Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 7 november 2024*

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/23/EU – Förfarande för tilldelning av koncessioner – Artikel 43 – Ändring av en pågående koncession utan att det öppnas upp för konkurrens – Motorvägskoncession – Morandi-brons kollaps i Genua (Italien) – Nationellt förfarande på grund av allvarlig underlåtenhet att underhålla och sköta motorvägsnätet – Nya skyldigheter för koncessionshavaren – Skyldighet för den upphandlande myndigheten att i förväg ta ställning till behovet av att anordna ett nytt tilldelningsförfarande – Den upphandlande myndighetens skyldighet att i förväg undersöka koncessionshavarens tillförlitlighet”

I mål C-683/22,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) genom beslut av den 19 oktober 2022, som inkom till domstolen den 4 november 2022, i målet

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari,

mot

Presidenza del Consiglio dei ministri,

Ministero dell’Economia e delle Finanze,

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili,

DIPE – Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,

Autorità di regolazione dei trasporti,

Corte dei Conti,

Avvocatura generale dello Stato,

ytterligare deltagare i rättegången:

Mundys SpA, tidigare Atlantia SpA,

Autostrade per l’Italia SpA,

* Rättegångsspråk: italienska.

Holding Reti Autostradali SpA,

meddelar

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden på fjärde avdelningen I. Jarukaitis, tillika tillförordnad ordförande på femte avdelningen, samt domarna D. Gratsias och E. Regan (referent),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren C. Di Bella,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 28 februari 2024,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari, genom D. Granara och D. Mazzola, avvocati,

– Mundys SpA, tidigare Atlantia SpA, genom D. Gallo, G. Vercillo och A. Zoppini, avvocati,

– Autostrade per l'Italia SpA, genom F. Anglani, M. Annoni, A. Cogoni, M. Merola och L. Torchia, avvocati,

– Holding Reti Autostradali SpA, genom A. Parini, I. Perego, A. Police, och G.M. Roberti, avvocati,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Caselli, S. Fiorentino och G. Galluzzo, avvocati dello Stato,

– Tysklands regering, genom J. Möller och P.-L. Krüger, båda i egenskap av ombud,

– Estlands regering, genom N. Grünberg, i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara och G. Wils, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 30 april 2024 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 38, 43 och 44 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (förening för skydd av användare av banktjänster och finansiella tjänster) (nedan kallad Adusbef), å ena sidan, och Presidenza del Consiglio dei ministri (premiärministerns kansli,

Italien), Ministero dell'Economia e delle Finanze (ekonomi- och finansministeriet, Italien), Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (ministeriet för infrastruktur och hållbar mobilitet, Italien), Dipartimento Programmazione e Coordinamento della Politica Economica (DIPE) (Departementet för program och samordning av den ekonomiska politiken, Italien), Autorità di regolazione dei trasporti (Transporttillsynsmyndigheten, Italien), Corte dei Conti (Revisionsrätten, Italien) och Avvocatura Generale dello Stato (Riksåklagarmyndigheten, Italien), å den andra sidan, angående lagenligheten av de ändringar som gjorts av den motorvägskoncession som Autostrade per l'Italia SpA (nedan kallat ASPI) innehar, med anledning av Morandi-brons kollaps i Genua (Italien) den 14 augusti 2018.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 Skälen 75 och 76 i direktiv 2014/23 har följande lydelse:

”(75) Koncessioner innefattar normalt långsiktiga och komplexa tekniska och finansiella arrangemang som ofta är föremål för ändrade omständigheter. Det är därför nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av en koncession under dess utförande kräver ett nytt koncessionstilldelningsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från [domstolen]. Ett nytt koncessionsförfarande krävs vid materiella ändringar av den ursprungliga koncessionen, särskilt i fråga om omfattningen och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla väsentliga koncessionsvillkor. …

(76) Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter kan ställas inför yttre omständigheter som de inte hade kunnat förutse när de tilldelade koncessionen, särskilt när utförandet av koncessionen sker under en längre tidsperiod. I sådana fall behövs det en viss flexibilitet för att koncessionen ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt tilldelningsförfarande. Begreppet oförutsebara omständigheter avser omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten har visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen med hänsyn till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper, god praxis på det berörda området samt behovet av att säkerställa ett lämpligt förhållande mellan de resurser som ägnas åt att förbereda kontraktstilldelningen och dess förutsebara värde. …”

4 I artikel 3 i direktivet, med rubriken ”Principen om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet”, föreskrivs följande:

”1. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

…

2 Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska sträva efter att säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet och vid kontraktets fullgörande, samtidigt som artikel 28 iakttas.”

5 I artikel 38 i direktivet, med rubriken ”Urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande”, föreskrivs följande:

”1. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska kontrollera villkoren för deltagande i fråga om anbudssökandenas och anbudsgivarnas yrkesmässiga och tekniska kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning, på grundval av egen försäkran eller referenser som ska lämnas in som bevis enligt kraven i koncessionsmeddelandet, vilka ska vara icke-diskriminerande och stå i proportion till föremålet för koncessionen. Villkoren för deltagande ska ha samband med och vara proportionerliga till behovet av att se till att koncessionshavaren har förmåga att utföra koncessionen, med hänsyn till föremålet för koncessionen och syftet att säkerställa verklig konkurrens.

…

7. Upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från koncessionstilldelningsförfarandet i någon av följande situationer:

…

c) Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas.

…

f) Om en ekonomisk aktör har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt en tidigare koncession eller ett tidigare kontrakt med en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet som definieras i detta direktiv eller i [Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243)] och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid, eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.

…

9. En ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 4 och 7 får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den berörda ekonomiska aktören inte uteslutas från förfarandet.

…”

6 Artikel 43 i direktiv 2014/23, med rubriken ”Ändring av kontrakt under löptiden”, har följande lydelse:

”1. Koncessioner får ändras utan ett nytt koncessionstilldelningsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

…

c) Om samtliga följande villkor är uppfyllda:
   i) Behovet av ändring har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet eller upphandlande enhet inte hade kunnat förutse.
   ii) Ändringen medför inte att koncessionens övergripande karaktär ändras.
   iii) För koncessioner som tilldelas av en upphandlande myndighet för bedrivande av en annan verksamhet än de verksamheter som avses i bilaga II får en värdeökning inte överstiga 50 % av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera successiva ändringar görs bör denna begränsning gälla för värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå detta direktiv.

d) Om den koncessionshavare som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat koncessionen byts ut mot en ny koncessionshavare, till följd av antingen
   i) en entydig ändringsklausul eller en option i överensstämmelse med led a,
   ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv, eller
   iii) att den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten själv tar på sig huvudkoncessionshavarens skyldigheter gentemot dennes underleverantörer om denna möjlighet föreligger enligt nationell lagstiftning.

e) Om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4.

Upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter som har ändrat en koncession i de fall som anges i leden b och c i denna punkt ska offentliggöra ett meddelande om detta i *Europeiska unionens officiella tidning*. Ett sådant meddelande ska innehålla de uppgifter som anges i bilaga XI och ska offentliggöras i enlighet med artikel 33.

2. Dessutom får koncessioner ändras, utan att någon kontroll behöver göras av att villkoren i punkt 4 a-d är uppfyllda, utan något nytt koncessionstilldelningsförfarande i enlighet med detta direktiv om värdet av ändringen är lägre än både

i) tröskelvärdet i artikel 8, och

ii) 10 % av den ursprungliga koncessionens värde.

Ändringen får dock inte medföra att koncessionens övergripande karaktär ändras. Om flera successiva ändringar görs ska värdet bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av dessa ändringar.

…

4. En ändring av en koncession under dess löptid ska anses vara väsentlig i den mening som avses i punkt 1 e om den innebär att koncessionen till sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks. Utan att det påverkar punkterna 1 och 2 ska en ändring i alla händelser anses vara väsentlig om ett eller flera av följande villkor är uppfyllt:

a) I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga koncessionstilldelningsförfarandet, skulle ha medfört att andra sökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i koncessionstilldelningsförfarandet.

b) Ändringen innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren på ett sätt som inte medgavs i den ursprungliga koncessionen.

c) Ändringen medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt.

d) Om den koncessionshavare som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat koncessionen byts ut mot en ny koncessionshavare i andra fall än de som avses i punkt 1 d.

5. Ett nytt koncessionstilldelningsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i en koncession under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2.”

7 I artikel 44 i direktivet, med rubriken ”Uppsägning av koncessioner”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter har möjlighet att enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt avsluta en koncession under dess löptid om ett eller flera av följande villkor är uppfyllt:

a) Koncessionen har varit föremål för en ändring som skulle ha krävt ett nytt koncessionstilldelningsförfarande enligt artikel 43.

b) Koncessionären befann sig vid koncessionstilldelningen i någon av de situationer som avses i artikel 38.4 och borde därför ha uteslutits från koncessionstilldelningsförfarandet.

c) [Domstolen] finner i ett förfarande i enlighet med artikel 258 [FEUF] att en medlemsstat har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt fördragen, genom att en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet som tillhör den medlemsstaten har tilldelat den berörda koncessionen utan att iaktta kraven enligt fördragen och detta direktiv.”

8 Enligt artikel 54 andra stycket i direktiv 2014/23 får direktivet inte tillämpas på tilldelning av koncessioner som omfattades av ett anbudsförfarande eller tilldelades före den 17 april 2014.

9 Bilaga XI till detta direktiv, med rubriken ”Information som ska finnas i meddelanden om ändringar av en koncession under löptiden i enlighet med artikel 43”, har följande lydelse:

”…

4. Beskrivning av koncessionen före och efter ändringen: byggentreprenadens och tjänsternas beskaffenhet och omfattning.

5. I förekommande fall, ändring av koncessionens värde, inklusive den pris- eller avgiftshöjning som orsakas av ändringen.

6. Beskrivning av de omständigheter som har gjort ändringen nödvändig.

…”

Italiensk rätt

10 Artikel 43 i decreto-legge n. 201 – Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il conti pubblici (lagdekret nr 201 om brådskande åtgärder för tillväxt, rättvisa och konsolidering av de offentliga räkenskaperna) av den 6 december 2011 (ordinarie tillägg nr 251 till GURI nr 284 av den 6 december 2011), omvandlat till lag, med ändringar, genom legge n. 214 (lag nr 214) av den 22 december 2011, i dess lydelse enligt artikel 16 i decreto-legge n. 109 (lagdekret nr 109) av den 28 september 2018, omvandlat till lag, med ändringar, genom legge n. 130 (lag nr 130) av den 16 november 2018, har följande lydelse:

”1. Uppdateringar eller revideringar av motorvägsavtal som löper vid tidpunkten för ikraftträdandet av detta dekret, när de medför ändringar i investeringsplanen eller ändringar av regleringsaspekter som syftar till att skydda de offentliga finanserna, ska översändas av [Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (infrastruktur- och transportministeriet, Italien)] till CIPE [Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Interministeriella kommittén för ekonomisk planering och hållbar utveckling), Italien)] efter att ha hört Transporttillsynsmyndigheten för de befogenheter som avses i artikel 37.2 g i fråga om identifiering av avgiftssystem, som efter samråd med [Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Rådgivande nämnden för genomförandet av riktlinjerna för reglering av allmännyttiga tjänster, Italien)] uttalar sig inom 30 dagar, och ska därefter godkännas genom ett dekret från infrastruktur- och transportministern, antaget i samråd med ekonomi- och finansministern, vilket ska offentliggöras inom 30 dagar från det att den koncessionsgivande myndigheten överlämnat avtalet.

2. Uppdateringar eller revideringar av motorvägsavtal som löper vid tidpunkten för ikraftträdandet av detta dekret och som inte medför sådana ändringar som avses i punkt 1 ska godkännas genom dekret av infrastruktur- och transportministern, vilket ska antas i samråd med ekonomi- och finansministern och antas inom trettio dagar från det att avtalet överlämnats av den koncessionsgivande myndigheten.

2a. I de fall som avses i punkterna 1 och 2, efter att ha hört trafiktillsynsmyndigheten, ska koncessionsgivaren övervaka tillämpningen av kriterierna för fastställande av tariffer, varvid det även ska beaktas hur långt genomförandet av de investeringar som redan har inkluderats i tarifferna faktiskt har fortskridit.

3. Uppdateringar eller revideringar av motorvägsavtalen, i de fall då förslag till tilläggsavtal redan har underställts CIPE för yttrande vid den tidpunkt då detta dekret träder i kraft, ska godkännas genom ett dekret av infrastruktur- och transportministern, antaget i samråd med ekonomi- och finansministern, som ska antas inom 30 dagar från det att avtalet överlämnats av den koncessionsgivande myndigheten.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11 Den 12 oktober 2007 undertecknade ASPI och Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Nationella autonoma bolaget för vägnätet, Italien) ”ett koncessionsavtal för ett antal motorvägssträckor”. Dessa motorvägssträckor avsåg över 2 800 km. Enligt artikel 4 i detta avtal upphör koncessionen att gälla den 31 december 2038. Den 1 oktober 2012 efterträdde ministeriet för infrastruktur och transporter det nationella autonoma bolaget för vägnätet som upphandlande myndighet.

12 Den 14 augusti 2018 kollapsade Morandi-bron i Genua, vilket ledde till att 43 personer avled. Bron var en del av Polcevera-viadukten på motorväg A10, vars drift sköts av ASPI. Den 16 augusti 2018 inledde ministeriet för infrastruktur och transporter ett förfarande mot ASPI om allvarlig försummelse av skyldigheterna att sköta underhåll och skötsel av motorvägsnätet.

13 Från och med den 10 juli 2019 hölls flera möten mellan ASPI, premiärministerns kansli, ekonomi- och finansministeriet och ministeriet för infrastruktur och hållbar mobilitet, i syfte att nå en förhandlingslösning på de pågående tvisterna rörande Morandi-brons kollaps.

14 Den 11 juli 2020 lade ASPI fram ett förslag till förhandlingslösning i vilket ASPI åtog sig att som ekonomisk ersättning betala ett belopp på 3 400 miljoner euro. Vidare åtog sig ASPI att skärpa säkerhetsstandarderna för det motorvägsnät som det beviljats koncession på och slutligen att tillsammans med sitt moderbolag, Mundys SpA, tidigare Atlantia Spa, överlåta kontrollen över ASPI till Cassa Depositi e Prestiti SpA och till investerare som sistnämnda bolag anser godtagbara.

15 På grundval av detta förslag ingick ASPI och ministeriet för infrastruktur och hållbar mobilitet den 14 oktober 2021 ett förlikningsavtal (nedan kallat förlikningsavtalet). I enlighet med det förfarande som föreskrivs i artikel 43 i lagdekret nr 201/2011, som anges i punkt 10 ovan, godkändes detta avtal genom CIPE:s beslut nr 75 av den 22 december 2021 och genom dekret nr 37 av den 22 februari 2022 som antogs av ministern för infrastruktur och hållbar mobilitet, i samråd med ekonomi- och finansministern.

16 Genom förlikningsavtalet avslutades det förfarande som hade inletts mot ASPI för allvarligt åsidosättande av skyldigheten att underhålla och sköta motorvägsnätet, utan att det formellt fastställdes att ASPI hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter.

17 Adusbef väckte talan vid Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), som är den hänskjutande domstolen, om ogiltigförklaring av de två rättsakter (ovan punkt 15) genom vilka förlikningsavtalet godkändes och mot flera rättsakter som sammanhänger med förlikningsavtalet.

18 Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande understrukit att den upphandlande myndigheten inte formellt har prövat huruvida ändringen av den motorvägskoncessionen som beviljats ASPI som ägde rum genom förlikningsavtalet är förenlig med bestämmelserna i direktiv 2014/23.

19 För det första kontrollerade den upphandlande myndigheten inte formellt huruvida ändringen av koncessionen uppfyllde villkoren i artikel 43.1 första stycket c i direktivet. Den hänskjutande domstolen anser i detta avseende att ett åsidosättande av koncessionshavarens underhållsskyldighet, vilket kan påverka trafiksäkerheten, inte kan anses utgöra en oförutsebar omständighet i den mening som avses i denna bestämmelse.

20 För det andra kontrollerade den upphandlande myndigheten inte heller huruvida den planerade ändringen kunde påverka ”koncessionens övergripande karaktär” i den mening som avses i artikel 43.1 första stycket c ii) i nämnda direktiv.

21 För det tredje påpekar den hänskjutande domstolen att Mundys, i enlighet med förlikningsavtalet, sålde 88 procent av ASPI:s aktiekapital till ett holdingbolag i vilket Cassa Depositi e Prestiti Equity är majoritetsaktieägare till 51 procent och i vilket två utländska fonder, Macquarie och Blackstone, var och en äger 24,5 procent. Den upphandlande myndigheten undersökte emellertid inte formellt huruvida denna ändring av aktieägarsammansättningen i ASPI krävde ett nytt koncessionstilldelningsförfarande, bland annat mot bakgrund av artikel 43.1 första stycket d i direktiv 2014/23.

22 För det fjärde vill den hänskjutande domstolen, mot bakgrund av artikel 38.7 f och artikel 38.9 i direktiv 2014/23, få klarhet i huruvida förlikningsavtalet, vilket ledde till att den aktuella motorvägskoncessionen fortsatte att gälla, borde ha föregåtts av en formell bedömning av ASPI:s tillförlitlighet till följd av att Morandi-brons kollaps. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att återuppbyggandet av Morandi-bron inte har anförtrotts ASPI, som däremot innehar koncessionen på bland annat driften av bron, utan utomstående företag.

23 För det femte, för det fall ett nytt koncessionstilldelningsförfarande borde ha anordnats och/eller den upphandlande myndigheten borde ha utvärderat koncessionshavarens tillförlitlighet innan förlikningsavtalet ingicks, har den hänskjutande domstolen bett EU-domstolen att uttala sig om tolkningen av artikel 44 i direktiv 2014/23, som reglerar den upphandlande myndighetens uppsägning av koncessioner. Den hänskjutande domstolen vill särskilt få klarhet i huruvida det enligt denna bestämmelse krävs att en pågående koncession sägs upp när en ändring har gjorts i strid med bestämmelserna i detta direktiv.

24 Mot denna bakgrund beslutade Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”[Mot bakgrund av] artiklarna 38, 43 och 44 i direktiv 2014/23:

1) Strider det mot unionsrätten att göra en tolkning av nationell lagstiftning som innebär att den upphandlande myndigheten får inleda ett förfarande om ändring av koncessionshavaren och föremålet för en pågående motorvägskoncession eller om omförhandling av denna koncession utan att bedöma och uttala sig om skyldigheten att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande?

2) Strider det mot unionsrätten att göra en tolkning av nationell lagstiftning som innebär att den upphandlande myndigheten får inleda ett förfarande för ändring av koncessionshavaren och föremålet för en pågående motorvägskoncession eller ett förfarande för omförhandling av denna koncession utan att bedöma huruvida en koncessionshavare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt avtalsbrott är tillförlitlig?

3) Föreskrivs det i unionsrätten att avtalsförhållandet ska sägas upp för det fall det visar sig att skyldigheten att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande har åsidosatts och/eller om innehavaren av en motorvägskoncession inte är tillförlitlig?”

Förfarandet vid domstolen

25 Den hänskjutande domstolen har med hänvisning till att det nationella målet är av stor betydelse på nationell nivå begärt att EU-domstolen ska tillämpa förfarandet för skyndsam handläggning av mål om förhandsavgörande enligt artikel 105 i domstolens rättegångsregler.

26 Genom beslut av den 15 december 2022 avslog domstolens ordförande, efter att ha hört referenten och generaladvokaten, denna begäran.

27 Domstolen erinrar om att det förfarande för skyndsam handläggning som föreskrivs i artikel 105.1 i rättegångsreglerna utgör ett processrättsligt instrument som är avsett att hantera högst trängande fall (dom av den 28 april 2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

28 I förevarande fall framgår det inte av de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat i sin begäran om förhandsavgörande, bland annat till stöd för sin ansökan om skyndsam handläggning, att det på grund av målets beskaffenhet är nödvändigt att undantagsvis handlägga det skyndsamt enligt artikel 105.1 i rättegångsreglerna.

29 I synnerhet kan inte enbart det faktum att det nationella målet är av ekonomiskt eller socialt känslig karaktär ligga till grund för behovet av en skyndsam handläggning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 2022, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Heltäckande sjukförsäkring), C-247/20, EU:C:2022:177, punkt 45).

Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

30 Mundys, ASPI, Holding Reti Autostradali SpA och den italienska regeringen har gjort gällande att begäran om förhandsavgörande ska avvisas i sin helhet.

31 Mundys har för det första gjort gällande att direktiv 2014/23 av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) inte är tillämpligt på den koncession som är aktuell i det nationella målet, vilken tilldelades den 11 oktober 2007. Enligt artikel 54 andra stycket i direktivet är det inte är tillämpligt på tilldelning av koncessioner som omfattades av ett anbudsförfarande eller tilldelades före den 17 april 2014.

32 Det ska i detta hänseende erinras om att den unionslagstiftning som ska ligga till grund för bedömningen av en ändring, i händelse av en väsentlig ändring av ett koncessionsavtal, är den som var i kraft det datum då ändringen görs, oaktat den omständigheten att det ursprungliga koncessionsavtalet ingicks innan de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna trädde i kraft (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl., C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 28).

33 I förevarande fall ska den hänskjutande domstolen bland annat fastställa huruvida de ändringar som gjordes genom förlikningsavtalet, vilket ingicks den 14 oktober 2021, det vill säga efter ikraftträdandet av direktiv 2014/23, ska anses vara väsentliga i förhållande till det ursprungliga koncessionsavtalet.

34 Av detta följer att frågan i det nationella målet huruvida förlikningsavtalet innebar väsentliga ändringar av det ursprungliga koncessionsavtalet ska bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv 2014/23.

35 Mundys, ASPI, Holding Reti Autostradali och den italienska regeringen har för det andra gjort gällande att begäran om förhandsavgörande ska avvisas dels på grund av att de frågor som ställts är hypotetiska, dels på grund av att det saknas tillräckliga uppgifter om de faktiska omständigheterna i det nationella målet och om tillämpliga nationella bestämmelser.

36 EU-domstolen erinrar om att det av fast rättspraxis framgår att inom ramen för det samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som införts genom artikel 267 FEUF, ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten (dom av den 21 mars 2023, Mercedes-Benz Group (Tillverkares ansvar för fordon som är utrustade med manipulationsanordningar), C-100/21, EU:C:2023:229, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

37 Frågor om tolkningen av unionsrätten presumeras således vara relevanta. En tolkningsfråga från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågeställningen är hypotetisk eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 21 mars 2023, Mercedes-Benz Group (Tillverkares ansvar för fordon som är utrustade med manipulationsanordningar), C-100/21, EU:C:2023:229, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

38 EU-domstolen har upprepade gånger understrukit att det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF utgör ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om unionsrättens tolkning som de behöver för att kunna avgöra de mål som de ska pröva. En begäran om förhandsavgörande är inte till för att möjliggöra rådgivande yttranden i generella eller hypotetiska frågor, utan för att tillgodose behov knutna till det faktiska avgörandet av ett mål (dom av den 9 januari 2024, G. m.fl. (Utnämning av domare vid allmänna domstolar i Polen), C-181/21 och C-269/21, EU:C:2024:1, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

39 Såsom framgår av själva ordalydelsen i artikel 267 FEUF ska det begärda förhandsavgörandet vara ”nödvändigt” för att den hänskjutande domstolen ska kunna ”döma i saken” i det mål som är anhängigt vid den (dom av den 9 januari 2024, G. m.fl. (Utnämning av domare vid allmänna domstolar i Polen), C-181/21 och C-269/21, EU:C:2024:1, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

40 I förevarande fall omfattas den första och den andra frågan som ställts av den hänskjutande domstolen inte av de i ovan i punkt 37 angivna situationerna som innebär att presumtionen att en tolkningsfråga är relevant kan brytas. Den tolkning av unionsrätten som begärts inom ramen för dessa frågor, vilken syftar till att få klarhet i huruvida ändringen av ASPI:s motorvägskoncession som gjordes efter Morandi-brons kollaps är förenlig med bestämmelserna i direktiv 2014/23, har nämligen ett direkt samband med saken i det nationella målet, eftersom talan har väckts vid den hänskjutande domstolen angående ogiltigförklaring av förlikningsavtalet.

41 Så är däremot inte fallet med den hänskjutande domstolens tredje fråga, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 89 och 90 i sitt förslag till avgörande.

42 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida det i artikel 44 i direktiv 2014/23 föreskrivs en skyldighet att säga upp en pågående koncession när en ändring av koncessionen har gjorts i strid med antingen skyldigheten att anordna ett nytt tilldelningsförfarande eller den eventuella skyldigheten att undersöka koncessionshavarens tillförlitlighet.

43 Enligt artikel 44 i direktivet ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att säga upp en koncession under dess löptid om en ändring av koncessionen har ägt rum utan att det, i strid med artikel 43.5 i direktivet, har anordnats ett nytt tilldelningsförfarande, eller om koncessionshavaren borde ha uteslutits från koncessionstilldelningsförfarandet i enlighet med artikel 38.4 i samma direktiv.

44 I förevarande fall framgår det av begäran om förhandsavgörande och av de yttranden som inkommit till EU-domstolen att den hänskjutande domstolen har att pröva en talan om ogiltigförklaring som väckts av Adusbef, en konsumentorganisation. Talan riktar sig mot de rättsakter genom vilka förlikningsavtalet godkändes och mot flera rättsakter som har samband med detta avtal.

45 Det finns således inget i handlingarna i målet som tyder på att den hänskjutande domstolen ska pröva en eventuell uppsägning från den upphandlande myndighetens sida av ASPI:s motorvägskoncession med tillämpning av artikel 44 i direktiv 2014/23.

46 Domstolen konstaterar vidare dels att beslutet om hänskjutande inte innehåller någon hänvisning till rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395,1989, s. 33), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31), dels att de förklaringar som den hänskjutande domstolen har lämnat inte gör det möjligt att med erforderlig precision identifiera de bestämmelser i det direktivet som, i förekommande fall, skulle kunna vara relevanta för att besvara den tredje frågan.

47 Av detta följer att den tredje frågan, i enlighet med den fasta rättspraxis som det erinrats om ovan i punkterna 38 och 39 i förevarande dom, inte kan tas upp till prövning.

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

48 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2014/23 ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får genomföra ändringar av en koncession under dess löptid, vilka avser själva koncessionshavaren och föremålet för koncessionen, utan att anordna ett nytt förfarande för koncessionstilldelning och utan att ange skälen till varför den anser att den inte är skyldig att anordna ett sådant förfarande.

49 Det ska påpekas att ändringar av pågående koncessionsavtal regleras i artikel 43 i direktiv 2014/23.

50 Det är således mot bakgrund av bestämmelserna i denna artikel som den första frågan ska besvaras.

51 Domstolen har redan haft tillfälle att precisera att nämnda artikel innebär en uttömmande harmonisering av dels de fall då koncessionerna kan ändras utan att något nytt förfarande för koncessionstilldelning i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv är nödvändigt, dels de fall då det krävs ett sådant förfarande vid ändring av koncessionsvillkoren (dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl., C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 31).

52 Enligt artikel 43.5 i direktiv 2014/23 kräver varje ändring av bestämmelserna i en koncession under dess löptid i princip att ett nytt tilldelningsförfarande anordnas, med undantag för de ändringar som avses i artikel 43.1 och 43.2 i direktivet.

53 Av det ovan anförda följer att artikel 43.1 och 43.2 i direktivet innehåller en uttömmande uppräkning av de fall i vilka en pågående koncession kan ändras utan att det anordnas ett nytt tilldelningsförfarande.

54 I förevarande fall är det utrett att Morandi-brons kollaps den 14 augusti 2018 ledde till att den motorvägskoncession som beviljats ASPI ändrades genom förlikningsavtalet den 14 oktober 2021 utan att något nytt koncessionstilldelningsförfarande anordnades.

55 Domstolen erinrar emellertid om att det i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, som grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, är den nationella domstolen som är ensam behörig att fastställa och bedöma omständigheterna i det nationella målet samt att tolka och tillämpa nationell rätt (dom av den 24 juli 2023, Lin, C-107/23 PPU, EU:C:2023:606, punkt 76).

56 Det ankommer följaktligen inte på EU-domstolen, utan uteslutande på den nationella domstolen, att mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter bedöma huruvida var och en av de ändringar som förlikningsavtalet innebar för ASPI:s motorvägskoncession omfattas av något av de fall som avses i artikel 43.1 och 43.2 i direktiv 2014/23. I förekommande fall kan det härav följa att nämnda ändringar kunde göras utan att ett nytt koncessionstilldelningsförfarande anordnades.

57 Om den nationella domstolen däremot finner att en eller flera av dessa ändringar inte omfattas av något av de fall som avses i artikel 43.1 och 43.2 i direktivet, måste den konstatera att den eller de aktuella ändringarna har genomförts i strid med skyldigheten enligt artikel 43.5 i direktivet att anordna ett nytt koncessionstilldelningsförfarande.

58 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen och de parter som inkommit med yttranden till EU-domstolen tagit upp möjligheten att de ändringar som görs genom förlikningsavtalet omfattas av bestämmelserna i artikel 43.1 första stycket c, d eller e i direktiv 2014/23. EU-domstolen ska i detta avseende tillhandahålla den hänskjutande domstolen de uppgifter om unionsrättens tolkning som är relevanta för att den ska kunna avgöra det nationella målet.

59 Enligt artikel 43.1 första stycket c i detta direktiv kan en koncession under dess löptid ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande, under förutsättning bland annat att ändringen blir nödvändig på grund av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse och att den inte ändrar koncessionens övergripande karaktär.

60 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida denna bestämmelse är tillämplig i en situation där ändringen av den pågående koncessionen har blivit nödvändig på grund av koncessionshavarens avtalsbrott, vilket i förevarande fall består i ett allvarligt åsidosättande av skyldigheten att underhålla det motorvägsnät som ASPI har anförtrotts att driva.

61 Det ankommer uteslutande på den nationella domstolen att, under de omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen, bedöma huruvida koncessionshavaren har gjort sig skyldig till ett sådant avtalsbrott och, i förekommande fall, huruvida det föreligger ett orsakssamband mellan fördragsbrottet och ändringen av den pågående koncessionen.

62 Det framgår emellertid av skäl 75 i direktiv 2014/23 att koncessionsavtal i allmänhet inbegriper långsiktiga och komplexa tekniska och finansiella arrangemang som ofta är föremål för ändrade omständigheter. Unionslagstiftaren har därför ansett det nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av en koncession under dess utförande kräver ett nytt koncessionstilldelningsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från domstolen.

63 Vidare framgår det av skäl 76 i direktiv 2014/23 att syftet med artikel 43.1 första stycket c i direktivet är att ge upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ett visst handlingsutrymme för att kunna anpassa koncessionen till yttre omständigheter som de inte kunde förutse vid tidpunkten för tilldelningen av koncessionen.

64 Ett avtalsbrott från koncessionshavarens sida kan emellertid inte i sig anses utgöra en omständighet som en omdömesgill upphandlande myndighet inte hade kunde förutse, i den mening som avses i artikel 43.1 första stycket c i direktiv 2014/23. Med hänsyn till syftet med denna bestämmelse, såsom detta framgår av skäl 76 i direktivet, kan den omständigheten att koncessionshavaren underlåter att fullgöra sina avtalsenliga skyldigheter följaktligen inte motivera en ändring av en koncession under dess löptid utan att förfarandet öppnas för konkurrens.

65 Vad därefter gäller artikel 43.1 första stycket d i direktiv 2014/23 anger denna bestämmelse de villkor på vilka en ny koncessionshavare kan ersätta den ursprungliga koncessionshavaren utan att det är nödvändigt att anordna ett nytt tilldelningsförfarande.

66 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida denna bestämmelse är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet, med hänsyn till att förlikningsavtalet medförde en förändring av koncessionshavarens, det vill säga ASPI:s, aktieägarkrets, såsom beskrivs i punkt 21 ovan, och medförde en varaktig förändring av kontrollen över ASPI.

67 I detta avseende kan en ändring av i koncessionshavarens aktieägarsammansättning inte i sig anses utgöra en ändring av själva koncessionen i den mening som avses i artikel 43.5 i direktiv 2014/23.

68 Mer specifikt innebär överlåtelser av andelar i koncessionshavarens aktiekapital, oavsett om det sker till nya aktieägare eller befintliga aktieägare, inte att den ursprungliga koncessionshavaren ersätts med en ny koncessionshavare, vilket är det fall som avses i artikel 43.1 första stycket d i direktivet. En sådan överlåtelse innebär nämligen endast ändringar i koncessionshavarens sammansättning eller ändringar av fördelningen av aktiekapitalet inom koncessionshavaren.

69 I den mån ändringarna av koncessionshavarens aktiekapital inte ändrar koncessionen i den mening som avses i artikel 43.5 i direktiv 2014/23, kräver inte ändringarna att det anordnas ett nytt tilldelningsförfarande.

70 Slutligen följer det av artikel 43.1 första stycket e i direktiv 2014/23, jämförd med artikel 43.4 i samma direktiv, att ändringar som inte är ”väsentliga” inte behöver bli föremål för ett nytt tilldelningsförfarande. En ändring ska anses vara ”väsentlig” om den innebär att koncessionen till

sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks. I skäl 75 i direktivet preciseras att sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla väsentliga koncessionsvillkor.

71 I enlighet med den fasta rättspraxis som det erinrats om ovan i punkt 55 ankommer det uteslutande på den nationella domstolen att bedöma huruvida de ändringar som gjorts genom förlikningsavtalet, vars innehåll har sammanfattats ovan i punkt 14, är av ”väsentlig” art i den mening som avses i de ovannämnda bestämmelserna.

72 Det ska i detta avseende preciseras att de nya skyldigheter som åläggs koncessionshavaren, såsom betalning av en ekonomisk ersättning eller skärpning av säkerhetsnormerna för det motorvägsnät som koncessionen avser, inte omfattas av presumtionen i artikel 43.4 b i direktivet, enligt vilken ändringar som ändrar den ekonomiska jämvikten i koncessionen till förmån för koncessionshavaren alltid ska betraktas som väsentliga.

73 Det framgår av de förklaringar som den hänskjutande domstolen har lämnat att den även vill få klarhet i vilka formella krav som den upphandlande myndigheten måste iaktta vid en ändring av en pågående koncession, såsom de ändringar som föreskrivs i det förlikningsavtal som är föremål för tvisten i det nationella målet. Det ska i detta avseende göras åtskillnad mellan två typfall beroende på om de aktuella ändringarna måste bli föremål för ett nytt tilldelningsförfarande enligt artikel 43 i direktiv 2014/23 eller inte, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

74 Om den planerade ändringen inte omfattas av någon av de situationer som avses i artikel 43.1 och 43.2 i direktivet, vilket innebär att ändringen måste bli föremål för ett nytt tilldelningsförfarande, ska samtliga formella krav i avdelning II i direktivet iakttas, särskilt offentliggörandet av ett koncessionsmeddelande i enlighet med artikel 31 i samma direktiv.

75 I annat fall, det vill säga när ändringen av en pågående koncession inte kräver något nytt tilldelningsförfarande, är de formella kraven i avdelning II i det direktivet inte tillämpliga.

76 I ett sådant fall föreskrivs emellertid i artikel 43.1 andra stycket i direktiv 2014/23 att ett meddelande om ändring i vissa fall ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* i enlighet med artikel 33 i direktivet. Meddelandet ska innehålla de uppgifter som anges i bilaga XI till direktivet.

77 Enligt artikel 43.1 andra stycket i direktiv 2014/23 omfattar denna skyldighet att offentliggöra ett meddelande om ändring inte alla ändringar som får göras utan att anordna ett nytt tilldelningsförfarande, utan endast de ändringar som avses i artikel 43.1 första stycket b och c i direktivet.

78 Detta meddelande om ändring ska dessutom offentliggöras efter den planerade ändringen och inte före ändringen. Ordalydelsen i artikel 43.1 andra stycket i nämnda direktiv avser nämligen på ett entydigt sätt de upphandlande myndigheter ”som har ändrat” en koncession under dess löptid.

79 Efter detta klargörande ska det även erinras om att enligt fast rättspraxis ska den upphandlande myndigheten iaktta den allmänna unionsrättsliga principen om god förvaltningssed. Medlemsstaterna ska iaktta denna princip när de genomför unionsrätten. Bland de krav som följer av denna princip är skyldigheten att motivera de beslut som de nationella myndigheterna

antar av särskild betydelse, eftersom den gör det möjligt för dem som besluten riktar sig till att tillvarata sina rättigheter och att, med kännedom om samtliga omständigheter, avgöra om det finns anledning att överklaga besluten (dom av den 21 december 2023, Infraestruturas de Portugal och Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, punkt 87).

80 Denna motiveringsskyldighet, som åligger de upphandlande myndigheterna, följer även av de upphandlande myndigheternas skyldighet att säkerställa öppenhet i såväl tilldelningsförfarandet som koncessionsavtalets utförande, i enlighet med artikel 3.2 i direktiv 2014/23.

81 När det gäller bestämmelserna i artikel 43.1 och 43.2 i direktivet ska denna motiveringsskyldighet särskilt göra det möjligt för andra personer än koncessionshavaren att få kännedom om skälen till att den upphandlande myndigheten ansåg att den pågående koncessionen kunde ändras utan att anordna ett nytt tilldelningsförfarande.

82 Denna motivering ska i praktiken göra det möjligt för alla berörda att utan svårighet identifiera skälen till varför den upphandlande myndigheten ansåg att den inte var skyldig att anordna ett nytt koncessionstilldelningsförfarande med tillämpning av de relevanta bestämmelserna i artikel 43.1 och 43.2 i direktiv 2014/23 och/eller de nationella bestämmelser genom vilka dessa bestämmelser har införlivats.

83 Utan en sådan motivering kan nämligen de personer som kan ha ett berättigat intresse av att få ett sådant beslut prövat, särskilt de som kan lida skada av beslutet, inte med full kännedom om omständigheterna bedöma huruvida det är lämpligt att överklaga nämnda beslut.

84 Med hänsyn till omständigheterna i det nationella målet ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida motiveringsskyldigheten iakttogs i de beslut genom vilka ändringen fastställdes beträffande den motorvägskoncession som beviljats ASPI.

85 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 43 i direktiv 2014/23, jämförd med den allmänna principen om god förvaltningssed, ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får genomföra ändringar av en koncession under dess löptid, vilka avser själva koncessionshavaren och föremålet för koncessionen, utan att anordna ett nytt förfarande för koncessionstilldelning, under förutsättning att ändringen inte omfattas av artikel 43.5 i direktivet och att den upphandlande myndigheten har redogjort för skälen till varför den inte ansåg sig vara skyldig att anordna ett sådant förfarande.

Den andra frågan

86 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2014/23 ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får genomföra ändringar av en koncession under dess löptid utan att ha bedömt koncessionshavarens tillförlitlighet under sådana omständigheter där koncessionshavaren har gjort sig skyldig till eller misstänks ha gjort sig skyldig till ett allvarligt avtalsbrott.

87 Vad inledningsvis gäller ASPI:s, Mundys och den italienska regeringens uppgifter om att koncessionshavarens avtalsbrott inte har fastställts officiellt i förevarande fall, ska det erinras om att den nationella domstolen är ensam behörig att fastställa och bedöma de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

88 Den hänskjutande domstolens andra fråga avser uttryckligen bedömningen av tillförlitligheten vad gäller ”en koncessionshavare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt avtalsbrott”. Domstolen kommer därför att pröva denna fråga utifrån denna faktiska premiss.

89 I enlighet med vad som angetts ovan i punkt 73 ska det göras åtskillnad mellan två typfall beroende på om ändringarna av den pågående koncessionen måste bli föremål för ett nytt tilldelningsförfarande i enlighet med artikel 43 i direktiv 2014/23 eller inte, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

90 För det första, om den planerade ändringen inte omfattas av någon av de situationer som avses i artikel 43.1 och 43.2 i direktiv 2014/23, vilket innebär att denna ändring måste bli föremål för ett nytt tilldelningsförfarande i enlighet med artikel 43.5 i direktivet, ska samtliga krav i avdelning II i samma direktiv iakttas.

91 Bland dessa krav återfinns bland annat de krav som rör urval och kvalitetsbedömning av den sökande, vilka räknas upp i artikel 38 i direktiv 2014/23.

92 Enligt artikel 38.1 i direktivet ska villkoren för deltagande, som bland annat avser yrkesmässig och teknisk kapacitet, ha samband med och vara proportionerliga till behovet av att se till att koncessionshavaren har förmåga att utföra koncessionen, med hänsyn till föremålet för koncessionen och syftet att säkerställa verklig konkurrens.

93 I likhet med artikel 57.4 första stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), vars bestämmelser i huvudsak motsvarar bestämmelserna i artikel 38.7 i direktiv 2014/23, är den upphandlande myndighetens möjlighet, eller till och med skyldighet, att tillämpa de skäl för uteslutning som anges i sistnämnda bestämmelse särskilt avsedd att göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att bedöma redbarheten och tillförlitligheten hos var och en av de ekonomiska aktörer som deltar i ett koncessionstilldelningsförfarande (se, analogt, dom av den 21 december 2023, Infraestruturas de Portugal och Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, punkt 56).

94 Unionslagstiftaren har således avsett att säkerställa att de upphandlande myndigheterna i samtliga medlemsstater har möjlighet att utesluta ekonomiska aktörer som de anser opålitliga (se, analogt, dom av den 21 december 2023, Infraestruturas de Portugal och Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, EU:C:2023:1016, punkt 57).

95 I artikel 38.7 c i direktiv 2014/23 föreskrivs särskilt att upphandlande myndigheter får utesluta eller åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör om det på något lämpligt sätt har visats att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas. Domstolen har redan haft tillfälle att precisera att begreppet ”fel i yrkesutövningen”, vilket omfattar varje felaktigt handlande som inverkar på den ekonomiska aktörens trovärdighet, redbarhet eller yrkesmässiga pålitlighet, ska tolkas extensivt (se, analogt, dom av den 15 september 2022, J. Sch.Omnibusunternehmen och K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, punkt 45).

96 Även om artikel 38.7 i direktivet innehåller en uttömmande uppräkning av de fakultativa skäl för uteslutning som kan motivera att en ekonomisk aktör utesluts från att delta i ett koncessionstilldelningsförfarande av skäl som grundar sig på objektiva omständigheter som rör den ekonomiska aktörens yrkesmässiga kvalifikationer (se, analogt, dom av den

15 september 2022, J. Sch.Omnibusunternehmen och K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, punkt 54, finns det inget som hindrar den upphandlande myndigheten från att ställa särskilt höga krav på koncessionshavarnas lämplighet och tillförlitlighet (se, analogt, dom av den 7 september 2023, kommissionen/Polen, C-601/21, EU:C:2023:629, punkt 92).

97 Av detta följer att den upphandlande myndigheten, innan den ändrar en koncession som kräver att ett nytt tilldelningsförfarande genomförs enligt artikel 43.5 i nämnda direktiv, är skyldig att pröva anbudssökandenas tillförlitlighet i enlighet med bestämmelserna i artikel 38 i detta direktiv.

98 För det andra, för det fall ändringen inte måste bli föremål för ett nytt tilldelningsförfarande på grund av att den omfattas av något av de fall som anges i artikel 43.1 och 43.2 i direktiv 2014/23, konstaterar domstolen att den enda bestämmelse som föreskriver en skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera koncessionshavarens tillförlitlighet återfinns i artikel 43.1 första stycket d ii) i direktivet.

99 I sistnämnda bestämmelse föreskrivs att om en ny koncessionshavare ersätter den ursprungliga koncessionshavaren och helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, måste den nya koncessionshavaren uppfylla de kvalitativa urvalskriterier som ursprungligen fastställts.

100 Av de skäl som anges i punkterna 65–69 ovan, och med förbehåll för den prövning av de faktiska omständigheterna som det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra, förefaller det emellertid inte som om artikel 43.1 första stycket d i direktiv 2014/23 är tillämplig under de omständigheter som är aktuella i det nationella målet, vilka kännetecknas av en förändring i koncessionshavarens, det vill säga ASPI:s, aktieägarkrets.

101 Det finns ingen annan bestämmelse i artikel 43 i direktivet, vilken uttömmande reglerar de fall då en koncession kan ändras utan att ett nytt tilldelningsförfarande anordnas, som föreskriver en skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera koncessionshavarens tillförlitlighet.

102 Även om det enligt artikel 44 i direktiv 2014/23 anges tre fall när medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva en möjlighet för den upphandlande myndigheten att säga upp den pågående koncessionen, bland annat enligt 44 a i direktivet när ändringen av koncessionen borde ha blivit föremål för ett nytt tilldelningsförfarande, anges varken i denna artikel eller i någon annan bestämmelse i direktivet vilka skyldigheter medlemsstaterna ska föreskriva för den upphandlande myndigheten för det fall koncessionshavaren inte fullgör sina skyldigheter enligt koncessionsavtalet.

103 I avsaknad av harmonisering på unionsnivå ankommer det på varje medlemsstat att fastställa regler som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att agera när koncessionshavaren har gjort sig skyldig till eller misstänks ha gjort sig skyldig till ett allvarligt avtalsbrott, varvid koncessionshavarens tillförlitlighet ifrågasätts, under utförandet av koncessionen.

104 Mot bakgrund av det ovanstående ska den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 43 i direktiv 2014/23 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får genomföra ändringar av en koncession under dess löptid utan att ha bedömt koncessionshavarens tillförlitlighet, när ändringen inte omfattas av vare sig artikel 43.1 första stycket d ii eller artikel 43.5 i detta direktiv. Det ankommer på varje medlemsstat att fastställa regler som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att

agera när koncessionshavaren har gjort sig skyldig till eller misstänks ha gjort sig skyldig till ett allvarligt avtalsbrott, varvid koncessionshavarens tillförlitlighet ifrågasätts, under utförandet av koncessionen.

Rättegångskostnader

105 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

1) **Artikel 43 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, jämförd med den allmänna principen om god förvaltningssed,**

   ska tolkas så,

   att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får genomföra ändringar av en koncession under dess löptid, vilka avser själva koncessionshavaren och föremålet för koncessionen, utan att anordna ett nytt förfarande för koncessionstilldelning, under förutsättning att ändringen inte omfattas av artikel 43.5 i direktivet och att den upphandlande myndigheten har redogjort för skälen till varför den inte ansåg sig vara skyldig att anordna ett sådant förfarande.

2) **Artikel 43 i direktiv 2014/23**

   ska tolkas så,

   att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten får genomföra ändringar av en koncession under dess löptid utan att ha bedömt koncessionshavarens tillförlitlighet, när ändringen inte omfattas av vare sig artikel 43.1 första stycket d ii eller artikel 43.5 i detta direktiv. Det ankommer på varje medlemsstat att fastställa regler som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att agera när koncessionshavaren har gjort sig skyldig till eller misstänks ha gjort sig skyldig till ett allvarligt avtalsbrott, varvid koncessionshavarens tillförlitlighet ifrågasätts, under utförandet av koncessionen.

Underskrifter