpa Agusta AB 412-helikoptrar så är dessa skäl endast relevanta med avseende på de faktiska förfaranden som genomförts med stöd av bemyndigandena i det omtvistade beslutet.

59. Det påstådda åsidosättandet avser emellertid de omtvistade bestämmelserna i beslutet och inte de förhandlade förfarandena. Det finns inget i dessa bestämmelser, eller i det omtvistade beslutet, som visar på en begränsning till en viss leverantör av det ena eller andra skälet.

60. De omtvistade bestämmelserna kan således inte motiveras med stöd av artikel 6.3 c eller 6.3 e i direktiv 93/36 eller med stöd av artikel 11.3 b eller 11.3 f i direktiv 92/50.

Fara i dröjsmål

61. Det förefaller allmänt sett odiskutabelt att omfattande utbrott av skogsbränder kan vara skäl för att agera med synnerlig brådska och därför leda till att tjänster avseende brandsläckning och utrustning köps om de inte redan finns tillgängliga.

62. Kommissionen har inte argumenterat mot detta påstående i sak, men har hänvisat till att samtliga villkor för att undantagen skall vara tillämpliga inte är uppfyllda. För det första är utbrott av skogsbränder om sommaren ett regelbundet återkommande fenomen i hela Sydeuropa. Skogsbränder är därför förutsebara och en eventuell fara i dröjsmål med att köpa utrustning för att bekämpa dem beror därför på de italienska myndigheternas agerande. För det andra var det omtvistade beslutet fortfarande gällande efter det att det nationella undantagstillståndet löpte ut den 31 oktober 2002, och det omtvistade beslutet kunde således användas för att bemyndiga att förhandlade förfaranden tillämpades efter att all fara i dröjsmål hade upphört.

63. Jag delar uppfattningen att regelbundet återkommande tilldragelser som är årstidsrelaterade inte kan betraktas som oförutsedda händelser.

64. Det kan emellertid inte förnekas att även sådana händelser vissa år har en sådan anmärkningsvärd styrka eller omfattning att det är befogat att betrakta dem som oförutsedda.

65. Både i dekretet genom vilket det nationella undantagstillståndet utropades och i det omtvistade beslutet talas det i ingressen om exceptionella meteorologiska förhållanden som medförde torka och en ökad risk för skogsbränder. I det omtvistade beslutet nämns sådana förhållanden under årets början, något som föranledde ett exceptionellt utnyttjande av enheter ur Corpo Forestale för att bekämpa skogsbränder och ett behov av kapacitetshöjningar. Denna period följdes av en lång period av för årstiden höga temperaturer i juni med en följdriktig ökning av risken för att skogsbränder skulle bryta ut och spridas. Republiken Italien har åberopat att skogsbränderna sommaren 2002 överträffade värsta tänkbara prognoser.

66. Kommissionen har emellertid inte tagit upp frågan om huruvida de meteorologiska förhållandena eller utbrotten av skogsbränder sommaren 2002 var av exceptionell karaktär. Kommissionens argument avser endast frågan huruvida skogsbränderna under sommaren hade kunnat förutses i allmänhet och huruvida det hade funnits möjligheter för de italienska myndigheterna att köpa nödvändig utrustning i god tid för att bekämpa skogsbränderna, utan att tillämpa något brådskande förfarande. Kommissionen har i sistnämnda avseende även flitigt hänvisat till det faktiska köpet av två AB 412-helikoptrar snarare än till de omtvistade bemyndiganden som målet gäller.

67. Det är korrekt att skogsbränder under sommartid i Italien är något som kan förutses, med följd att myndigheterna inte kan anföra sina egna tillkortakommanden att inte i förväg ha köpt utrustning för att bekämpa sådana bränder för att motivera att ett förhandlat förfarande tillämpades med stöd av artikel 6.3 d i direktiv 93/36.

68. Exceptionella skogsbränder på grund av anmärkningsvärda väderförhållanden kan däremot per definition inte förutses och kan vara skäl för sådan synnerlig brådska som avses i bestämmelsen i artikel 6.3 d.

69. Kommissionen har inte försökt att motbevisa eller förneka att de omständigheter

som det omtvistade beslutet grundas på var exceptionella.

70. Jag anser därför preliminärt att Italien har anfört godtagbara skäl för sitt påstående att situationen var så brådskande att den motiverade att ett förhandlat förfarande tillämpades utan att det dessförinnan publicerats en inbjudan att lämna anbud och att kommissionen inte har motbevisat detta.

71. Kommissionen har emellertid även påpekat att bemyndigandet i beslutet inte omfattas av undantaget för brådskande situationer eftersom bemyndigandet inte begränsades till denna specifika brådskande situation.

72. Kommissionen har anfört två argument. För det första att det omtvistade beslutet inte innehöll någon bestämmelse som begränsade dess tidsmässiga giltighet eller någon bestämmelse om att det upphörde att gälla genom en annan rättsregel. För det andra har det italienska ministeriet för jord- och skogsbruk i en skrivelse av den 21 maj 2003 [31] förbundit sig att inte använda det omtvistade beslutet för framtida köp eller leveranser, vilket visar att beslutet inte upphörde att gälla den 31 oktober 2002 då det nationella undantagstillståndet upphörde.

73. Det kan, innan vi behandlar dessa argument, vara lämpligt att påpeka att det förhållandet att det dekret varmed undantagstillstånd utropades i provinsen Verbano-Cusio-Ossola förlängdes till och med den 31 juli 2004 [32] inte är relevant i detta avseende. I kommissionens ansökan yrkas det att domstolen skall fastställa att Italien genom att *anta* de omtvistade bestämmelserna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter. Det finns inga tecken på eller påståenden om att Italien vid den tidpunkt när det omtvistade beslutet antogs övervägde att förlänga giltigheten av den rättsliga grunden för beslutet och det hänvisas i yrkandet inte till en sådan förlängning eller till att det omtvistade beslutet fortfarande skulle gälla efter ett visst datum.

74. Det är inte heller relevant att avtalet att köpa två AB 412-helikoptrar inte fullgjordes förrän det nationella undantagstillståndet upphört att gälla. Vad som är av betydelse är om bemyndigandet att inleda ett förhandlat förfarande fortfarande gällde efter denna period.

75. Vad gäller kommissionens första argument har den italienska regeringen svarat att det omtvistade beslutet logiskt sett inte längre kunde gälla när det undantagstillstånd som beslutet grundades på upphörde att gälla.

31 — Bilaga 8 till ansökan.

32 — Se punkt 11 ovan.

76. Det förefaller att vara ett rimligt påstående.

77. När ett verkställighetsbeslut fattas på grundval av att undantagstillstånd utropats förefaller det rimligt att anta att beslutets effekter och giltighet bortfaller när undantagstillståndet rättsligt upphör att gälla. I det aktuella målet nämns inte endast utropandet av ett nationellt undantagstillstånd i inledningen till det omtvistade beslutet utan det anges även att undantagstillståndet skall upphöra den 31 oktober 2002. Jag vill även påpeka att det i artikel 5.2 i lag nr 225 av den 24 februari 1992, som är en av de rättsliga grunderna för det omtvistade beslutet, anges att åtgärder som avviker från gällande regler får vidtas "för att säkerställa nödingripanden som följd av" att undantagstillstånd utropats. Det är en detalj som starkt antyder att inga åtgärder som vidtagits utanför detta sammanhang är giltiga.

78. Det förefaller förvisso troligt att ett förhandlat förfarande som genomförts med stöd av ett bemyndigande i det omtvistade beslutet efter det att undantagstillståndet har löpt ut skulle kunna angripas på denna grund. Det finns dock under alla omständigheter inget tecken på eller påstående om att de behöriga myndigheterna har försökt att inleda något förhandlat förfarande efter detta datum. Det är dessutom i enlighet med Italiens ståndpunkt, och kanske även ett stöd för antagandet att bemyndigandet löpte ut tillsammans med det nationella undantagstillståndet, att avtalet om att köpa två AB 412-helikoptrar, som förefaller vara det enda avtal som förhandlats fram med stöd av bemyndigandet, godkändes den 31 oktober 2002, som var den sista dagen som undantagstillståndet gällde.

79. Åtagandet av den 21 maj 2003 att inte använda det omtvistade beslutet som grund för framtida köp eller leveranser kan förvisso förefalla oförenligt med ståndpunkten att beslutet inte längre gällde vid den tidpunkten.

80. Den italienska regeringen har medgett att det som anförts ovan är svårförståeligt, men regeringen har hävdat att ministeriets åtagande endast är ett uttryck för att det inte längre var rättsligt möjligt att förlita sig på det omtvistade beslutet och inte innebär att den hade något val härvidlag.

81. En genomläsning av den relevanta delen av skrivelsen — som även berör andra frågor och vars avsikt förefaller att vara att visa att kommissionens anklagelser saknar grund i åtskilliga frågor — visar att åtagandet följer efter ett påstående om att köpet av de två AB

412-helikoptrarna i vilket fall som helst var förenligt med gemenskapsrätten och att det omtvistade beslutet endast användes som en "förstärkande rättsakt".

82. Jag anser mot denna bakgrund att brevet inte utgör ett tillräckligt stöd för att fastställa att det omtvistade beslutet fortfarande gällde den 21 maj 2003.

83. Jag drar således slutsatsen att kommissionen inte har bevisat att de omtvistade bestämmelserna skulle ha kunnat användas för att köpa varor eller tjänster efter att det undantagstillstånd avseende vilket bestämmelserna antagits har upphört eller, allmänt sett, att den synnerliga fara i dröjsmål som den italienska regeringen i god tro har åberopat saknades eller berodde på de italienska myndigheternas eget agerande.

Rättegångskostnader

84. Republiken Italien har inte yrkat ersättning för sin rättegångskostnad och följaktligen skall vardera parten bära sin rättegångskostnad i enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna.

Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av samtliga de omständigheter som anförts ovan föreslår jag att domstolen skall

— ogilla talan och

— förplikta parterna att bära sina rättegångskostnader.