

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

fremsat den 2. juni 2005¹

1. I den foreliggende sag har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36/EØF² samt artikel 43 EF og 49 EF, idet den har vedtaget visse bestemmelser, der giver tilladelse til anvendelse af udbud efter forhandling uden offentliggørelse af en forudgående udbudsbekendtgørelse ved erhvervelse af udstyr og tjenesteydelser til bekæmpelse af skovbrande.

der indgås af staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer⁴.

3. Direktiverne indeholder bestemmelser om tre forskellige fremgangsmåder:

Relevante bestemmelser

Fællesskabsbestemmelser

2. Direktiv 93/36 samordner fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, og direktiv 92/50³ samordner fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler,

— »offentligt udbud«, hvorved alle interesserede leverandører kan afgive bud

— »begrænset udbud«, hvorved kun de leverandører, der af de ordregivende myndigheder har modtaget opfordring dertil, kan afgive bud, og

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1).

3 — Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

4 — Jf. artikel 1, litra b), i hvert af de nævnte direktiver.

- »udbud efter forhandling«, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte leverandører og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse⁵.
4. Hovedreglen er, at de ordregivende myndigheder skal indgå indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler ved offentligt eller begrænset udbud⁶.
5. Myndighederne kan imidlertid i et antal undtagelsestilfælde indgå aftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
6. For så vidt angår indkøbskontrakter er disse tilfælde angivet i artikel 6, stk. 3, i direktiv 93/36 og omfatter, i den udstrækning det er relevant i sagen:
- »[...]
- c) når der er tale om varer, hvis fremstilling eller levering af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kan overdrages til en bestemt leverandør
- d) i strengt nødvendigt omfang, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de pågældende ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de frister, der gælder ved offentligt eller begrænset udbud eller ved udbud efter forhandling som omhandlet i stk. 2⁷. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må på ingen måde kunne tilskrives de ordregivende myndigheder selv
- e) ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Løbetiden for disse aftaler samt for aftaler, der kan fornyes, må generelt ikke overstige tre år«.

5 — Jf. henholdsvis artikel 1, litra d), e) og f), i hvert af de nævnte direktiver.

6 — Artikel 6, stk. 4, i direktiv 93/36 og artikel 11, stk. 4, i direktiv 92/50.

7 — Disse udbud efter forhandling er dem, der indledes i tilfælde af vanskeligheder i forbindelse med afviklingen af et offentligt udbud eller begrænset udbud, og som enten giver anledning til en forudgående udbudsbekendtgørelse eller som er åben for alle, der afgav bud i forbindelse med de tidligere udbud.

7. For tjenesteydelsesaftaler er disse tilfælde angivet med lidt andre ord i artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50:

»b) når der er tale om tjenesteydelser, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt tjenesteyder

[...]

d) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud efter forhandling⁸ i henhold til artikel 17 til 20. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder

[...]

f) når der er tale om nye tjenesteydelser, der er en gentagelse af tilsvarende tjenesteydelser, og som overdrages den tjenesteyder, med hvem de samme ordregivende myndigheder indgik den første aftale, forudsat at gentagelses-tjenesteydelserne svarer til det oprindelige projekt, og at den første aftale om dette blev indgået i henhold til de fremgangsmåder, der er omhandlet i stk. 4. Allerede når det første projekt udbydes, skal det oplyses, at udbud efter forhandling kan tænkes benyttet, og den samlede anslåede værdi af de efterfølgende tjenesteydelser skal tages i betragtning af de ordregivende myndigheder, når de anvender artikel 7. Denne fremgangsmåde må kun benyttes i indtil tre år efter indgåelsen af den oprindelige aftale«.

8. Domstolen har imidlertid fastslået, at selv når sådanne undtagelser finder anvendelse, eller når kontraktværdien er lavere end tærsklen for direktivernes anvendelse⁹, skal de fulgte fremgangsmåder overholde de grundlæggende principper i fællesskabsretten, navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som det følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser, nemlig artikel 43 EF og 49 EF¹⁰. Dette princip indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse,

8 — De sidstnævnte udbud er visse udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med undtagelse af de tilfælde, der er analoge til dem, der er nævnt i den foregående fodnote.

9 — Ifølge artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36 og artikel 7, stk. 1, i direktiv 92/50, når den anslåede kontraktværdi eksklusiv moms er mindst 200 000 special drawing rights (SDR) eller for statslige myndigheder omfattet af direktiv 93/36, 130 000 SDR — der i 2002 svarede til henholdsvis 249 681 EUR og 162 293 EUR — jf. EFT 2001 C 332, s. 21.

10 — Jf. dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Smf. I, s. 3609, præmis 62.

der atter kræver en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske¹¹.

formål at sikre gennemførelsen af de nødvendige foranstaltninger, der følger efter en sådan erklæring.

National lovgivning

9. Artikel 23d i lov nr. 61 af 30. marts 1998¹² tildelte Corpo Forestale dello Stato (statsskovstyrelsen, herefter »Corpo Forestale«) visse beløb til indkøb af helikoptere til bekæmpelse af skovbrande i årene 1998 til 2000.

10. Artikel 5, stk. 1, i lov nr. 225 af 24. februar 1992 om statslig militærtjeneste og civilbeskyttelse¹³ giver ministerpræsidenten beføjelse til at erklære et bestemt område i en nødsituation for en bestemt periode i tilfælde af naturkatastrofer eller andre hændelser, hvis omfang kræver helt særlige foranstaltninger og beføjelser. Artikel 5, stk. 2, giver mulighed for, at der i sådanne tilfælde vedtages bekendtgørelser, der fraviger gældende bestemmelser, men er forenelige med almindelige retsprincipper, med det

11. Ved dekret af 28. juni 2002¹⁴, der efter mange skovbrande blev udstedt med hjemmel i artikel 5, stk. 1, i lov nr. 225, erklærede ministerpræsidenten hele Italien i en nødsituation med henblik på bekæmpelse af skovbrande med fly. Nødsituationen skulle gælde frem til den 31. oktober 2002. Ved et andet dekret af samme dato¹⁵ blev der erklæret en mere begrænset nødsituation i provinsen Verbano-Cusio-Ossola, der skulle gælde frem til den 31. december 2002. Den sidstnævnte nødsituation, men tilsyneladende ikke den første, blev senere forlænget frem til den 30. december 2003¹⁶ og igen indtil den 31. juli 2004¹⁷.

12. Den 24. juli 2002 vedtog ministerpræsidenten bekendtgørelse nr. 3231 vedrørende bekæmpelse af skovbrande fra luften (herefter »den anfægtede bekendtgørelse«)¹⁸ med følgende hjemmel: Lov nr. 225, navnlig

14 — GURI, 11.7.2002.

15 — GURI, 10.7.2002.

11 — Jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaarstria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 62.

12 — GURI, 31.3.1998.

13 — GURI, 17.3.1992.

16 — Ministerpræsidentens dekret af 20.12.2002, GURI, 27.12.2002.

17 — Ministerpræsidentens dekret af 24.10.2003, GURI, 4.11.2003.

18 — GURI, 30.7.2002.

dens artikel 5, lovdekret nr. 343 af 7. september 2001, som omsat til lov nr. 401 af 9. november 2001¹⁹, og de to ovennævnte dekreter af 28. juni 2002²⁰.

13. Den foreliggende sags genstand er bekendtgørelsens artikel 1, stk. 2, og artikel 2, stk. 1, 2 og 3 (herefter »de anfægtede bestemmelser«).

14. Artikel 1, stk. 2, bestemmer:

»Med henblik på at forbedre den operationelle kapacitet af luftbårne enheder, der anvendes ved bekæmpelse af skovbrande, er civilforsvaret bemyndiget til at udarbejde og gennemføre et særligt kriseprogram til styrkelse af sine teknologiske, herunder informationsteknologiske, ressourcer og må erhverve nødvendigt udstyr ved anvendelse af fremgangsmåder, der omfatter indgåelse af underhåndsaftaler.«

19 — GURI, 10.11.2001, lov om indførelse af hastebestemmelser til sikring af den operationelle samordning af civilforsvarets tjenester.

20 — Henvisningen til den anden nødsituation i provinsen Verbano-Cusio-Ossola forekommer overraskende, i det mindste i sammenhæng med de anfægtede bestemmelser, der alle omhandler bekæmpelse af skovbrande. Denne nødsituation er tilsyneladende ikke reelt erklæret for hele den nævnte provins, men begrænset til en lille del heraf og vedrører en forøget mængde smeltevand fra gletschere, hvilket forhold kan have sammenhæng med usædvanligt varmt vejr, men selvfølgelig ikke med skovbrande. Den er imidlertid nævnt som en del af retsgrundlaget for den anfægtede bekendtgørelse, og Kommissionen har henvist hertil.

15. Artikel 2, stk. 1, 2 og 3, bestemmer:

»1. Med henblik på at handle hensigtsmæssigt og med den nødvendige hurtighed over for skovbrande, der opstår på hele det nationale område, og opfylde målene angivet i artikel 7, stk. 2, i lov nr. 353 af 21. november 2000²¹ inden for rammerne af en betydelig og fortsat styrkelse af den flåde af luftfartøjer, civilforsvaret råder over, når henses til de mangeartede krisesituationer, og med henblik på at levere de midler, der er afgørende for forebyggelse af mulig spredning af sådanne brande, der kan forårsage alvorlige skader på både personer og ejendom, bemyndiges civilforsvaret til hurtigst muligt at angive de luftfartøjer, det finder bedst egnet til at opfylde disse opgaver, og til ved underhåndsaftaler, som en fravigelse af bestemmelserne angivet i artikel 4 ovenfor²², at indgå kontrakter om fartøjernes køb eller udførelse af tjenester i form af slukning af skovbrande fra luften.

2. Med henblik på at opfylde målene nævnt i artikel 7, stk. 2, i lov nr. 353 af 21. november 2000 om styrkelse af den operationelle kapacitet af de luftbårne enheder, som Corpo Forestale dello Stato anvender ved bekæm-

21 — Rammelov vedrørende bekæmpelse af skovbrande, GURI, 30.11.2000; artikel 7, stk. 2, kræver, at de kompetente myndigheder sikrer effektiv brandslukning samt forbedrer og moderniserer den nationale flåde af fly til brandslukning.

22 — Listen omfatter i tillæg til lovgivning, der gennemfører Fællesskabets udbudsdirektiver, artikel 23d i lov nr. 61/98.

pelse af skovbrande og i efterfølgende handlinger med henblik på at håndtere eventuelle krisesituationer, hvor civile skal beskyttes, er Corpo Forestale bemyndiget til hurtigst muligt at angive de luftfartøjer, der er bedst egnede til at opfylde dets opgaver og andre pligter i henhold til artikel 11 i lov nr. 225/1992²³, hvilke fartøjer, som en undtagelse til bestemmelserne nævnt i artikel 4 nedenfor, erhverves ved underhåndsaftaler. I denne forbindelse kan Corpo Forestale også modtage og vurdere resultaterne af prøver udført af andre statslige, regionale eller lokale enheder samt deres erfaring med hensyn til civilforsvar, og enhver teknisk undersøgelse, der måtte være blevet udført med henblik på at sikre den bedst mulige funktionelle og operationelle integration samt den mest økonomiske administration af hele den nationale flåde af luftfartøjer til bekæmpelse af skovbrande. Endvidere kan Corpo Forestale med henblik på køb af luftfartøjer som omhandlet i dette stk. og som en undtagelse fra de almindelige regler om statens regnskabsføring, også indgå aftaler om salg af luftfartøjer, det er ejer af og som skal sælges, men som endnu ikke er blevet solgt.

sådanne radiosendere og modtagere, der er nødvendige for jord til luft-kommunikation med disse luftfartøjer, når de anvendes til brandslukning.»

16. Præambelen til bekendtgørelsen henviser som begrundelse for dens vedtagelse til de klimatiske og meteorologiske forhold, der har hersket siden begyndelsen af 2002, hvor temperaturerne i juni har været usædvanligt høje, hvilket øger risikoen for skovbrande, samt det hastende behov for luftbåret brandbekæmpelsesudstyr.

Retsforhandlingerne

3. Med henblik på at gøre det muligt for brandchefen at sikre koordinationen mellem holdene på jorden og luftfartøjerne til brandslukning, er Corpo Forestale beføjet til at indkøbe, også ved underhåndsaftaler,

17. I december 2000 udstedte det italienske Land- og Skovbrugsministerium i henhold til artikel 23d i lov nr. 61/98 to udbudsbekendtgørelser om køb af i alt 49 helikoptere. Disse udbud blev senere suspenderet og derefter tilbagekaldt, hvilket gav anledning til en klage til Kommissionen. De italienske myndigheder besvarede spørgsmål fra Kommissionen med, at deres beslutning var blevet truffet efter angrebet på World Trade Centre i september 2001, idet der var behov for at sikre, at helikopterne kunne anvendes både til bekæmpelse af brande og terrorisme. Den 22. juli 2002 oplyste de italienske myndigheder Kommissionen om, at de havde til

23 — Denne artikel fastlægger de almindelige opgaver for alle civilforsvarets tjenester, herunder Corpo Forestale.

hensigt at købe de omhandlede helikoptere og om, at det var deres opfattelse, at kontrakterne ikke omfattedes af fællesskabsretten, idet de vedrørte den nationale sikkerhed.

artikel 2, stk. 1, 2 og 3, i den anfægtede bekendtgørelse var i strid med fællesskabsretten. Kommissionen anmodede Italien om at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en måned.

18. Den anfægtede bekendtgørelse blev vedtaget den 24. juli 2002, og det forekommer at være ubestridt, at det eneste relevante indkøb, der blev foretaget i henhold hertil, var to AB412-helikoptere, der blev leveret af det italienske selskab Agusta Bell SpA (herefter »Agusta«) efter en forhandlingsprocedure, der førte til en kontrakt underskrevet den 28. oktober 2002 og godkendt den 31. oktober samme år.

21. Selv om de italienske myndigheder fremsendte flere svar efter udløbet af denne frist, finder Kommissionen ikke, at den er blevet gjort bekendt med nogen foranstaltninger, som er truffet til at efterkomme udtalelsen.

22. Derfor har Kommissionen anlagt den foreliggende sag, hvori den har nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at:

19. Kommissionen fandt imidlertid, at de i bekendtgørelsen indeholdte tilladelser var i strid med fællesskabsretten, og den 19. december 2000 blev der fremsendt en åbningsskrivelse til den italienske regering, hvori den blev anmodet om at fremkomme med bemærkninger i henhold til artikel 226 EF. I regeringens svar blev det understreget, at skovbrandene i Italien var alvorlige i 2002.

20. Herefter fremsendte Kommissionen den 3. april 2003 en begrundet udtalelse i henhold til artikel 226 EF, hvori den konkluderede, at vedtagelsen af artikel 1, stk. 2, og

— Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993, Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 og artikel 43 EF og 49 EF, idet den har vedtaget artikel 1, stk. 2, og artikel 2, stk. 1, 2 og 3, i ministerpræsidentens bekendtgørelse nr. 3231 af 24. juli 2002, som tillader underhåndsaftaler under fravigelse af Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler og særligt de fælles regler for offentliggørelse og deltagelse i afsnit III og VI i direktiv 93/36 og afsnit III og V i direktiv 92/50, ved køb af fly til bekæmpelse af skovbrande og ved køb af brandbekæmpelsesudrustning, hvilke bestemmelser ligeledes tillader sådanne underhåndsaftaler ved køb af

teknisk udstyr, edb-udstyr samt radio-sender- og modtagerudstyr, uden at nogen af de lovmæssige betingelser for fravigelse af disse fælles regler var opfyldt, og under alle omstændigheder uden at sikre nogen form for offentliggørelse for at give mulighed for konkurrence mellem potentielle tilbudsgivere.

- Den Italienske Republik tilpligtes at betales sagens omkostninger.

23. Italien har nedlagt påstand om, at Domstolen enten skal fastslå, at sagen savner genstand, eller frifinde Den Italienske Republik.

Formaliteten

24. Italien har i sit skriftlige indlæg understreget, at den anfægtede bekendtgørelse vedrører en begrænset periode, der svarer til varigheden af den nødsituation, der blev erklæret frem til den 31. oktober 2002.

25. Dette forhold gav anledning til en vis debat under retsmødet i relation til spørgsmålet, om Kommissionens søgsmål kan

antages til realitetsbehandling, idet den begrundede udtalelse først blev fremsendt den 3. april 2003, og der kan rejses tvivl om, hvorvidt den påståede overtrædelse fortsat bestod ved udløbet af den frist på en måned, der var fastsat i den begrundede udtalelse.

26. Kommissionen har for det første gjort gældende, at den anfægtede bekendtgørelse ikke indeholdt nogen bestemmelse, der begrænsede dens tidsmæssige retsvirkninger, og ikke var udløbet i henhold til nogen anden retsregel, for det andet, at en af de foranstaltninger, den var udstedt med hjemmel i, nemlig dekretet, der erklærede provinsen Verbano-Cusio-Ossola i en nødsituation, var forlænget indtil den 31. juli 2004, for det tredje, at kontrakten om indkøb af to helikoptere, der var blevet indgået på grundlag af den anfægtede bekendtgørelse, ikke var blevet opfyldt ved udløbet af denne frist, idet der fortsat blev udført tekniske prøver, og, for det fjerde, at såfremt Domstolen måtte afvise søgsmålet af de nævnte grunde, ville medlemsstaterne kunne vedtage midlertidige foranstaltninger, der tillader ubegrundede fravigelser fra Fællesskabets udbudsregler, men undgå sanktion ved at sikre, at de er udløbet eller er blevet ophævet, inden Kommissionen kan anlægge et søgsmål.

27. Den Italienske Republiks befuldmægtigede er enig i, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling. Han erkendte udtrykkeligt, at såfremt det ikke forholdt sig således, ville det ikke være muligt at opnå den krævede domstolsprøvelse i sådanne sager.

28. Under disse omstændigheder foreslår jeg ikke, at det undersøges, om udløbet af den anfægtede bekendtgørelse er et forhold, der har betydning for, om sagen kan antages til realitetsbehandling. Jeg er dog enig med begge parter i, at kortvarige overtrædelser af fællesskabsretten som dem, der påstås i den foreliggende sag, ikke skal kunne undtages fra prøvelse i henhold til artikel 226 EF blot som følge af deres begrænsede varighed.

29. Det er under alle omstændigheder — uanset om den anfægtede bekendtgørelse fortsat var i kraft ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, og uanset hvor fremskreden de indkøb er, der blev indledt på grundlag af bekendtgørelsen — klart, at Italien ikke har iværksat nogen foranstaltninger til at afslutte den påståede overtrædelse, som den fortsat bestrider eksistensen af.

30. Under disse omstændigheder kan Italien ikke siges at have efterkommet den begrundede udtalelse, og sagen kan ikke afvises²⁴.

24 — Jf. dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 7-9, og punkt 19-20 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse. Se også generaladvokat Lenz' tre forslag til afgørelse af følgende tre domme: dom af 30.5.1991, sag C-110/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 2659, punkt 10, af 5.6.1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, punkt 1 c), og af 11.7.1991, sag C-247/89, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 3659, punkt 36 (jf. også dommens præmis 25). I samtlige nævnte sager blev søgsmålet antaget til realitetsbehandling.

Påstanden i sagen

31. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Italien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36 og artikel 43 EF og 49 EF, idet den har vedtaget artikel 1, stk. 2, og artikel 2, stk. 1, 2 og 3, i den anfægtede bekendtgørelse.

32. Denne afgrænsning af søgsmålets genstand giver anledning til to indledende bemærkninger.

33. For det første har Kommissionen henvist til indkøbsprocedurer, der blev indledt og tilbagekaldt inden vedtagelsen af den anfægtede bekendtgørelse²⁵. Disse omstændigheder kan forklare Kommissionens særlige interesse i bekendtgørelsen og kan være relevante for visse af Kommissionens argumenter vedrørende den hastende karakter.

34. For det andet har parterne i deres indlæg i en vis udstrækning koncentreret sig om indkøbet af to Agusta AB412-helikoptere, der skete på grundlag af den anfægtede bekendtgørelse. Omstændighederne i forbindelse med disse indkøb kan i nogen grad belyse de forhold, under hvilke bekendtgørelsen blev vedtaget.

25 — Jf. punkt 17 ovenfor.

35. Dog må der i begge disse relationer huskes på, at den nedlagte påstand alene vedrører vedtagelsen af bestemte bestemmelser i denne bekendtgørelse og ikke nogen aktuel indkøbsprocedure, uanset hvornår den blev indledt og på hvilket retsgrundlag.

36. Påstandens formulering giver også anledning til bemærkninger af mere indholdsmæssig karakter.

37. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at de anfægtede bestemmelser tillader underhåndsaftaler »under fravigelse af Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler og særligt de fælles regler for offentliggørelse og deltagelse i afsnit III og VI i direktiv 93/36 og afsnit III og V i direktiv 92/50 [...] uden at nogen af de lovmæssige betingelser for fravigelse af disse fælles regler var opfyldt, og under alle omstændigheder uden at sikre nogen form for offentliggørelse for at give mulighed for konkurrence mellem potentielle tilbudsgivere«.

38. På grundlag af denne antagelse har Kommissionen konkluderet, at Italien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36 og artikel 43 EF og 49 EF — men ikke direktiv 92/50.

39. Mens denne tilgangsvinkel er fuldstændig sammenhængende i forhold til indkøbskontrakter omfattet af direktiv 93/36, forekommer den mere overraskende for så vidt angår tjenesteydelsesaftaler.

40. Det er korrekt, at Domstolen har fastslået, at fremgangsmåderne for tildeling af offentlige kontrakter, selv hvor der ikke gælder et krav om, at bestemmelserne i tjenesteydelsesdirektivet følges, skal overholde de grundlæggende principper, der følger af artikel 43 EF og 49 EF, navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, der indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse og dermed også en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske ²⁶.

41. Det kunne derfor antages, at anvendelse af underhåndsaftaler, når en sådan procedure ikke er tilladt i henhold til direktiv 92/50, også må være i strid med disse principper, idet der pr. definition ikke vil ske nogen offentliggørelse.

42. Denne argumentation forekommer imidlertid at være unødvendigt kompliceret, navnlig når der findes en helt enkel løsning — der er valgt i den helt parallelle sammenhæng med indkøbskontrakter omfattet af direktiv 93/36.

26 — Se punkt 8 ovenfor.

43. Kommissionen har ikke givet nogen direkte forklaring på den tilgang, den har valgt, men det kan udledes af et afsnit i stævningen²⁷, at den havde til hensigt at imødegå et anbringende fra sagsøgte — som den italienske regering i realiteten ikke har gjort gældende — hvorefter værdien af de omhandlede tjenesteydelsesaftaler var lavere end tærskelværdien i direktiv 92/50.

44. Men da den foreliggende sag omhandler de bestemmelser, der giver tilladelse til at anvende underhåndsaftaler, og ikke nogen af de indkøb, der er foretaget i henhold hertil, vil selv denne betragtning kun være relevant, hvis disse bestemmelser udtrykkeligt og udelukkende var gældende for kontrakter med en værdi under tærskelværdien, mens de i realiteten ikke henviser til nogen som helst værdi.

45. Et andet punkt er, at den nedlagte påstand henviser til tilladelsen til at anvende underhåndsaftaler, uden at nogen af betingelserne for fravigelse er opfyldt, »og under alle omstændigheder [*comunque*] uden at sikre nogen form for direkte offentliggørelse for at give mulighed for konkurrence mellem potentielle tilbudsgivere«.

46. Det kan imidlertid ikke være tilfældet, at manglende offentliggørelse kan tilsidesætte fællesskabsretten *i alle tilfælde*.

47. Såfremt betingelserne for undtagelse er opfyldt, og det således er berettiget at anvende udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, kan der ikke gælde et krav om offentliggørelse. De principper, der følger af traktaten, kan ikke indeholde et krav om offentliggørelse, der også skal opfyldes, når direktiverne indeholder en udtrykkelig undtagelse, ellers vil denne undtagelse være uden betydning.

48. Det samme må efter min mening gælde analogt, selv om værdien af en bestemt kontrakt er lavere end tærsklen for anvendelse af det relevante direktiv²⁸. Når omstændighederne normalt vil begrunde anvendelse af udbud efter forhandling, vil det være absurd, hvis denne begrundelse ikke skulle gælde, når kontraktværdien er lavere end den tærskel, der er fastsat i direktivet.

49. Det følger heraf, at den særskilte henvisning til en manglende offentliggørelse i sammenhæng med artikel 43 EF og 49 EF kun kan være relevant i sager, hvor en bestemt kontrakt ikke omfattes af anvendel-

28 — I modsætning til et tilfælde som det, der eksempelvis omhandles i Teleaustria-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, hvor en kontraktværdi er lavere end tærsklen, men ikke ville have været omfattet af en undtagelse, hvis den havde været omfattet af direktivet.

sesområdet for det relevante direktiv, og der ikke var nogen omstændigheder, der ville have begrundet en undtagelse af den karakter, direktivet tillader.

50. I den foreliggende sag er den tilladelse, der indeholdes i de anfægtede bestemmelser, imidlertid ikke på nogen måde begrænset til sådanne tilfælde.

51. Samlet set forekommer påstandens formulering ikke at være særlig sammenhængende eller klar, hvilket er en omstændighed, der ikke gør Domstolens opgave enklere.

52. Ved en nærmere gennemgang af påstanden viser det sig imidlertid, at spørgsmålet alene er, om en af de betingelser, der begrundet en undtagelse fra de fælles regler i direktiv 93/36 eller i givet fald i direktiv 92/50, er opfyldt.

Realiteten

53. Tilladelsen, der er indeholdt i de anfægtede bestemmelser, kan kun være lovlig, hvis den begrundes i en af undtagelserne i artikel 6, stk. 3, i direktiv 93/36 eller artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50.

54. Italien har ikke specifikt påberåbt sig direktiv 92/50. Det kan skyldes en overdreven hensyntagen til, at de to kontrakter, der faktisk blev indgået i henhold til tilladelsen, var indkøbskontrakter omfattet af direktiv 93/36. Det gælder imidlertid, at da de relevante undtagelser i det væsentlige indholdsmæssigt er de samme i de to direktiver, vil enhver fortolkning i relation til det ene direktiv også gælde i forhold til det andet.

55. Italien har først og fremmest henvist til artikel 6, stk. 3, litra d), i direktiv 93/36²⁹, der tillader udbud efter forhandling i tilfælde af tvungne grunde som følge af begivenheder, som de pågældende ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse. Det tvungne behov for bekæmpelse af skovbrande i løbet af nødsituationen, der blev erklæret i juli 2002, udgør ifølge Italien et sådant tilfælde.

56. Italien har subsidært påberåbt sig samme direktivs artikel 6, stk. 3, litra c), og e)³⁰, der henholdsvis giver mulighed for udbud efter forhandling, hvor tekniske årsager gør, at varen kun kan leveres af en bestemt leverandør, og hvor det er nødvendigt at forsætte samhandelen med samme leverandør for at sikre sammenhæng i leveringen. Italien har gjort gældende, at disse

29 — Svarer til artikel 11, stk. 3, litra d), i direktiv 92/50.

30 — Svarer til artikel 11, stk. 3, litra b), og (i det væsentlige) litra f) i direktiv 92/50.

betingelser er opfyldt af Corpo Forestales behov for at sikre en sammenhængende flåde af AB412-helikoptere, som kun Agusta kunne levere.

60. Derfor kan de anfægtede bestemmelser ikke begrundes med hjemmel i artikel 6, stk. 3, litra c), eller e), i direktiv 93/36 eller i artikel 11, stk. 3, litra b) eller f), i direktiv 92/50.

Tekniske krav og sammenhæng i leveringen

57. Det er meget enkelt at behandle disse kriterier.

58. Uanset hvilke grunde der måtte eller ikke måtte have givet anledning til det påståede behov for at erhverve Agusta AB412-helikoptere, er grundene kun relevante for de indkøb, der blev gennemført i henhold til tilladelserne, der er indeholdt i den anfægtede bekendtgørelse.

59. Imidlertid vedrører det påståede traktatbrud de anfægtede bestemmelser i denne bekendtgørelse og ikke selve de indgåede underhåndsaftaler. Der er ikke noget i disse bestemmelser eller i den anfægtede bekendtgørelsens kontekst, der angiver, at kontrakterne skal indgås med en bestemt leverandør, uanset hvilken begrundelse der måtte anføres derfor.

Tvingende grunde

61. Ud fra en almindelig betragtning forekommer det ubestrideligt, at udbredte udbrud af skovbrande kan være tvingende grunde, der gør det nødvendigt at erhverve brandbekæmpelsessydelser og -udstyr, hvis der ikke allerede rådes over tilstrækkelige sådanne ydelser og udstyr.

62. Kommissionen har ikke som sådan argumenteret imod denne opfattelse, men har gjort gældende, at ikke alle betingelserne, der gælder for anvendelse af denne undtagelse, er opfyldt. På den ene side er udbrud af skovbrande om sommeren et regelmæssigt og tilbagevendende fænomen i hele Syd-europa; brandene kan således forudses, og ethvert tvingende behov for erhvervelse af midler til deres bekæmpelse skyldes de italienske myndigheder. På den anden side forblev den anfægtede bekendtgørelse i kraft efter udløbet af den nationale nødsituation den 31. oktober 2002, og kunne således anvendes til at hjemle indgåelse af underhåndsaftaler efter ophøret af den tvingende grund.

63. Jeg er enig i, at regelmæssige, sæsonprægede hændelser ikke kan anses for uforudseelige begivenheder.

64. Det kan imidlertid ikke nægtes, at selv sådanne hændelser i nogle år kan være af en sådan usædvanlig styrke eller omfang, at det er berettiget at anse disse for uforudseelige.

65. Såvel dekretet, der erklærer den nationale nødsituation, som den anfægtede bekendtgørelse selv, omtaler i deres præambler de usædvanlige meteorologiske betingelser, der gav anledning til tørke og forøget risiko for skovbrande. Bekendtgørelsen nævner, at disse betingelser gjorde sig gældende i årets første måneder, hvilket krævede en helt usædvanlig grad af indgreb fra de enheder, der bekæmper skovbrande, og et behov for at styrke deres kapacitet, og hvilket blev efterfulgt af en lang periode med temperaturer, der for sæsonen var usædvanligt høje i juni måned med en betydelig forøget risiko for udbrud og udbredelse af skovbrande. Den Italienske Republik har i sit skriftlige indlæg anført, at i sommeren 2002 var sådanne brande oftere forekommende end angivet i de mest negative forudsigelser.

66. Kommissionen har imidlertid ikke undersøgt spørgsmålet om de meteorologi-

ske betingelsers usædvanlige karakter eller udbruddene af skovbrande i sommeren 2002. Kommissionens argumenter er alene rettet mod det forudseelige i skovbrande om sommeren i almindelighed og mod de ordninger, hvorefter de italienske myndigheder lovligt kunne have erhvervet de nødvendige midler til at bekæmpe sådanne brande i god tid og uden at følge nogen hasteprocedure. Selv i relation til det sidstnævnte punkt har Kommissionen i vid udstrækning henvist til den konkrete erhvervelse af to AB412-helikoptere i stedet for til de to tilladelser, der omhandles i sagen.

67. Det kan accepteres, at det er forudseeligt, at der om sommeren opstår skovbrande i Italien, hvorfor myndighederne ikke kan støtte ret på deres egen uforudseenhed i forhold til sådanne brande med henblik på at begrunde anvendelse af udbud efter forhandling i henhold til artikel 6, stk. 3, litra d), i direktiv 93/36.

68. Det gælder imidlertid, at usædvanlige skovbrande, der skyldes usædvanlige vejrforhold, pr. definition ikke er forudseelige som sådan, og kan udgøre tvingende grunde i denne bestemmelses forstand.

69. Kommissionen har ikke søgt at føre bevis imod eller afvise den usædvanlige karakter af

de omstændigheder, som den anfægtede bekendtgørelse var baseret på.

70. Jeg finder, at Italien har ført bevis for, at der umiddelbart foreligger en uforudseelig grund, der begrunder anvendelse af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at Kommissionen ikke har modbevist, at dette ikke er tilfældet.

71. Kommissionen har imidlertid endvidere anført, at tilladelsen, der er indeholdt i bekendtgørelsen, ikke kan omfattes af undtagelsen for uforudseelige begivenheder, da den ikke var begrænset til nødsituationens specifikke varighed.

72. Kommissionen har fremført to argumenter: For det første indeholdt den anfægtede bekendtgørelse ikke nogen bestemmelse, der begrænsede dens virkninger i tid, og den udløb ikke som følge af en anden retsregel. For det andet forpligtede Land- og Skovbrugsministeriet sig i en skrivelse af 21. maj 2003³¹ til ikke at anvende den anfægtede bekendtgørelse ved nogen fremtidig erhvervelse af varer, hvilket påviste, at bekendtgørelsen ikke var udløbet med den nationale nødsituation den 31. oktober 2002.

73. Inden jeg tager stilling til disse argumenter, kan det imidlertid være nyttigt at understrege, at forlængelsen af dekretet, der erklærede Verbano-Cusio-Ossola i en nødsituation frem til den 31. juli 2004³², ikke er relevant i den foreliggende sag. Påstanden i den foreliggende sag er, at det skal fastslås, at Italien har tilsidesat sine forpligtelser, idet det har *vedtaget* de anfægtede bestemmelser. Der er ikke noget, der tyder på, og det er ikke påstået, at det på tidspunktet for vedtagelsen af disse bestemmelser var planlagt at forlænge deres retsgrundlag, og den nedlagte påstand henviser ikke til en sådan forlængelse eller til opretholdelse af den anfægtede bekendtgørelse ud over en bestemt dato.

74. Det er heller ikke relevant, at kontrakten om køb af to AB412-helikoptere ikke var helt opfyldt før efter udløbet af den nationale nødsituation. Det afgørende er, om der fortsat kunne støttes ret på tilladelsen til at indlede udbud efter forhandling efter denne periode.

75. For så vidt angår Kommissionens første argument, har den italienske regering anført, at den anfægtede bekendtgørelse logisk set ophørte ved udløbet af den nødsituation, den var baseret på.

31 — Stævningsens bilag 8.

32 — Jf. punkt 11 ovenfor.

76. Det forekommer at være en troværdig påstand.

77. Når en minister udsteder en bekendtgørelse på grundlag af en nødsituation, forekommer det rimeligt at antage, at dens virkninger og gyldighed vil udløbe, når nødsituationen finder sin retlige afslutning. I den foreliggende sag angiver præamblen til den anfægtede bekendtgørelse ikke blot, at den nationale nødsituation er erklæret, men præciserer ligeledes, at den udløber den 31. oktober 2002. Jeg bemærker også, at artikel 5, stk. 2, i lov nr. 225 af 24. februar 1992, der udgør en del af retsgrundlaget for den anfægtede bekendtgørelse, præciserer, at foranstaltninger, der fraviger gældende regler, kan vedtages »med det formål at sikre hasteindgreb, der følger« en erklæret nødsituation, hvilket er en detalje, der stærkt antyder, at ingen sådan foranstaltning kan være gyldig, hvis den er vedtaget uden for denne sammenhæng.

78. Det er under alle omstændigheder sandsynligt, at ethvert udbud efter forhandling, der afsluttes efter udløbet af nødsituationen på grundlag af tilladelsen i den anfægtede bekendtgørelse, kan anfægtes på dette grundlag. Det gælder imidlertid, at der under alle omstændigheder ikke er nogen indikation af, og det er heller ikke påstået, at de kompetente myndigheder har forsøgt at indlede nogen sådan procedure efter denne

dato. Hertil kommer, at det støtter Italiens opfattelse, at kontrakten om køb af to AB412-helikoptere, der tilsyneladende var den eneste kontrakt, der blev forhandlet i henhold til tilladelsen, blev godkendt den 31. oktober 2002, dvs. nødsituationens sidste dag, hvilket kan gøre det muligt at antage, at tilladelsen må udløbe med den erklærede nationale nødsituation.

79. Imidlertid kan den forpligtelse til ikke at anvende den anfægtede bekendtgørelse ved fremtidige køb af varer, der blev påtaget den 21. maj 2003, se ud til at være i strid med den opfattelse, at bekendtgørelsen ikke længere var gyldig på denne dato.

80. Den italienske regering har accepteret denne vanskelighed, men har gjort gældende, at den af ministeriet påtagne forpligtelse blot er udtryk for det forhold, at det ikke længere retligt set var muligt at støtte ret på den anfægtede bekendtgørelse, og ikke betyder, at ministeriet havde et vilkårligt valg i relation til spørgsmålet.

81. En læsning af det relevante afsnit i skrivelsen — der også omhandler andre forhold, og som ser ud til at påvise, at Kommissionens påstande er ubegrundede i relation til flere forhold — viser, at den nævnte forpligtelse blev påtaget efter en bekræftelse, hvorefter erhvervelsen af de to

AB412-helikoptere under alle omstændigheder var forenelig med fællesskabsretten, og at der blot blev støttet ret på den anfægtede bekendtgørelse som en »forstærkende foranstaltning«.

udløbet af den nødsituation, som de var vedtaget for, eller i almindelighed, at de tvingende grunde, som den italienske regering troværdigt har støttet ret på, ikke forelå eller kunne henføres til de italienske myndigheds forhold.

82. Under disse omstændigheder finder jeg ikke, at skrivelsen kan godtgøre, at den anfægtede bekendtgørelse fortsat var i kraft den 21. maj 2003.

Sagens omkostninger

83. Herefter kommer jeg frem til den opfattelse, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der kunne have været støttet ret på de anfægtede bestemmelser med henblik på erhvervelse af varer eller tjenesteydelser efter

84. Den Italienske Republik har ikke nedlagt påstand om, at Kommissionen betaler sagens omkostninger, hvorfor hver part i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, bør bære sine egne omkostninger.

Forslag til afgørelse

85. I lyset af de ovenfor anførte betragtninger, foreslår jeg, at Domstolen afgør sagen som følger:

- Den Italienske Republik frifindes.
- Hver part bærer sine egne omkostninger.