

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

8 april 2008*

In zaak C-337/05,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 15 september 2005,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Recchia en X. Lewis als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door G. Fiengo, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Italiaans.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts en G. Arestis, kamerpresidenten, K. Schiemann, J. Makarczyk (rapporteur), P. Kūris, E. Juhász, E. Levits en A. Ó Caoimh, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 april 2007,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 10 juli 2007,

het navolgende

Arrest

- ¹ De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door gedurende lange tijd en tot op heden zonder enige oproep tot mededinging en met name zonder inachtneming van de procedures van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/36”), en daarvóór van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd en aangevuld bij de richtlijnen 80/767/EEG van de Raad van 22 juli 1980 (PB L 215, blz. 1) en 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB L 127, blz. 1; hierna: „richtlijn 77/62”), rechtstreeks bij Agusta SpA (hierna: „Agusta”) opdrachten te plaatsen voor de aankoop van helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell om tegemoet te komen aan de behoeften van verschillende militaire en civiele korpsen van de Italiaanse Staat, de krachtens deze richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

- 2 Met haar beroep wenst de Commissie niet-nakoming te doen vaststellen van richtlijn 93/36 en, wat de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze richtlijn betreft, van richtlijn 77/62. Wegens de overeenkomst tussen de bepalingen van deze richtlijnen en omwille van de duidelijkheid wordt enkel verwezen naar richtlijn 93/36.

- 3 De twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 93/36 luidt:

„[...] de procedure van gunning via onderhandelingen [dient] als een uitzondering [...] te worden beschouwd en [kan] daarom slechts [...] worden toegepast in limitatief opgesomde gevallen”.

4 Artikel 1 van richtlijn 93/36 bepaalt dat in de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

- „a) ‚overheidsopdrachten voor leveringen‘: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten, en die zijn gesloten tussen een leverancier (natuurlijke persoon of rechtspersoon), enerzijds, en een van de sub b omschreven aanbestedende diensten, anderzijds. De levering van de producten kan ook de nodige werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren omvatten;

 - b) ‚aangebestede diensten‘: de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.
- [...]
- d) ‚openbare procedures‘: de nationale procedures waarbij alle belangstellende leveranciers mogen inschrijven;

 - e) ‚niet-openbare procedures‘: de nationale procedures waarbij alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte leveranciers mogen inschrijven;

 - f) ‚onderhandelingsprocedures‘ of ‚procedures van gunning via onderhandelingen‘: de nationale procedures 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 Ingevolge artikel 2, lid 1, sub b, ervan is de richtlijn niet van toepassing op:

„opdrachten voor leveringen die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaat zulks vereist”.

6 Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

„Onverminderd de artikelen 2 en 4 en artikel 5, lid 1, is deze richtlijn van toepassing op alle producten als bedoeld in artikel 1, sub a, met inbegrip van die welke vallen onder opdrachten die door aanbestedende diensten op het gebied van defensie worden gegund, met uitzondering van de producten waarop artikel [296], lid 1, sub b, [EG] van toepassing is.”

7 Artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 93/36 luidt als volgt:

„a) De titels II, III en IV alsmede de artikelen 6 en 7 zijn van toepassing op overheidsopdrachten voor leveringen:

- i) die worden geplaatst door de in artikel 1, sub b, bedoelde aanbestedende diensten, met inbegrip van de opdrachten van de in bijlage I bedoelde

aanbestedende diensten op het gebied van defensie, voor zover het producten betreft die niet onder bijlage II vallen, wanneer de geraamde waarde exclusief de belasting over de toegevoegde waarde (btw) ten minste gelijk is aan de tegenwaarde in [euro] van 200 000 SDR;

- ii) die worden geplaatst door de in bijlage I genoemde aanbestedende diensten en waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste gelijk is aan de tegenwaarde in [euro] van 130 000 SDR; wat betreft de aanbestedende diensten op het gebied van defensie, geldt dit alleen voor opdrachten betreffende producten die onder bijlage II vallen.”

8 Artikel 6, leden 1 tot en met 3, van de richtlijn bepaalt:

„1. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen passen de aanbestedende diensten in de hieronder genoemde gevallen de in artikel 1, sub d, e en f, omschreven procedures toe.

2. De aanbestedende diensten kunnen hun opdrachten voor leveringen plaatsen volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, indien er in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure onregelmatige inschrijvingen zijn gedaan, of indien slechts inschrijvingen zijn gedaan die onaanvaardbaar zijn volgens de met de voorschriften van titel IV conforme nationale bepalingen, voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. De aanbestedende diensten maken in dat geval een aankondiging van opdracht bekend, tenzij zij bij de gunning via onderhandelingen alle ondernemingen betrekken die voldoen aan de criteria van de artikelen 20 tot en met 24 en die gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedures offertes hebben gedaan die aan de formele eisen van de aanbestedingsprocedure voldeden.

3. De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun opdrachten voor leveringen plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht:

[...]

- 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;

[...]

- 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.”

⁹ Artikel 33 van richtlijn 93/36 luidt als volgt:

„Richtlijn 77/62/EEG [...] wordt ingetrokken, onverminderd de verplichtingen van de lidstaten wat de in bijlage V aangegeven termijnen voor omzetting en toepassing betreft.

Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn gelden als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn en worden gelezen volgens de concordantietabel van bijlage VI.”

Precontentieuze procedure

- 10 Aangezien de Commissie geen aanwijzingen had voor een aanbestedingsprocedure op gemeenschapsniveau voor de levering van helikopters ten behoeve van verschillende korpsen van de Italiaanse Staat, stelde zij zich op het standpunt dat voornoemde helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell zonder enige oproep tot mededinging op gemeenschapsniveau rechtstreeks waren aangekocht, in strijd met de richtlijnen 77/62 en 93/36. Op 17 oktober 2003 stuurde zij derhalve de Italiaanse Republiek een aanmaningsbrief waarin zij deze verzocht haar opmerkingen in te dienen binnen 21 dagen na ontvangst van deze brief.
- 11 De Italiaanse autoriteiten antwoordden op deze brief bij fax van 9 december 2003.
- 12 Omdat de Commissie vond dat de Italiaanse autoriteiten onvoldoende argumenten naar voren hadden gebracht om de in de aanmaningsbrief geformuleerde opmerkingen te weerleggen, en zij geen andere mededeling van hun kant had ontvangen, stuurde zij de Italiaanse Republiek op 5 februari 2004 een met redenen omkleed advies, waarin zij deze lidstaat verzocht binnen een termijn van twee maanden na kennisgeving ervan aan dit advies te voldoen.

- 13 De Italiaanse autoriteiten antwoordden op dit met redenen omkleed advies bij drie brieven van 5 april respectievelijk 13 en 27 mei 2004.
- 14 Aangezien de Commissie de door de Italiaanse Republiek in antwoord op het met redenen omkleed advies aangevoerde argumenten ontoereikend achtte en vaststelde dat deze geen maatregelen had getroffen om de gelaakte praktijk van plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen te beëindigen, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

Het beroep

Ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

- 15 Volgens de Italiaanse Republiek is het beroep niet-ontvankelijk omdat de Commissie tijdens de precontentieuze procedure geen kritiek heeft geuit op de opdrachten voor militaire leveringen. Enkel civiele leveringen waren aan de orde. De tijdens de precontentieuze procedure aan de orde gestelde grieven komen derhalve niet overeen met de in het onderhavige beroep geformuleerde grieven.
- 16 Zij is eveneens van mening dat het beroep niet-ontvankelijk is voor zover het betrekking heeft op de opdrachten voor leveringen ten behoeve van het Corpo Forestale dello Stato (staatsbosbeheer). Volgens haar is er namelijk sprake van inbreuk op het

beginsel ne bis in idem, omdat het Hof de niet-nakoming met betrekking tot deze categorie opdrachten al heeft onderzocht en beoordeeld in zijn arrest van 27 oktober 2005, Commissie/Italië (C-525/03, Jurispr. blz. I-9405).

- 17 Voorts betoogt de Italiaanse Republiek in haar dupliek dat het beroep, gelet op het vage en onnauwkeurige karakter van de door de Commissie zowel in de aanmaningsbrief als in het met redenen omkleed advies gestelde feiten, niet voldoet aan de in de rechtspraak geformuleerde eisen van samenhang en nauwkeurigheid, wat de rechten van de verdediging van deze lidstaat ernstig heeft geschaad.
- 18 De Commissie brengt hiertegen in dat de precontentieuze fase nooit betrekking heeft gehad op militaire leveringen, maar juist op civiele leveringen, die onder meer bestemd waren voor bepaalde militaire korpsen van de Italiaanse Staat. Voorts had de procedure die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Commissie/Italië, een ander voorwerp dan het onderhavige beroep.

Beoordeling door het Hof

- 19 Volgens vaste rechtspraak heeft de precontentieuze procedure tot doel, de betrokken lidstaat in de gelegenheid te stellen de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te komen en nuttig verweer te voeren tegen de door de Commissie geformuleerde grieven (zie met name arresten van 10 mei 2001, Commissie/Nederland, C-152/98, Jurispr. blz. I-3463, punt 23; 15 januari 2002, Commissie/Italië, C-439/99, Jurispr. blz. I-305, punt 10, en 27 november 2003, Commissie/Finland, C-185/00, Jurispr. blz. I-14189, punt 79).

- 20 Het regelmatig verloop van deze procedure vormt aldus een door het EG-Verdrag gewilde wezenlijke waarborg ter bescherming van de rechten van de betrokken lidstaat. Alleen wanneer deze waarborg wordt geëerbiedigd, kan het Hof in de contradictoire procedure beoordelen of de lidstaat inderdaad de verplichtingen niet is nagekomen waarvan de Commissie stelt dat zij zijn geschonden (zie met name arrest van 5 juni 2003, Commissie/Italië, C-145/01, Jurispr. blz. I-5581, punt 17).
- 21 In het licht van deze rechtspraak moet worden onderzocht of de Commissie tijdens de precontentieuze procedure de rechten van de verdediging van de Italiaanse Republiek heeft geëerbiedigd.
- 22 Wat in de eerste plaats het gestelde gebrek aan overeenstemming tussen de in de precontentieuze procedure en de voor het Hof geformuleerde grieven betreft, volstaat de vaststelling dat het met redenen omkleed advies en het inleidende verzoekschrift, welke in nagenoeg gelijke bewoordingen zijn opgesteld, zijn gebaseerd op dezelfde grieven. Het argument van de Italiaanse Republiek dat de in de precontentieuze fase opgeworpen grieven niet overeenkomen met de grieven in dat verzoekschrift, kan derhalve niet worden aanvaard.
- 23 Wat in de tweede plaats het gestelde gebrek aan duidelijkheid en nauwkeurigheid betreft bij de vaststelling van de grieven die in de precontentieuze procedure tegen de Italiaanse Republiek zijn geuit, zij eraan herinnerd dat, ofschoon het in artikel 226 EG bedoelde met redenen omkleed advies een coherente en gedetailleerde uiteenzetting moet bevatten van de redenen die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht dat de betrokken lidstaat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, aan de nauwkeurigheid van de aanmaningsbrief niet dezelfde strenge eisen kunnen worden gesteld als aan het met redenen omkleed advies, aangezien deze aanmaningsbrief noodzakelijkerwijze niet meer kan bevatten dan een eerste beknopte samenvatting van de grieven (zie met name arresten van 28 maart 1985, Commissie/Italië, 274/83, Jurispr. blz. 1077, punt 21; 16 september 1997, Commissie/Italië, C-279/94, Jurispr. blz. I-4743, punt 15, en 18 mei 2006, Commissie/Spanje, C-221/04, Jurispr. blz. I-4515, punt 36).

- 24 In casu waren de stellingen die de Commissie tijdens de precontentieuze procedure heeft geformuleerd, voldoende duidelijk voor de Italiaanse Republiek om verweer te kunnen voeren, zoals blijkt uit het verloop van deze fase van de procedure.
- 25 Wat in de derde plaats de gestelde schending van het beginsel *ne bis in idem* betreft, zij opgemerkt dat het reeds aangehaalde arrest Commissie/Italië van 27 oktober 2005 is gewezen in een zaak die een volledig ander voorwerp had, omdat in dat geval het beroep van de Commissie betrekking had op een beschikking van de voorzitter van de Italiaanse Raad van Ministers houdende toestemming om in afwijking van de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor leveringen gebruik te maken van onderhandelingsprocedures, en dat beroep niet-ontvankelijk is verklaard omdat die beschikking vóór de afloop van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn geen gevolgen meer sorteerde. Het onderhavige beroep heeft echter geenszins een heronderzoek van de wettigheid van bovengenoemde beschikking tot doel, maar betreft een oude praktijk van de Italiaanse Staat om opdrachten voor de aankoop van helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell rechtstreeks te plaatsen, zonder enige oproep tot mededinging op gemeenschapsniveau.
- 26 De door de Italiaanse Republiek opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet derhalve worden verworpen.

Ten gronde

Argumenten van partijen

- 27 De Commissie betoogt ter ondersteuning van haar beroep dat zij heeft vastgesteld dat er sprake is van een algemene praktijk bestaande in het rechtstreeks plaatsen van opdrachten voor de aankoop van helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell ten behoeve van verschillende militaire en civiele korpsen van de Italiaanse Staat.

- 28 Zij verwijst naar meerdere opdrachten die in de loop van 2000 tot en met 2003 zijn geplaatst door het Corpo dei Vigili del Fuoco (brandweer), de Carabinieri, het Corpo Forestale dello Stato, de Guardia Costiera (kustwacht), de Guardia di Finanza (fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst), de Polizia di Stato (nationale politie) en de dienst Burgerbescherming van het voorzitterschap van de ministerraad. Wat betreft de periode vóór 2000, hebben de Italiaanse autoriteiten erkend dat zij zonder enige oproep tot mededinging helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell hebben gekocht. De Commissie merkt ten slotte op dat de vloten van de betrokken korpsen uitsluitend zijn samengesteld uit helikopters van deze merken, waarvan geen enkele is gekocht na een oproep tot mededinging op gemeenschapsniveau.
- 29 Aangezien deze opdrachten voldeden aan de voorwaarden van richtlijn 93/36, hadden zij volgens de Commissie voorwerp moeten zijn van een openbare of van een niet-openbare procedure, in overeenstemming met artikel 6 van deze richtlijn, maar niet van een procedure van gunning via onderhandelingen.
- 30 De Italiaanse Republiek betoogt allereerst dat de leveringen ten behoeve van de militaire korpsen van de Italiaanse Staat onder artikel 296 EG en artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 vallen. Volgens deze lidstaat zijn die bepalingen namelijk van toepassing, omdat de betrokken helikopters „dual-use-goederen” zijn, dat wil zeggen dat zij voor zowel civiele als militaire doeleinden kunnen worden gebruikt.
- 31 Deze lidstaat betoogt vervolgens dat hij wegens de bijzondere technische kenmerken van de helikopters en het aanvullende karakter van de betrokken leveringen, overeenkomstig artikel 6, lid 3, sub c en e, van richtlijn 93/36 gebruik mocht maken van de procedure van gunning via onderhandelingen.

32 In het algemeen benadrukt hij dat zijn praktijk niet anders is dan die in de meeste lidstaten waarin helikopters worden geproduceerd.

33 Ten slotte betoogt de Italiaanse Republiek dat de betrekkingen van de Italiaanse Staat met Agusta tot en met het eind van de jaren negentig konden worden aangemerkt als „in house”-betrekkingen in de zin van het arrest van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121).

Beoordeling door het Hof

34 Allereerst zij opgemerkt dat tussen partijen vaststaat dat de bedragen van de betrokken opdrachten de in artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 93/36 gestelde drempel overschreden, waardoor zij binnen de werkingsfeer van deze richtlijn konden vallen.

35 Tevens wordt de stelling van de Commissie dat de aankoop van de betrokken helikopters met gebruikmaking van de procedure van gunning via onderhandelingen deel uitmaakte van een vaste en reeds lange tijd geldende praktijk, bevestigd door de stukken inzake de koopovereenkomsten voor helikopters, die in bijlage aan het verweerschrift van de Italiaanse Republiek zijn gehecht.

— „In house”-betrekking tussen de Italiaanse Staat en Agusta

36 Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een oproep tot inschrijving overeenkomstig de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten niet verplicht is,

zelfs niet indien de medecontractant een lichaam is dat rechtens gescheiden is van de aanbestedende dienst, indien aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam hetzelfde toezicht uit te oefenen als op zijn eigen diensten en in de tweede plaats dient dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden te verrichten met de overheidsinstantie of overheidsinstanties waarvan dit lichaam in handen is (zie arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50; arresten van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49; 13 januari 2005, Commissie/ Spanje, C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punt 38; 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurispr. blz. I-9705, punt 34; 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 33, en 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 55).

37 Derhalve moet worden onderzocht of wat Agusta betreft is voldaan aan de twee vereisten die zijn geformuleerd in de in het voorgaande punt genoemde rechtspraak.

38 Aangaande de eerste voorwaarde, inzake het toezicht van het overheidsorgaan, zij eraan herinnerd dat de deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, hoe dan ook uitsluit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap hetzelfde toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten (zie arrest Stadt Halle en RPL Lochau, reeds aangehaald, punt 49).

39 Zoals blijkt uit de in bijlage aan het verweerschrift gehechte studie over de deelnemingen van de Italiaanse Staat in EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica en Agusta, is laatstgenoemde, sinds haar oprichting een privaatrechtelijke vennootschap, vanaf 1974 altijd een gemengde vennootschap geweest, dat wil zeggen een vennootschap in het kapitaal waarvan deels door die staat en deels door particuliere aandeelhouders wordt deelgenomen.

40 Aangezien Agusta een vennootschap is waarin deels kan worden deelgenomen door particulier kapitaal en zij derhalve voldoet aan het in punt 38 van dit arrest genoemde criterium, is het uitgesloten dat de Italiaanse Staat op deze vennootschap hetzelfde toezicht kan uitoefenen als op zijn eigen diensten.

41 In dergelijke omstandigheden moet het argument van de Italiaanse Republiek inzake het bestaan van een „in house”-betrekking tussen deze vennootschap en de Italiaanse Staat worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of Agusta het merendeel van haar werkzaamheden verricht met het overheidsorgaan dat de opdracht plaatst.

— Legitieme vereisten van nationaal belang

42 Vooraf zij eraan herinnerd dat de maatregelen die de lidstaten treffen in het kader van de legitieme vereisten van nationaal belang, niet volledig aan de toepassing van het gemeenschapsrecht zijn onttrokken om de enkele reden dat zij de openbare veiligheid of de landsverdediging dienen (zie in die zin arrest van 11 maart 2003, Dory, C-186/01, Jurispr. blz. I-2479, punt 30).

43 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, bevat het Verdrag namelijk met name in de artikelen 30 EG, 39 EG, 46 EG, 58 EG, 64 EG, 296 EG en 297 EG afwijkingen voor situaties waarin de openbare veiligheid op het spel kan staan; deze artikelen betreffen nauwkeurig omschreven uitzonderingsgevallen. Daaruit kan niet een algemeen voor-

behoud voor elke uit hoofde van de openbare veiligheid genomen maatregel worden afgeleid, dat inherent zou zijn aan het Verdrag en op grond waarvan deze maatregelen buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zouden vallen. Erkenning van het bestaan van een zodanig voorbehoud, los van de specifieke voorwaarden die in de verdragsbepalingen zijn voorzien, zou afbreuk kunnen doen aan de bindende kracht en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht (zie in die zin arresten van 15 mei 1986, *Johnston*, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 26; 26 oktober 1999, *Sirdar*, C-273/97, Jurispr. blz. I-7403, punt 16, en 11 januari 2000, *Kreil*, C-285/98, Jurispr. blz. I-69, punt 16, en arrest *Dory*, reeds aangehaald, punt 31).

44 In dit verband staat het aan de lidstaat die zich op deze uitzonderingen wil beroepen, om het bewijs te leveren dat de betrokken vrijstellingen de grenzen van die uitzonderingsgevallen niet overschrijden (zie in die zin arrest van 16 september 1999, *Commissie/Spanje*, C-414/97, Jurispr. blz. I-5585, punt 22).

45 De Italiaanse Republiek betoogt in casu dat de aankopen van helikopters van de merken *Agusta* en *Agusta Bell* voldoen aan de legitieme vereisten van nationaal belang die zijn neergelegd in artikel 296 EG en artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36, omdat deze helikopters „dual-use-goederen” zijn, dat wil zeggen goederen die zowel voor civiele als voor militaire doeleinden kunnen worden gebruikt.

46 In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat elke lidstaat krachtens artikel 296, lid 1, sub b, EG de maatregelen kan nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal, evenwel op voorwaarde dat die maatregelen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor producten die niet voor specifiek militaire doeleinden zijn bestemd.

- 47 Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat de betrokken producten bestemd moeten zijn voor specifiek militaire doeleinden. Hieruit volgt dat voor de aankoop van materieel waarvan het gebruik voor militaire doeleinden weinig zeker is, noodzakelijkerwijs de regels voor plaatsing van overheidsopdrachten moeten worden gevolgd. De levering van helikopters aan militaire korpsen met het oog op civiel gebruik moet aan dezelfde regels voldoen.
- 48 Vaststaat dat de betrokken helikopters, zoals de Italiaanse Republiek erkent, zeker een civiele bestemming hebben en eventueel een militair doel dienen.
- 49 Bijgevolg kan de Italiaanse Republiek niet met succes een beroep doen op artikel 296, lid 1, sub b, EG, waarnaar artikel 3 van richtlijn 93/36 verwijst, om te rechtvaardigen dat zij voor de aankoop van de betrokken helikopters gebruik heeft gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen.
- 50 In de tweede plaats beroept deze lidstaat zich op het vertrouwelijke karakter van de gegevens die zijn verkregen voor het in productie brengen van de door Agusta vervaardigde helikopters, om te rechtvaardigen dat zij bij deze vennootschap opdrachten heeft geplaatst met gebruikmaking van de procedure van gunning via onderhandelingen. De Italiaanse Republiek beroept zich in dit verband op artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36.
- 51 De Italiaanse Republiek heeft echter niet aangegeven waarom het vertrouwelijke karakter van de gegevens die zijn meegedeeld voor de productie van de door Augusta vervaardigde helikopters, haars inziens minder goed zou zijn gewaarborgd indien deze productie werd toevertrouwd aan andere ondernemingen, ongeacht of deze in Italië dan wel in andere lidstaten zijn gevestigd.

- 52 De noodzaak om te voorzien in een verplichting tot vertrouwelijke behandeling belet dienaangaande geenszins gebruikmaking van een procedure van oproep tot mededinging voor de plaatsing van een opdracht.
- 53 Het beroep op artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 ter rechtvaardiging van de aankoop van de betrokken helikopters volgens de procedure van gunning via onderhandelingen lijkt derhalve onevenredig met het doel van voorkoming van verspreiding van vertrouwelijke informatie over de productie van die helikopters. De Italiaanse Republiek heeft immers niet aangetoond dat een dergelijk doel niet had kunnen worden bereikt in het kader van een oproep tot mededinging zoals die waarin deze richtlijn voorziet.
- 54 Bijgevolg kan de Italiaanse Republiek zich niet met succes beroepen op artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 om te rechtvaardigen dat zij voor de aankoop van de betrokken helikopters gebruik heeft gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen.

— Vereisten inzake homogeniteit van de helikoptervloot

- 55 De Italiaanse Republiek beroept zich ter rechtvaardiging van het gebruik van de procedure van gunning via onderhandelingen tevens op artikel 6, lid 3, sub c en e, van richtlijn 93/36. Gelet op de bijzondere technische kenmerken van de betrokken helikopters, kon de vervaardiging ervan volgens haar alleen aan Agusta worden toevertrouwd en was het voorts noodzakelijk de interoperabiliteit van haar helikoptervloot te waarborgen om met name de logistieke en operationele kosten alsmede de kosten voor de pilotenopleiding te verminderen.

56 Zoals uit met name de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 93/36 volgt, heeft de procedure van gunning via onderhandelingen het karakter van een uitzondering en kan zij slechts worden toegepast in limitatief opgesomde gevallen. Hiertoe geeft artikel 6, leden 2 en 3, van deze richtlijn een limitatieve en uitdrukkelijke opsomming van de enige uitzonderingen waarin van de procedure van gunning via onderhandelingen gebruik mag worden gemaakt (zie in die zin, wat richtlijn 77/62 betreft, arrest van 17 november 1993, Commissie/Spanje, C-71/92, Jurispr. blz. I-5923, punt 10; wat richtlijn 93/36 betreft, zie reeds aangehaald arrest Teckal, punt 43, en reeds aangehaald arrest van 13 januari 2005, Commissie/Spanje, punt 47).

57 Volgens de rechtspraak van het Hof moeten afwijkingen van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten toegekende rechten beogen te verzekeren, strikt worden uitgelegd (zie arresten van 18 mei 1995, Commissie/Italië, C-57/94, Jurispr. blz. I-1249, punt 23; 28 maart 1996, Commissie/Duitsland, C-318/94, Jurispr. blz. I-1949, punt 13, en 2 juni 2005, Commissie/Griekenland, C-394/02, Jurispr. blz. I-4713, punt 33). Omdat anders richtlijn 93/36 haar nuttige werking wordt ontnomen, mogen de lidstaten dus niet bepalen dat gebruik mag worden gemaakt van de procedure van gunning via onderhandelingen in gevallen die niet in deze richtlijn zijn voorzien, of aan de gevallen die in de betrokken richtlijn uitdrukkelijk zijn voorzien nieuwe voorwaarden verbinden waardoor gebruikmaking van die procedure gemakkelijker wordt (zie in die zin arrest van 13 januari 2005, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 48).

58 Bovendien zij eraan herinnerd dat degene die zich op een afwijking wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (zie arrest van 10 maart 1987, Commissie/Italië, 199/85, Jurispr. blz. 1039, punt 14, en arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, punt 33).

59 In casu moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond waarom enkel de door Agusta vervaardigde helikopters de vereiste bijzondere technische kenmerken zouden hebben. Bovendien heeft zij enkel benadrukt wat de voordelen zijn van de interoperabiliteit van de door haar verschillende korpsen gebruikte helikopters. Zij heeft echter niet aangetoond in hoeverre een verandering van leverancier haar zou hebben gedwongen tot de aankoop van volgens een andere techniek vervaardigd materieel en dat dit tot incompatibiliteit of onevenredige technische moeilijkheden bij het gebruik of het onderhoud zou leiden.

60 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door gedurende lange tijd en tot op heden zonder enige oproep tot mededinging en met name zonder inachtneming van de procedures van richtlijn 93/36 en daarvóór van richtlijn 77/62, rechtstreeks bij Agusta opdrachten te plaatsen voor de aankoop van helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell ten behoeve van verschillende militaire en civiele korpsen van de Italiaanse Staat, de krachtens deze richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Kosten

61 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Italiaanse Republiek in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de verordening van de Commissie in de kosten worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart:

- 1) **Door gedurende lange tijd en tot op heden zonder enige oproep tot mededinging en met name zonder inachtneming van de procedures van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, en daarvóór van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd en aangevuld bij de richtlijnen 80/767/EEG van de Raad van 22 juli 1980 en 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988, rechtstreeks bij Agusta SpA opdrachten te plaatsen voor de aankoop van helikopters van de merken Agusta en Agusta Bell ten behoeve van verschillende militaire en civiele korpsen, is de Italiaanse Republiek de krachtens deze richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.**

- 2) **De Italiaanse Republiek wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen