Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 30 april 2024[1]

Zaak C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
tegen
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 dello Stato,
in tegenwoordigheid van:
Mundys SpA, voorheen Atlantia SpA,
Autostrade per l'Italia SpA,
Holding Reti Autostradali SpA

[verzoek van de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Concessie voor het beheer van autosnelwegen – Ernstige niet-nakoming van de verplichtingen inzake onderhoud en instandhouding – Richtlijn 2014/23/EU – Artikel 43 – Wijziging van de concessie – Voortzetting van de concessie door de eerdere concessiehouder – Beoordeling van de noodzaak om een nieuwe gunningsprocedure te organiseren – Motivering van het besluit – Wezenlijk karakter van de wijzigingen – Beoordeling van de betrouwbaarheid van de concessiehouder in de procedure tot wijziging van de concessie – Artikel 44 – Beëindiging van de concessie – Ontbreken van een gunningsprocedure – Onbetrouwbaarheid van de concessiehouder"

1. Op 14 augustus 2018 is de zogenoemde „Morandi-brug", het Polcevera-viaduct van de autosnelweg A10 bij Genua, Italië, gedeeltelijk ingestort. De concessiehouder van de autosnelweg was op dat moment Autostrade per l'Italia SpA (hierna: „ASPI").

2. De nationale autoriteiten hebben een onderzoek ingesteld naar de aansprakelijkheid van ASPI wegens ernstige niet-nakoming van haar verplichtingen inzake onderhoud en instandhouding van het autosnelwegennet waarvoor zij verantwoordelijk was.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

3. Dat onderzoek is uitgemond in een *accordo transattivo* (hierna: „schikkingsovereenkomst") tussen ASPI en de Italiaanse autoriteiten, gevolgd door een *III atto aggiuntivo* (hierna: „derde addendum"), dat is ondertekend door dezelfde partijen en is opgenomen in de oorspronkelijke concessieovereenkomst. Bij die twee handelingen zijn de clausules van de concessie gewijzigd zonder dat een nieuwe gunningsprocedure is uitgeschreven.

4. Een consumentenvereniging is tegen deze handelingen en andere daarmee verband houdende handelingen opgekomen voor een Italiaanse rechter, die zich tot het Hof heeft gewend met vragen over de uitlegging van het Unierecht inzake de wijziging (en eventuele beëindiging) van concessieovereenkomsten die worden beheerst door richtlijn 2014/23/EU. [2]

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht – richtlijn 2014/23

5. In artikel 3 („Beginsel van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie") wordt bepaald:

„1. Aanbestedende diensten en aanbestedende instanties behandelen ondernemers op gelijke wijze zonder te discrimineren, en handelen op transparante en evenredige wijze.

[...]

2. Aanbestedende diensten en aanbestedende instanties streven ernaar de transparantie van de gunningsprocedure en van de uitvoering van de overeenkomst te waarborgen, [...]."

6. Artikel 38 („Selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden") schrijft voor:

„[...]

7. De aanbestedende diensten of aanbestedende instanties kunnen elke ondernemer van deelname aan een concessiegunningsprocedure uitsluiten, of daartoe door een lidstaat worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

[...]

c) indien de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

f) indien de ondernemer blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere concessie of een eerdere overeenkomst met een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie zoals gedefinieerd in deze richtlijn of in richtlijn 2014/25/EU en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere overeenkomst, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

[...]"

7. Artikel 43 („Wijziging van overeenkomsten gedurende de looptijd") bepaalt:

„1. Concessies kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen:

a) wanneer de oorspronkelijke concessiedocumenten duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, met inbegrip van waardeherzieningsclausules, of opties bevatten die voorzien in die wijzigingen, ongeacht hun monetaire waarde. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algehele aard van de concessie zouden veranderen;

[...]

c) indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

   i) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien;

   ii) de wijziging verandert de algehele aard van de concessie niet;

   iii) in het geval van concessies die door de aanbestedende dienst worden gegund met het oog op andere dan de in bijlage II bedoelde activiteiten, kan een waardeverhoging niet meer bedragen dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke concessie. In het geval van verscheidene achtereenvolgende wijzigingen geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Achtereenvolgende wijzigingen mogen niet ten doel hebben de richtlijn te omzeilen[;]

d) indien de concessiehouder aan wie de concessie aanvankelijk door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie was gegund, wordt vervangen als gevolg van:

   i) een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie overeenkomstig punt a);

   ii) rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de oorspronkelijke concessiehouder, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, met inbegrip van overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de overeenkomst meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen, of

iii) het op zich nemen van de verplichtingen van de hoofdconcessiehouder ten aanzien van zijn onderaannemers door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie zelf, indien de nationale wetgeving in die mogelijkheid voorziet;

e) indien de wijzigingen, ongeacht hun waarde, niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4.

Aanbestedende diensten of aanbestedende instanties die in de onder de punten b) en c) van dit lid genoemde gevallen een concessie hebben gewijzigd, maken een daartoe strekkende aankondiging bekend in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Een dergelijke aankondiging bevat de in bijlage XI omschreven informatie en wordt gepubliceerd overeenkomstig artikel 33[.]

2. Concessies kunnen zonder toetsing aan de voorwaarden van de punten a) tot en met d) van lid 4 en zonder nieuwe concessieprocedure overeenkomstig deze richtlijn eveneens worden gewijzigd indien de waarde van de wijziging beneden beide volgende waarden blijft:

i) de drempel bepaald in artikel 8, en

ii) 10 % van de waarde van de oorspronkelijke concessie.

De wijziging mag de algehele aard van de concessie niet wijzigen. In het geval van verscheidene opeenvolgende wijzigingen wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.

[...]

4. Een wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan wordt wezenlijk geacht in de zin van lid 1, onder e), wanneer de concessie hierdoor materieel komt te verschillen van de oorspronkelijke concessie. Behoudens leden 1 en 2 wordt een wijziging in elk geval geacht wezenlijk te zijn wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke concessiegunningsprocedure, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde inschrijvers en de aanvaarding van een andere inschrijving dan het oorspronkelijk aanvaarde mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de concessiegunningsprocedure zouden hebben aangetrokken;

b) de wijziging verandert het economische evenwicht van de concessie ten gunste van de concessiehouder op een wijze die niet was voorzien in de oorspronkelijke concessie;

c) de wijziging verruimt de reikwijdte van de concessie in aanzienlijke mate;

d) indien de concessiehouder aan wie de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie de concessie aanvankelijk had gegund, wordt vervangen door een nieuwe concessiehouder in andere gevallen dan die bedoeld in lid 1, onder d).

5. Een nieuwe concessiegunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn is vereist voor andere wijzigingen van de bepalingen van een concessie gedurende de looptijd dan die bedoeld in de leden 1 en 2.”

8. Artikel 44 („Beëindiging van concessies”) luidt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties onder de bij het toepasselijke nationale recht bepaalde voorwaarden een concessie gedurende de looptijd ervan kunnen beëindigen wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de concessie is gewijzigd, waardoor een nieuwe concessiegunningsprocedure in de zin van artikel 43 vereist zou zijn geweest;

b) de concessiehouder verkeerde op het moment van de gunning van de concessie in een van de situaties als bedoeld in artikel 38, lid 4, en had derhalve uitgesloten moeten worden van de concessiegunningsprocedure;

c) het Hof van Justitie van de Europese Unie stelt in een procedure overeenkomstig artikel 258 VWEU vast dat een lidstaat zijn verplichtingen krachtens de Verdragen niet is nagekomen wegens het feit dat een tot die lidstaat behorende aanbestedende dienst of aanbestedende instantie de betrokken concessie heeft gegund zonder te voldoen aan haar verplichtingen krachtens de Verdragen en deze richtlijn.”

B. Italiaans recht

1. Voorlopig wetsbesluit nr. 201 van 6 december 2011 tot vaststelling van dringende bepalingen inzake groei, billijkheid en consolidatie van de overheidsrekeningen

9. Volgens artikel 43, lid 1, van decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 – Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici [3] zijn actualiseringen of herzieningen van op de datum van inwerkingtreding ervan van kracht zijnde overeenkomsten met betrekking tot autosnelwegen die wijzigingen of aanpassingen van het investeringsplan of van aspecten met een regelgevend karakter behelzen met het oog op bescherming van de overheidsfinanciën, onderworpen aan het advies van bepaalde organen en instanties en aan goedkeuring door de in die bepaling vermelde autoriteiten.

2. Wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 – wetboek overheidsopdrachten

10. In artikel 80, lid 5, onder c) en c ter), van decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici [4] worden als facultatieve gronden voor uitsluiting van inschrijvers respectievelijk de ernstige beroepsfout en niet-nakoming bij de uitvoering van een eerdere concessie vermeld.

11. Het derde deel van het wetsbesluit, dat betrekking heeft op concessieovereenkomsten, bevat onder andere de volgende artikelen:

– artikel 175 inzake wijziging van overeenkomsten gedurende de looptijd ervan. Dit artikel komt, met enkele afwijkingen, overeen met artikel 43 van richtlijn 2014/23.

[3] Voorlopig wetsbesluit nr. 201 van 6 december 2011 tot vaststelling van dringende bepalingen inzake groei, billijkheid en consolidatie van de overheidsrekeningen (GURI Serie Generale nr. 284 van 6 december 2011 – gewoon supplement nr. 251).

[4] Wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 – wetboek overheidsopdrachten (GURI Serie Generale nr. 91 van 19 april 2016 – gewoon supplement nr. 10). Dit wetsbesluit is ratione temporis van toepassing.

– artikel 176 inzake beëindiging, ambtshalve intrekking, beëindiging wegens niet-nakoming en vervanging van de concessiehouder.

II. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

12. Op 12 oktober 2007 hebben ASPI en Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (nationale autonome onderneming voor het beheer van het wegennet, Italië)[5] een „convenzione unica" (hierna: „eenvormige overeenkomst")[6] gesloten, waarbij ASPI de concessie voor Italiaanse autosnelwegtrajecten met een totale lengte van meer dan 2 800 kilometer verkreeg.[7]

13. De concessie loopt af op 31 december 2038.

14. Op 14 augustus 2018 is in de omgeving van Genua een deel van het Polcevera-viaduct van de autosnelweg A10 (de „Morandi-brug"), dat onder de concessie van ASPI valt, ingestort, waarbij 43 personen om het leven kwamen.

15. Op 16 augustus 2018 heeft het directoraat-generaal dat verantwoordelijk is voor het toezicht op houders van concessies voor autosnelwegen een onderzoek geopend tegen ASPI wegens ernstige niet-nakoming van haar verplichtingen inzake onderhoud en instandhouding van het autosnelwegennet.

16. Vanaf 10 juli 2019 vonden er verschillende vergaderingen tussen de concessiehouder en de autoriteiten plaats, die resulteerden in de indiening van een voorstel door ASPI op 11 juli 2020.[8]

17. Op basis van dat voorstel voor een „onderhandelde oplossing" is een schikkingsovereenkomst opgesteld, die aan ASPI is meegedeeld in een gezamenlijke brief van 23 september 2020 van verschillende Italiaanse ministeries en het voorzitterschap van de raad van ministers.

18. In de schikkingsovereenkomst zijn de door de concessiehouder te treffen maatregelen en de overige door de concessiehouder aangegane verbintenissen in het kader van de onderhandelde oplossing voor de niet-nakoming vastgelegd, en werd voorgesteld om „te heronderhandelen over de eenvormige overeenkomst" van 12 oktober 2007.

19. Op 15 juli 2021 heeft ASPI een ontwerp van addendum bij de eenvormige overeenkomst en de bijlagen daarbij ingediend.

[5] Op 1 oktober 2012 is het Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (ministerie van Infrastructuur en Duurzame Mobiliteit, Italië; hierna: „ministerie van Infrastructuur") van rechtswege de rechtsopvolger van deze onderneming geworden.

[6] De concessie voor de door ASPI beheerde autosnelwegen vindt haar oorsprong in de gunning ervan, in 1968, aan de vennootschap Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade SpA. Deze laatste entiteit is in 1999 geprivatiseerd en heeft haar activiteiten op het gebied van concessies voor autosnelwegen in 2003 overgedragen aan ASPI.

[7] De eenvormige overeenkomst is formeel vastgesteld bij artikel 8 duodecies van decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59 – Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee (voorlopig wetsbesluit nr. 59 van 8 april 2008 tot vaststelling van dringende bepalingen betreffende de nakoming van communautaire verplichtingen en de tenuitvoerlegging van arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen), bekrachtigd – met wijzigingen – bij wet 101/2008.

[8] In dat voorstel bood ASPI, kort samengevat, een financiële compensatie van 3 400 miljoen EUR aan, in combinatie met een versterking van de veiligheidsnormen en een herstructurering van de onderneming waarbij Cassa Depositi e Prestiti SpA en andere voor die entiteit aanvaardbare investeerders betrokken zouden worden, terwijl ook de zeggenschap over ASPI aan die investeerders zou worden overgedragen.

20. Op 14 oktober 2021 hebben het ministerie van Infrastructuur en ASPI de schikkingsovereenkomst gesloten, die zou worden bekrachtigd door besluit nr. 37 van 22 februari 2022 van het ministerie van Infrastructuur, in samenspraak met het ministerie van Economie en Financiën. [9]

21. Op 21 maart 2022 hebben het ministerie van Infrastructuur en ASPI het derde addendum bij de eenvormige overeenkomst ondertekend, waarbij bepaalde wijzigingen van clausules ervan werden ingevoerd in de overeenkomst.

22. In het kader van een onder nummer 6020 in 2022 geregistreerd beroep zijn verschillende verenigingen [waarvan uiteindelijk alleen aan de Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (vereniging voor de bescherming van gebruikers van bank- en financiële diensten; hierna: „Adusbef") procesbevoegdheid is toegekend] voor de verwijzende rechter opgekomen tegen de volgende handelingen, waarvan zij nietigverklaring vorderen:

– besluit nr. 75/21 van het interministerieel comité voor economische planning en duurzame ontwikkeling van 22 december 2021, getiteld „Autostrade per l'Italia SpA – Advies over het derde addendum bij de eenvormige overeenkomst van 12 oktober 2007 en over het financieel-economische plan in de zin van artikel 43 van voorlopig wetsbesluit nr. 201 van 2011 (besluit nr. 75/2021)";

– besluit nr. 37 van het ministerie van Infrastructuur, in samenspraak met het ministerie van Economische Zaken en Financiën, van 22 februari 2022, tot goedkeuring van de op 14 oktober 2021 tussen het ministerie van Infrastructuur en ASPI gesloten schikkingsovereenkomst;

– besluit nr. SCCLEG/2/2022/PREV van de Corte dei Conti (rekenkamer, Italië) van 29 maart 2022;

– het positieve advies van de Avvocatura Generale dello Stato (juridische dienst van de Italiaanse Staat) over de opzet van voornoemde overeenkomst, zoals verstrekt bij nota van 24 september 2021;

– de tussen het ministerie van Infrastructuur en ASPI gesloten schikkingsovereenkomst van 14 oktober 2021;

– nota nr. 19135 van 5 november 2021 waarbij ASPI het geactualiseerde voorstel voor een financieel-economisch plan heeft doen toekomen aan het ministerie van Infrastructuur;

– het advies van de Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (adviesgroep voor de tenuitvoerlegging van de richtsnoeren voor de regulering van openbare nutsdiensten) van 22 december 2021 over het ontwerp van het derde addendum bij de eenvormige overeenkomst en het bijbehorende financieel-economisch plan;

– het advies van 14 oktober 2020 en de nota van 16 december 2021 van de Autorità di regolazione dei trasporti (toezichthoudende autoriteit voor het vervoer, Italië);

[9] De goedkeuring van de schikkingsovereenkomst werd voorafgegaan door het positieve advies (besluit nr. 75 van 22 december 2021) van de Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (interministerieel comité voor economische planning en duurzame ontwikkeling, Italië) over het derde addendum.

– de notulen van de vergaderingen van de Consiglio dei ministri (raad van ministers, Italië) van 14 en 15 juli 2020;

– alle andere daaraan voorafgaande, daarmee verband houdende of daaropvolgende handelingen.

23. De door Adusbef aangevoerde middelen [10] betroffen zowel schending van nationale regels als schending van de artikelen 38, 43 en 44 van richtlijn 2014/23.

24. Tegen dit beroep is verweer gevoerd door ASPI, de overheidsinstellingen en -instanties die de bestreden handelingen hebben vastgesteld, zoals gezamenlijk vertegenwoordigd, Atlantia SpA [11] en, als interveniërende partij aan de zijde van verweersters, Holding Reti Autostradali.

25. In deze context heeft de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië) het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd „met betrekking tot de in de artikelen 38, 43 en 44 van richtlijn 2014/23 neergelegde regeling”:

„1) Staat het [Unie]recht eraan in de weg dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder te beoordelen of een openbare aanbesteding moet worden uitgeschreven en zich daarover uit te spreken?

2) Staat het [Unie]recht eraan in de weg dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder de betrouwbaarheid te beoordelen van een concessiehouder die ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen?

3) Eist het [Unie]recht in geval van aangetoonde schending van de regel van openbare aanbesteding en/of aangetoonde onbetrouwbaarheid van de houder van een concessie voor snelwegen dat de rechtsverhouding wordt beëindigd?”

III. Procedure bij het Hof

26. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 4 november 2022 ingekomen ter griffie van het Hof.

27. Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, de Duitse, de Estse en de Italiaanse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Op de Duitse en Estse regering na hebben zij allemaal deelgenomen aan de terechtzitting op 28 februari 2024.

[10] Bladzijden 12-15 van de verwijzingsbeslissing, in de Italiaanse taalversie.

[11] Atlantia was aandeelhouder van ASPI tot zij haar deelneming aan Holding Reti Autostradali SpA verkocht in het kader van de herstructurering van het kapitaal van ASPI. Atlantia heeft op 14 maart 2023 haar naam gewijzigd in Mundys SpA.

IV. Beoordeling

A. Inleidende opmerkingen

1. Toepasselijke richtlijn

28. Volgens Mundys is richtlijn 2014/23 niet relevant voor de beslechting van het geding, aangezien die richtlijn volgens artikel 54, tweede alinea, ervan „niet van toepassing [is] op de gunning van concessies die vóór 17 april 2014 zijn aanbesteed of gegund". In casu is de litigieuze concessie op 12 oktober 2007 gegund.

29. Hoewel de oorspronkelijke concessie is verleend vóór de vaststelling van richtlijn 2014/23, is het gegeven dat relevant is voor het bepalen van de toepasselijke regel de datum van de wijzigingen waarvan de geldigheid wordt betwist. [12] Die datum ligt na 17 april 2014, die beslissend is voor de toepasselijkheid van richtlijn 2014/23.

30. Op basis van dezelfde redenering moeten mutatis mutandis ook de bezwaren van de hand worden gewezen voor zover die betrekking hebben op de latere onbetrouwbaarheid van de concessiehouder en het bestaan van een grond voor beëindiging van de overeenkomst. Beide bezwaren zien op feiten die voortvloeien uit of verband houden met de litigieuze wijzigingen, die dateren van na 17 april 2014.

2. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys en de Italiaanse regering betogen, met deels gelijkluidende en deels verschillende argumenten, dat de prejudiciële verwijzing niet-ontvankelijk is. Kort gezegd verwijten zij de verwijzende rechter dat hij onvoldoende feitelijke en juridische elementen heeft aangedragen om een nuttig antwoord op zijn vragen te kunnen verkrijgen, alsook dat die vragen hypothetisch zijn.

32. Verzoeken om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging van het Unierecht genieten een vermoeden van relevantie. Bovendien staat het aan de nationale rechter om, onder zijn eigen verantwoordelijkheid, het feitelijke en regelgevingskader te schetsen en staat het niet aan het Hof om de juistheid daarvan na te gaan. Het Hof kan slechts in uitzonderlijke gevallen, die door het Hof zijn gespecificeerd, weigeren zich uit te spreken over een dergelijk verzoek. [13]

33. Onverminderd hetgeen ik verderop zal opmerken met betrekking tot de derde prejudiciële vraag en bepaalde onduidelijkheden in de andere vragen, houden de eerste twee vragen mijns inziens verband met het voorwerp van het hoofdgeding. Hoewel de beschrijving van de feiten

[12] Arrest van 2 september 2021, Sisal e.a. (C-721/19 en C-722/19, EU:C:2021:672; hierna: "arrest Sisal e.a."), waarvan punt 28 luidt als volgt: „[I]n geval van een wezenlijke wijziging van een concessieovereenkomst, [is] de wetgeving van de Unie waaraan die wijziging moet worden getoetst, die [...] welke van kracht was op de datum van die wijziging. Het Hof heeft in dit opzicht verduidelijkt dat het feit dat de oorspronkelijke concessieovereenkomst is gesloten vóór de vaststelling van de Unievoorschriften ter zake niet van belang is." Zie in dezelfde zin arresten van 11 juli 2013, Commissie/Nederland (C-576/10, EU:C:2013:510, punt 54), en 18 september 2019, Commissie/Italië (C-526/17, EU:C:2019:756, punt 60).

[13] Dat is het geval wanneer duidelijk is dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die noodzakelijk zijn om de verwijzende rechter van een nuttig antwoord te voorzien. Zie hiervoor arrest van 14 september 2023, TGSS (Weigering van een moederschapstoeslag) (C-113/22, EU:C:2023:665, punten 30 en 31).

niet zo nauwkeurig is als zou moeten [14], verschaffen dat relaas en de rechtsoverwegingen in de verwijzingsbeslissing [15] het Hof de elementen die ten minste nodig zijn om de eerste twee vragen te kunnen beantwoorden.

B. Eerste prejudiciële vraag

34. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het Unierecht toestaat „dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder te beoordelen of een openbare aanbesteding moet worden uitgeschreven en zich daarover uit te spreken".

35. De aldus geformuleerde vraag moet worden begrepen als betrekking hebbend op artikel 43 van richtlijn 2014/23, dat wijzigingen van concessieovereenkomsten tijdens de looptijd ervan regelt. Ik zal deze vraag behandelen door die bepaling en de formele en inhoudelijke aspecten van de in casu overeengekomen wijzigingen aan een analyse te onderwerpen.

1. Wijzigingen van concessieovereenkomsten overeenkomstig richtlijn 2014/23

36. Volgens artikel 43 van richtlijn 2014/23 kunnen concessieovereenkomsten in de gevallen als bedoeld in lid 1 van dat artikel worden gewijzigd zonder dat er een nieuwe gunningsprocedure hoeft te worden uitgeschreven. Van die gevallen is hier met name de omstandigheid dat „de wijzigingen, ongeacht hun waarde, niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4" [lid 1, onder e)] van belang.

37. Lid 4 van datzelfde artikel bepaalt wanneer een wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan wezenlijk wordt geacht. Is dat het geval, dan is krachtens lid 5 „[e]en nieuwe concessiegunningsprocedure [...] vereist".

38. In overweging 75 van richtlijn 2014/23 wordt verklaard dat „[e]en nieuwe concessieprocedure is vereist in geval van materiële wijzigingen van de initiële concessie, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen, [...]".

39. Vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2014/23 had het Hof reeds geoordeeld dat wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen. [16]

[14] In de verwijzingsbeslissing (punt 2.1) verklaart de verwijzende rechter dat, wat het voorwerp van het geschil en de weergave van de relevante feiten betreft, „de kamer verwijst naar het onderdeel ‚feiten' van dit vonnis". Dat onderdeel bevat echter geen beschrijving van de feiten die die rechter bewezen acht, maar een beschrijving van de feiten zoals die door partijen zijn aangevoerd.

[15] De verwijzingsbeslissing heeft de weinig gebruikelijke vorm van een „niet-definitief vonnis".

[16] Arrest van 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, punt 37). Zie in dezelfde zin, voor de regeling voorafgaand aan richtlijn 2014/23, arresten van 18 september 2019, Commissie/Italië (C-526/17, EU:C:2019:756, punt 59), en 11 juli 2013, Commissie/Nederland (C-576/10, EU:C:2013:510, punt 54).

40. In 2011 werd een debat [17] op gang gebracht over de noodzaak om de richtlijnen inzake overheidsopdrachten te hervormen. Een van de vragen die in de raadpleging werden voorgelegd was „of een wettelijke verduidelijking op EU-niveau noodzakelijk is om te bepalen in welke gevallen een wijziging van de opdracht een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist", in het licht van de rechtspraak van het Hof. De uitkomst van dat debat zoals vervat in de drie aanbestedingsrichtlijnen van 2014 is soortgelijk wat de contractuele wijzigingen betreft.

41. In zijn latere rechtspraak betreffende artikel 43 van richtlijn 2014/23 heeft het Hof dit artikel uitgelegd in lijn met zijn eerdere uitspraken. Zo heeft het Hof in zijn arrest van 2 september 2021 verklaard dat deze bepaling „een volledige harmonisatie tot stand heeft gebracht van de omstandigheden waarin enerzijds concessies kunnen worden gewijzigd zonder dat daartoe een nieuwe concessiegunningsprocedure [...] moet worden georganiseerd, en anderzijds een dergelijke gunningsprocedure is vereist in geval van wijziging van de concessievoorwaarden". [18]

42. Zoals ik hierboven heb opgemerkt, wordt in artikel 43, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/23 opgesomd voor welke wijzigingen geen nieuwe gunningsprocedure nodig is. Lid 4 van datzelfde artikel bepaalt wanneer een wijziging moet worden geacht wezenlijk te zijn, met als gevolg (lid 5) dat er een nieuwe concessiegunningsprocedure moet worden uitgeschreven.

43. Op deze basis moet de eerste prejudiciële vraag van de verwijzende rechter worden beantwoord. De bewoordingen van de vraag zijn evenwel niet eenduidig: zoals de vraag is geformuleerd, lijkt de verwijzende rechter enkel te willen vernemen of de aanbestedende dienst een *formele verplichting* heeft om zich uit te spreken bij gemotiveerd besluit, waarvan de *materiële* inhoud van ondergeschikt belang zou zijn.

44. Deze formele benadering contrasteert echter met de aandacht die de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing besteedt aan een van de (vermeende) wezenlijke wijzigingen van de concessie, namelijk die betreffende de aandeelhoudersstructuur van de concessiehouder.

45. Ten behoeve van de volledigheid zal ik ingaan op het formele én het materiële aspect van de vraag. Alvorens dat te doen, moet ik erop wijzen dat in de verwijzingsbeslissing, afgezien van de wijziging van de aandeelhouders, noch de oorsprong noch de inhoud van de gewijzigde clausules van de concessieovereenkomst met precisie wordt uiteengezet.

46. Zoals ik reeds heb opgemerkt, heeft de wijziging plaatsgevonden door middel van twee handelingen die, ofschoon onderling met elkaar verbonden, een verschillende juridische status hebben:

– enerzijds de sluiting, op 14 oktober 2021, van de schikkingsovereenkomst tussen het ministerie van Infrastructuur en ASPI, die een einde maakte aan het onderzoek naar de niet-nakoming door de concessiehouder [19];

[17] Groenboek „betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt" [Brussel, 27 januari 2011, COM(2011) 15 definitief]. Op bladzijde 27 wordt opgemerkt dat „de jurisprudentie voor sommige soorten wijzigingen niet voldoende duidelijkheid schept om te kunnen bepalen of een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk is".

[18] Arrest Sisal e.a., punt 31.

[19] De schikkingsovereenkomst is feitelijk een bestuurshandeling die is vastgesteld overeenkomstig artikel 11 van wet 241/1990 van 7 augustus 1990 inzake „nieuwe regels op het gebied van bestuursrechtelijke procedures en het recht op toegang tot bestuursrechtelijke documenten". Dit is tot uitdrukking gebracht in artikel 5 van de schikkingsovereenkomst. Als zodanig is die bestuurshandeling (die is vastgesteld in de vorm van een „overeenkomst met de belanghebbende" in de zin van artikel 11, lid 1, van die wet) onderworpen aan de algemene motiveringsplicht en aan dezelfde toetsingen als andere bestuurshandelingen.

– anderzijds de ondertekening door dezelfde partijen, op 21 maart 2022, van het derde addendum bij de eenvormige overeenkomst. Het is deze laatste handeling waarbij de wijzigingen daadwerkelijk in de concessie zijn opgenomen. In de verwijzingsbeslissing wordt hier echter weinig aandacht aan besteed.

2. Motiveringsplicht van de aanbestedende dienst

47. Artikel 43, leden 1, 2 en 4, van richtlijn 2014/23, waarin wordt geregeld hoe concessies kunnen worden gewijzigd (met of zonder de verplichting om een nieuwe gunningsprocedure uit te schrijven), vereist niet dat de aanbestedende dienst een uiteenzetting geeft van de redenen op grond waarvan hij van mening is dat zich een van de in die bepalingen vermelde gevallen voordoet.

48. Gelet op het feit dat in artikel 43 van richtlijn 2014/23 hierover niets wordt gezegd, staat het in beginsel aan de lidstaten om aanbestedende diensten al dan niet de verplichting op te leggen om hun besluiten tot wijziging van een concessie te motiveren.

49. Het Hof heeft echter reeds geoordeeld dat de aanbestedende dienst daartoe in bepaalde omstandigheden verplicht is, teneinde de betrokken partijen in staat te stellen „zich zo goed mogelijk te kunnen verdedigen en met kennis van zaken te beoordelen of het zinvol is om een beroep in rechte in te stellen tegen [de besluiten van de nationale autoriteiten]" en „de rechter de gelegenheid te geven, toezicht uit te oefenen op de wettigheid van die besluiten". [20]

50. De verwijzende rechter zal moeten nagaan of, gegeven het voorwerp van het hoofdgeding, de bestreden handelingen hadden moeten worden gemotiveerd en, zo ja, of zij een motivering bevatten die toereikend is om de verdediging van de rechten van de adressaten of de rechterlijke toetsing van die handelingen mogelijk te maken. [21]

51. Vanuit dit oogpunt bevat de verwijzingsbeslissing voldoende elementen om aan te nemen dat het besluit van de aanbestedende dienst is voorafgegaan door beoordelingen die zouden kunnen voldoen aan het motiveringsvereiste. In concreto hebben de bevoegde autoriteiten uiteengezet (terecht of ten onrechte, maar dat is een andere kwestie) waarom de wijziging van de concessie de meest adequate oplossing was.

52. Uit een lezing van punt 2.2 van de verwijzingsbeslissing blijkt dat de aanbestedende dienst de negatieve en positieve gevolgen van de twee voorliggende alternatieven (wijziging van de concessie zonder nieuwe gunningsprocedure of beëindiging van de overeenkomst) tegen elkaar heeft

[20] Arresten van 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punt 120 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 21 december 2023, Infraestruturas de Portugal en Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016, punt 87).

[21] Ter terechtzitting is de vraag aan de orde gekomen of de aanbestedende dienst, als gevolg van de wijziging van de concessie overeenkomstig artikel 43, lid 1, onder c), van richtlijn 2014/23, een aankondiging met de in bijlage XI vermelde informatie had moeten publiceren in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. De verwijzende rechter stelt geen vraag over dit verzuim en beperkt zijn vraag tot het ontbreken van een motivering van de handelingen. Hoe dan ook meen ik dat in casu niet is voldaan aan een van de drie in die bepaling neergelegde voorwaarden: de verandering van de algehele aard van de concessie.

afgewogen.[22] De redenen die de Italiaanse autoriteiten ertoe hebben gebracht om voor de eerste van deze oplossingen te kiezen, worden uitvoerig uiteengezet in de verschillende stukken die deel uitmaken van het dossier.[23]

53. Daarom zou de motivering van de aanbestedende dienst kunnen worden afgeleid uit de inhoud van het geheel aan documenten dat de handelingen omvat waartegen Adusbef opkomt met haar vordering. Daartoe behoren de adviezen van nationale organen en instellingen waarin wordt gepleit voor het sluiten van de schikkingsovereenkomst en het derde addendum en op basis waarvan de aanbestedende dienst het opportuun heeft geacht om de oorspronkelijke concessie te wijzigen zonder eerst een gunningsprocedure uit te schrijven.

54. In het door Adusbef bij de verwijzende rechter ingediende beroepschrift erkent deze vereniging dat „de redenen op basis waarvan in de [schikkings]overeenkomst ervoor wordt gekozen om niet over te gaan tot beëindiging van de overeenkomst, maar om deze voort te zetten […]" zijn opgenomen in die overeenkomst, en in dat beroepschrift wordt de inhoud daarvan gedeeltelijk weergegeven.[24] In datzelfde document[25] voert Adusbef eigen argumenten aan tegen de argumenten die in de schikkingsovereenkomst worden aangevoerd ten gunste van de contractuele continuïteit, alsmede tegen die welke de rekenkamer heeft uiteengezet om „deel uit te maken van de motivering".

55. Adusbef was derhalve in staat om kennis te nemen van en op te komen tegen de inhoud van de handelingen tot wijziging van de concessie, die zij onderwerpt aan rechterlijke toetsing door de verwijzende rechter.[26]

[22] Daarbij geeft de verwijzende rechter de negatieve gevolgen van beëindiging van de concessie weer zoals die worden vermeld in de schikkingsovereenkomst. Tot die negatieve gevolgen behoren met name a) de onderbreking van de contractuele activiteiten, die het risico van een financiële crisis voor de contractanten en leveranciers van ASPI met zich mee zou kunnen brengen, met mogelijke additionele kosten voor de overheid als gevolg van de oplegging van boetes, en b) het afschrikkende risico dat tegen de overheid rechtsgedingen worden aangespannen die ertoe leiden dat een clausule van de eenvormige overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd met als gevolg aanzienlijke economische lasten voor de staat, alsmede de verplichting van de staat om de concessiehouder een schadevergoeding te betalen.

[23] De verwijzende rechter noemt als positieve aspecten van de schikkingsovereenkomst, zoals vermeld in die overeenkomst: i) de ononderbroken voortzetting van het beheer van de dienst, waardoor wordt voorkomen dat een essentiële dienst voor de gemeenschap wordt onderbroken en mogelijke situaties die de regelmatige werking van de dienst belemmeren niet worden opgelost, ii) de onmiddellijke aanvang van de uitvoering van het investerings- en onderhoudsprogramma voor het autosnelwegennet, alsmede de bevordering van investeringsplannen in verband met de groene transitie en duurzame mobiliteit, iii) het behoud en de bevordering van de bestaande werkgelegenheid en de goedkeuring van initiatieven van ASPI ten bate van de gemeenschap, overeenkomstig rechtstreeks door de overheid vastgestelde prioriteiten, iv) de gegarandeerde betalingen voor de werkzaamheden aan een nieuwe brug ter vervanging van het Polcevera-viaduct, v) de beëindiging van de tussen de concessiehouder en overheidsinstanties aanhangige gedingen, vi) de aanpassing van de contractuele bepalingen van de concessie door het schrappen van clausules die worden geacht de concessiehouder een ongerechtvaardigd voordeel toe te kennen, vii) de invoering van een versterkt sanctiestelsel ten opzichte van dat waarin de eenvormige overeenkomst voorziet, en viii) de wil van beide partijen om toekomstige geschillen te voorkomen.

[24] Blz. 10 en 11 van het beroepschrift.

[25] Punt 8 onder het opschrift „diritto", blz. 29 van het beroepschrift.

[26] Ter terechtzitting heeft Adusbef met klem gewezen op het ontbreken van een motivering van besluit nr. 37 van 22 februari 2022 van het ministerie van Infrastructuur. Dat besluit, dat Adusbef heeft aangedragen als bijlage, bevat eerst een groot aantal overwegingen en vervolgens twee artikelen: het eerste artikel strekt enkel tot goedkeuring van de schikkingsovereenkomst, terwijl het tweede artikel bepaalt dat „het nuttig effect van de overeenkomst afhankelijk is van de vervulling van de in artikel 10 van de overeenkomst vastgestelde voorwaarden". In mijn optiek is het besluit derhalve, op zichzelf en door verwijzing naar een andere handeling, voldoende gemotiveerd, aangezien daarbij de (uitgebreide) motivering die is vervat in de schikkingsovereenkomst wordt overgenomen. De twee handelingen moeten in onderlinge samenhang worden gelezen.

3. Kwalificatie van de wijzigingen van de concessieovereenkomst

56. In de verwijzingsbeslissing wordt voornamelijk ingegaan op de (vermeende) wijziging van de concessieovereenkomst als gevolg van de verandering van de aandeelhoudersstructuur van ASPI. In geschil is of er sprake is van een vervanging van de concessiehouder in de zin van artikel 43, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/23, gelezen in samenhang met artikel 43, lid 1, onder d), van deze richtlijn.

57. De verwijzende rechter wenst tevens te vernemen:

– of het instorten van de Morandi-brug een „onvoorzienbare omstandigheid" in de zin van artikel 43, lid 1, onder c), punt i), van richtlijn 2014/23 was;

– of de verbintenis van ASPI om een financiële compensatie van 3 400 miljoen EUR te betalen en te zorgen voor een aanscherping van de veiligheidsnormen van het autosnelwegennet en voor de daadwerkelijke toepassing daarvan, een wezenlijke wijziging van de concessie vormt.

58. Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of er overeenkomstig artikel 43, lid 5, van richtlijn 2014/23 een gunningsprocedure had moeten worden uitgeschreven. Het Hof kan de verwijzende rechter echter enkele richtsnoeren verschaffen om hem te helpen bij het formuleren van zijn oordeel.

a) Is een verandering van de aandeelhoudersstructuur een wezenlijke wijziging van de concessieovereenkomst?

59. Volgens artikel 43, lid 1, onder d), punt ii), van richtlijn 2014/23 „ kunnen [concessies] zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd [...] indien de concessiehouder aan wie de concessie aanvankelijk [...] was gegund, wordt vervangen als gevolg van [...] rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de oorspronkelijke concessiehouder, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, met inbegrip van overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer".

60. Voor de uitlegging van deze bepaling moet worden gekeken naar overweging 77 van richtlijn 2014/23, waarin wordt verwezen naar *structurele veranderingen*, zoals een zuiver interne reorganisatie, overname of fusie, in de loop van de uitvoering van de concessie. Dergelijke structurele veranderingen, zo wordt daaraan toegevoegd, „zouden niet automatisch tot nieuwe gunningsprocedures [...] moeten leiden".

61. Uit de schriftelijke opmerkingen en de ter terechtzitting door de partijen naar voren gebrachte opmerkingen, evenals uit de in de verwijzingsbeslissing vervatte informatie[27], kan worden opgemaakt dat er geen gehele of gedeeltelijke vervanging van de concessiehouder heeft

[27] Punt 2.5 van de verwijzingsbeslissing.

plaatsgevonden (ASPI was en is nog steeds de concessiehouder), maar een interne herstructurering van de aandeelhoudersstructuur [28], waarbij nieuwe aandeelhouders andere aandeelhouders hebben vervangen in het kader van een bij de Commissie aangemelde transactie. [29]

62. Ter terechtzitting is gediscussieerd over de vraag of de verkrijging door Cassa Depositi e Prestiti [30] van een meerderheidsdeelneming in het kapitaal van ASPI vanwege de kenmerken ervan [31] een omvorming van de concessiehouder inhield die een gunningsprocedure vereiste.

63. In beginsel vormt de loutere vervanging van een aantal aandeelhouders door andere, in het kader van een herstructurering van de aandeelhoudersstructuur die niet leidt tot de vervanging van de concessiehouder, geen wezenlijke subjectieve vernieuwing die een nieuwe gunningsprocedure vereist in de zin van artikel 43, lid 1, onder d), punt ii), van richtlijn 2014/23. Dit is bevestigd door het Hof toen het oordeelde dat „de interne herstructurering van de aanvankelijke aannemer een niet-wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht kan vormen, waarvoor geen nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden uitgeschreven”. [32]

64. Vanuit een ander oogpunt beschouwd, zal de verwijzende rechter moeten beoordelen of die subjectieve wijziging was toegestaan door artikel 10 bis van de eenvormige overeenkomst. Is dat het geval, dan zal hij moeten beoordelen of de bestreden handelingen in overeenstemming waren met de bepalingen van artikel 43, lid 1, onder d), punt i), van richtlijn 2014/23 [33], dat wil zeggen of in de wijziging was voorzien in een ondubbelzinnige optie of herzieningsclausule van het oorspronkelijke concessiedocument. [34]

[28] Volgens punt 2.5, eerste alinea, van de verwijzingsbeslissing heeft Atlantia 88 % van ASPI verkocht aan een houdstermaatschappij (Holding Reti Autostradali) waarvan de meerderheidsaandeelhouder (51 %) Cassa Depositi e Prestiti Equity SpA was en waarin twee buitenlandse fondsen, Macquarie Group Ltd en Blackstone Group Inc., elk 24,5 % bezaten. Het resterende kapitaal zou volgens voetnoot 2 van de opmerkingen van Holding Reti Autostradali voor 6,94 % toebehoren aan Appia Investment Srl en voor 5 % aan Silk Road Fund Co. (deze percentages worden vermeld in punt 2.5, tweede alinea, van de verwijzingsbeslissing).

[29] De Commissie heeft bij besluit C(2021) 8274 final verklaard zich niet te verzetten tegen de aangemelde transactie, die zij verenigbaar met de interne markt achtte. Volgens de aanmelding van de voorgenomen concentratie [krachtens artikel 4 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1)] waren verschillende ondernemingen (Cassa Depositi e Prestiti Equity, behorend tot de groep Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group en Blackstone Group) van plan om middels de verwerving van aandelen gezamenlijk de volledige zeggenschap over ASPI te verkrijgen.

[30] Volgens de beschikbare gegevens, onder voorbehoud van een latere verificatie, is ASPI voor 88,06 % in handen van Holding Reti Autostradali, die op haar beurt voor 51 % onder zeggenschap staat van Cassa Depositi e Prestiti Equity, waarvan 100 % van het maatschappelijk kapitaal uiteindelijk in bezit is van Cassa Depositi e Prestiti.

[31] Een van de aangevoerde argumenten had betrekking op de omvorming van de (publiek- of privaatrechtelijke) aard van de concessiehouder als gevolg van de deelneming van het ministerie van Economie en Financiën in het kapitaal van Cassa Depositi e Prestiti. De verwijzende rechter verklaart niettemin dat Cassa Depositi e Prestiti geen overheidsonderneming is. Ook is besproken of de komst van nieuwe aandeelhouders bij ASPI een „zelfcorrigerende” maatregel van de concessiehouder vormde, die min of meer is aangeboden door de concessiehouder zelf of is opgelegd door de Italiaanse autoriteiten, wat zou wijzen op het wezenlijke karakter van de subjectieve wijziging. Mijns inziens kan dat betoog van de hand worden gewezen, aangezien zelfcorrigerende maatregelen per definitie maatregelen zijn die de concessiehouder zelf (dit wil zeggen de concessiehouder van wie de identiteit behouden blijft) treft om uit hoofde van artikel 38, lid 9, van richtlijn 2014/23 te kunnen deelnemen aan een latere gunningsprocedure.

[32] Arrest van 3 februari 2022, Advania Sverige en Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72, punt 34), met verwijzing naar het arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

[33] Voor de toepassing van deze regel, zie arrest Sisal e.a., punten 39-43.

[34] Dit is verklaard door Holding Reti Autostradali in de punten 10 en 40 van haar schriftelijke opmerkingen, onder verwijzing naar artikel 10 bis van de eenvormige overeenkomst, waarin de criteria zijn vastgesteld voor goedkeuring van wijzigingen van concessiehouders van autosnelwegen als gevolg van concentraties op Unieniveau.

b) Andere (objectieve) wijzigingen

65. Volgens de verwijzende rechter [35] zijn de wijzigingen van de eenvormige overeenkomst niet het gevolg van „omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien".

66. In zijn opvatting is een niet-nakoming die negatieve gevolgen voor de verkeersveiligheid kan hebben of die, op zichzelf of in combinatie met andere niet-nakomingen, kan leiden tot een tragische gebeurtenis als het instorten van de Morandi-brug, geen onvoorzienbare omstandigheid.

67. Mijns inziens moet de focus niet zozeer worden gelegd op de vraag of de gebeurtenis onvoorzienbaar was, maar op vraag of de wijziging van de overeenkomst „noodzakelijkerwijs" uit die gebeurtenis voortvloeide. In artikel 43, lid 1, eerste alinea, onder c), punt i), van richtlijn 2014/23 wordt in dit verband gesproken over de *behoefte aan wijziging* die het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien.

68. Welke ook de reden voor de overeengekomen wijzigingen is, wat in dit geding van belang is, is de kwalificatie ervan als wezenlijk om te bepalen of er, ongeacht de aanleiding ervoor, een gunningsprocedure had moeten worden georganiseerd omdat die wijzigingen het voorwerp of de algehele aard van de concessie veranderden.

69. Ter terechtzitting zijn standpunten uitgewisseld over de vraag welke objectieve wijzigingen specifiek voortvloeiden uit de schikkingsovereenkomst en het addendum ten opzichte van de eenvormige overeenkomst. Daarbij noemt de verwijzende rechter de verbintenissen van ASPI om een financiële compensatie van 3 400 miljoen EUR te betalen en de veiligheidsnormen voor het autosnelwegennet aan te scherpen. De verwijzende rechter maakt echter geen melding van de tariefwijziging of van andere wijzigingen van andere aard die in deze twee overeenkomsten zijn opgenomen.

70. Opnieuw staat het aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de door ASPI aangegane verbintenissen een wezenlijke wijziging van de overeenkomst in de zin van artikel 43, leden 1, 2 en 4, van richtlijn 2014/23 impliceren. Bij zijn beoordeling zal hij in aanmerking kunnen nemen of – zoals ter terechtzitting werd besproken zonder sluitende conclusie – de ingevoerde wijzigingen de positie van de concessiehouder in werkelijkheid verslechteren door hem aan strengere voorwaarden te onderwerpen [36] dan wel zijn belangen bevorderen door hem in staat te stellen de concessie voort te zetten. Ook zal hij kunnen beoordelen of die wijzigingen voortvloeien uit de toepassing van nieuwe wettelijke maatregelen van algemene aard [37] of veeleer uit ad-hocbesluiten die de aanbestedende dienst vrijelijk heeft genomen ten gunste van de concessiehouder.

[35] Punt 2.6, derde en vierde alinea, van de verwijzingsbeslissing.

[36] De vertegenwoordiger van Holding Reti Autostradali heeft het arrest Sisal e.a. aangehaald om erop te wijzen dat in die zaak aan de concessiehouder strengere voorwaarden zijn opgelegd dan die welke aanvankelijk waren vastgesteld, zodat er geen sprake was van een wezenlijke wijziging ten gunste van de concessiehouder. In punt 53 van dat arrest wordt verklaard dat „[i]n dit verband moet worden opgemerkt dat deze vooruitbetaling het verschuldigde bedrag zou kunnen verhogen, zodat een dergelijke wijziging het economische evenwicht van de concessie niet lijkt te wijzigen ten gunste van de concessiehouder, in de zin van [artikel 43, lid 4, van richtlijn 2014/23]".

[37] Dit is ter terechtzitting betoogd door de vertegenwoordiger van ASPI, die aanvoerde dat de wijzigingen van de schikkingsovereenkomst en het addendum althans gedeeltelijk voortvloeiden uit de inwerkingtreding van decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (voorlopig wetsbesluit nr. 109 van 28 september 2018) (GURI nr. 226 van 28 september 2018), dat van toepassing zou zijn op alle autosnelwegconcessies. Te betwijfelen valt echter of de inhoud van dat wetsbesluit, wat ASPI aangaat, kan worden losgekoppeld van haar gedraging als concessiehouder, zoals kan worden afgeleid uit arrest nr. 168/2020 van 8 juli 2020 van de Corte Costituzionale (grondwettelijk hof, Italië), punten „in diritto" (rechtsoverwegingen) 1.1-1.6.

71. Als ik mij beperk tot de door de verwijzende rechter genoemde veranderingen, komen de twee door hem gespecificeerde objectieve wijzigingen mij niet voor als wezenlijk: ten eerste is de financiële bijdrage van ASPI (die als zodanig belastend is voor de concessiehouder) bedoeld om de economische gevolgen van het gebeurde te compenseren in het kader van een schikking, en ten tweede verschilt de verbintenis om de veiligheid van het autosnelwegennet te verbeteren niet significant van de verbintenissen die zijn aangegaan in de eenvormige overeenkomst.

C. Tweede prejudiciële vraag

72. De verwijzende rechter wenst te vernemen of „het [Unie]recht eraan in de weg [staat] dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder de betrouwbaarheid te beoordelen van een concessiehouder die ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen”. [38]

73. De premisse waarop de vraag is gebaseerd, is dat de concessiehouder ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen om de infrastructuur van de autosnelweg te onderhouden en in stand te houden. De aanbestedende dienst heeft die niet-nakoming echter niet *formeel* vastgesteld, aangezien het daartoe geopende onderzoek is uitgemond in de al meermaals genoemde schikkingsovereenkomst.

74. De verwijzende rechter neemt kennis van het advies van 28 juni 2019 van een interinstitutionele werkgroep [39] waarin werd geoordeeld dat de concessiehouder ernstig was tekortgeschoten in de nakoming van zijn onderhouds- en instandhoudingsverplichtingen. In dat advies werd evenwel reeds de suggestie gedaan om af te zien van het vaststellen van de niet-nakoming in ruil voor heronderhandeling van de eenvormige overeenkomst [40], zoals in de praktijk is gebeurd.

75. De vraag moet worden begrepen als betrekking hebbend op artikel 38 van richtlijn 2014/23, een van de bepalingen van deze richtlijn die worden genoemd in het gemeenschappelijke opschrift van de drie vragen.

76. Artikel 38 van richtlijn 2014/23 regelt de selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden en is opgenomen in een titel (titel II) waarin regels inzake de gunning van concessies zijn vastgesteld. In deze context wordt betrouwbaarheid in richtlijn 2014/23 opgevat als een sleutelelement van de initiële selectie. Volgens overweging 70 van die richtlijn beschikken aanbestedende diensten over de mogelijkheid om „ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken”.

[38] Zoals een van de interveniënten heeft opgemerkt, is de tweede prejudiciële vraag in zekere mate in tegenspraak met de eerste: indien de komst van nieuwe aandeelhouders een wezenlijke subjectieve wijziging vormt, voor zover deze in werkelijkheid een vervanging van de concessiehouder inhoudt (eerste vraag), heeft het geen zin meer om te beoordelen of de „oude” concessiehouder al dan niet betrouwbaar was.

[39] Elfde alinea van het feitenrelaas en eerste alinea van punt 2.7 van de verwijzingsbeslissing, waarin een gedeelte van de preambule van de schikkingsovereenkomst wordt weergegeven. De verwijzende rechter beroept zich ook op arrest nr. 168/2020 van de Corte Costituzionale van 8 juli 2020.

[40] Volgens de verwijzende rechter is in de preambule van de schikkingsovereenkomst een passage uit dat advies overgenomen waarin, als alternatief voor beëindiging, werd voorgesteld om de bevoegde overheidsinstanties te belasten met de taak „te beoordelen of er nieuwe onderhandelingen over voornoemde eenvormige overeenkomst dienen te worden geopend, mochten de belangen van de staat daardoor beter worden beschermd, teneinde het evenwicht in de concessie te herstellen en ervoor te zorgen dat het autosnelwegennet opnieuw volledig veilig is, waarbij in punt 11 wordt gewezen op de potentiële risico’s van gedingen en van operationele gevolgen van een maatregel tot beëindiging van de overeenkomst”.

77. Het element betrouwbaarheid is van diepgaande invloed op de uitsluitingsgronden die verband houden met de subjectieve omstandigheden van zowel de geselecteerde gegadigde als de andere ondernemers.[41] Tussen de (on)betrouwbaarheid en de in artikel 38 van richtlijn 2014/23 neergelegde specifieke uitsluitingsgronden moet een verband bestaan.

78. De uitsluitingsgronden spelen hun eigen rol in de fase van de selectie van de contractant, maar niet wanneer de contractuele betrekking reeds tot stand is gekomen en de concessie, zoals in casu het geval is, in de loop der jaren haar eigen effecten heeft gesorteerd. Artikel 38 bepaalt weliswaar in een van de leden ervan dat de aanbestedende dienst *op ieder moment tijdens de [gunnings]procedure* kan besluiten tot uitsluiting van een ondernemer, maar dit heeft betrekking op de procedure voor de selectie en beoordeling van de inschrijvingen.

79. De vraag die thans aan de orde is, is of betrouwbaarheid ook een relevant criterium moet zijn bij het wijzigen van clausules van een lopende overeenkomst, met andere woorden of richtlijn 2014/23 vereist dat de betrouwbaarheid van de concessiehouder wordt beoordeeld naar aanleiding van een wijziging van de overeenkomst.

80. Het antwoord op die vraag hangt af van de aard van de voorgestelde wijzigingen:

– Als de wijziging wezenlijk is in de hierboven geanalyseerde zin, moet de aanbestedende dienst een nieuwe gunningsprocedure uitschrijven, waarin het aan die dienst staat om de betrouwbaarheid van alle gegadigden te beoordelen, waaronder die van de eerdere concessiehouder (indien deze beslist om deel te nemen).[42] De beoordeling van de betrouwbaarheid zal derhalve plaatsvinden in het kader van de procedure die is uitgeschreven voor de gunning van de nieuwe concessie.

– Indien de wijzigingen daarentegen niet van wezenlijke aard zijn, vereist niets in richtlijn 2014/23 dat de betrouwbaarheid van de concessiehouder opnieuw wordt beoordeeld. In dat geval hoeven de uitsluitingsgronden van artikel 38 niet te worden beoordeeld.

81. Het verschil tussen beide situaties wordt duidelijker wanneer wordt gekeken naar de behandeling van subjectieve wijzigingen in richtlijn 2014/23. Artikel 43, lid 1, onder d), punt ii), van die richtlijn bepaalt dat rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de oorspronkelijke concessiehouder door een andere ondernemer vereist dat die laatste „voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie”. Bij het beoordelen of aan deze criteria is voldaan, zal de aanbestedende dienst logischerwijs rekening moeten houden met de betrouwbaarheid van de nieuwe ondernemer, die de voorgaande vervangt.

[41] Dit heb ik opgemerkt in mijn conclusie in de zaak Tim (C-395/18, EU:C:2019:595, punt 44), in verband met richtlijn 2014/24/EU [van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65)], waarvan de inhoud parallel loopt met die van richtlijn 2014/23. Zie arresten van 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826, punt 26), en 19 juni 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, punten 29 en 30).

[42] In dat geval mag een ondernemer die zich in een van de in artikel 38, leden 4 en 7, van richtlijn 2014/23 bedoelde situaties bevindt, overeenkomstig lid 9 van datzelfde artikel bewijzen dat de door hem genomen (zelfcorrigerende) maatregelen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Indien dat bewijs toereikend wordt geacht, zal de ondernemer niet van de procedure worden uitgesloten.

82. Wanneer er echter geen sprake is van een dergelijke subjectieve wijziging, maar alleen van een zuiver interne herstructurering als gevolg van wijzigingen in de aandeelhoudersstructuur van de onderneming die nog steeds concessiehouder is, is de aanbestedende dienst niet verplicht om de betrouwbaarheid van deze concessiehouder, die in de oorspronkelijke gunningsprocedure reeds is vastgesteld, opnieuw te beoordelen.

83. De behandeling van niet-wezenlijke objectieve wijzigingen is analoog aan die van subjectieve wijzigingen, in het licht van de regeling voor contractuele wijzigingen die is neergelegd in richtlijn 2014/23.

84. Wanneer de concessiehouder tijdens de looptijd van de overeenkomst ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen, ontstaat echter een situatie die verschilt van die welke tot nu toe zijn uiteengezet. Voor zover een dergelijke situatie een (gebleken) gebrek aan integriteit of betrouwbaarheid impliceert, zou deze in bepaalde omstandigheden van invloed kunnen zijn op de rechtsverhouding tussen de concessiehouder en de aanbestedende dienst. Vanuit dat – beperkte – perspectief kan worden betoogd dat de concessiehouder gedurende de hele levensduur van de concessie betrouwbaar moet blijven.

85. De onbetrouwbaarheid van de concessiehouder wegens ernstig tekortschieten in de nakoming van de clausules van een lopende concessieovereenkomst is immers een factor die kan leiden tot beëindiging van die overeenkomst, zoals ik hierna zal uiteenzetten. In dit verband kan de reactie op een ernstige niet-nakoming, zodra deze door de aanbestedende dienst is aangetoond en vastgesteld, bestaan in beëindiging van de concessie, waarbij dit scenario niet wordt geregeld door artikel 38 van richtlijn 2014/23.

86. Dit hoeft evenwel niet noodzakelijkerwijs de reactie te zijn indien de aanbestedende dienst binnen zijn beoordelingsmarge tot de slotsom komt dat om redenen van algemeen belang passende wijzigingen van de overeenkomst (mits deze niet wezenlijk zijn) de voorkeur verdienen.

D. Derde prejudiciële vraag

1. Ontvankelijkheid

87. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het Unierecht in geval van „aangetoonde schending van de regel van openbare aanbesteding en/of aangetoonde onbetrouwbaarheid van de houder van een concessie voor snelwegen” vereist dat „de rechtsverhouding wordt beëindigd”.

88. De vraag moet worden begrepen als betrekking hebbend op artikel 44 van richtlijn 2014/23, dat ziet op de beëindiging [43] van concessies en dat in Italiaans recht is omgezet bij artikel 176 van het wetboek overheidsopdrachten.

[43] De term die in de verschillende taalversies voor dit begrip wordt gebruikt, komt niet altijd overeen met de betekenis ervan in sommige lidstaten in vergelijking met andere. Zo is de term vertaald als „résiliation” (in de Franse taalversie), „termination” (in de Engelse taalversie), „risoluzione” (in de Italiaanse taalversie), „Kündigung” (in de Duitse taalversie), „rescisão” (in de Portugese taalversie), „beëindiging” (in de Nederlandse taalversie) of „încetarea” (in de Roemeense taalversie). In de Spaanse taalversie wordt de term „resolución” gehanteerd, maar in overweging 80 van de richtlijn wordt als synoniem de term „rescisión” gebruikt.

89. Aldus geformuleerd is de vraag mijns inziens niet-ontvankelijk, omdat de beantwoording ervan niet noodzakelijk is voor de beslechting van het hoofdgeding. In dat geding is *beroep tot nietigverklaring* van de reeds vermelde handelingen (tot goedkeuring van contractuele wijzigingen) ingesteld, maar wordt niet verzocht om *beëindiging* van de concessie. [44]

90. Aangezien het geschil voor de verwijzende rechter zich beperkt tot de rechtmatigheid van de betreffende contractuele wijzigingen, is niet duidelijk welk belang er in deze zaak zou kunnen zijn bij het beantwoorden van de vraag naar de toepassing van het beëindigingsmechanisme van artikel 44 van richtlijn 2014/23. [45]

2. Ten gronde

91. Voor het geval dat het Hof de vraag ontvankelijk zou verklaren, zal ik de invloed van artikel 44 op het geding beknopt analyseren.

92. Krachtens deze bepaling moeten „de lidstaten [...] ervoor [zorgen] dat de aanbestedende diensten en aanbestedende instanties onder de bij het toepasselijke nationale recht bepaalde voorwaarden een concessie gedurende de looptijd ervan kunnen beëindigen" in drie specifieke gevallen. [46]

93. De opsomming van die drie gevallen is niet uitputtend. De lidstaten kunnen in hun nationale recht voorzien in beëindiging van een concessie in geval van ernstige niet-nakoming van contractuele voorwaarden die aan een van de partijen kan worden toegerekend. [47]

94. De nationale rechtsorden bevatten doorgaans bepalingen die voorschrijven dat wanneer een van de partijen bij een wederkerige overeenkomst haar verbintenis niet nakomt, de wederpartij is gerechtigd de overeenkomst te beëindigen. In de Italiaanse rechtsorde is deze bepaling neergelegd in artikel 1453 van het burgerlijk wetboek: in overeenkomsten met wederkerige prestaties kan, wanneer een van de overeenkomstsluitende partijen haar verbintenis niet nakomt, de andere partij naar keuze nakoming of beëindiging van de overeenkomst eisen, onverminderd hoe dan ook de toekenning van een vergoeding voor de veroorzaakte schade.

[44] Adusbef heeft voor de verwijzende rechter (vijfde middel van haar beroep) schending van onder andere artikel 44 van richtlijn 2014/23 aangevoerd, maar heeft dat gedaan als argument ter onderbouwing van haar stelling dat er een nieuwe gunningsprocedure moest worden uitgeschreven, aangezien de concessie wezenlijk was gewijzigd.

[45] Ter terechtzitting heeft de Italiaanse regering in dezelfde zin aangevoerd dat Adusbef geen vordering tot beëindiging heeft ingesteld bij de verwijzende rechter, zodat deze rechter een procedurefout (uitspraak ultra petita) zou begaan indien hij zich zou uitspreken over iets dat niet is gevorderd.

[46] Zie de weergave van die gevallen in punt 8 van deze conclusie.

[47] De vermelding in overweging 77 van richtlijn 2014/23 van het voorbeeld waarin „een concessie beëindigd wordt wegens tekortkomingen bij de uitvoering" impliceert de erkenning van beëindigingsgronden die niet zijn opgenomen in de bepalingen van de richtlijn. Ter terechtzitting heeft de Commissie erkend dat niets eraan in de weg staat dat lidstaten die andere gronden voor beëindiging regelen.

95. Artikel 44 van richtlijn 2014/23 is door de Italiaanse wetgever in nationaal recht omgezet bij artikel 176 van het wetboek overheidsopdrachten [48], waarin echter tevens wordt voorzien in beëindiging van een concessie wegens niet-nakoming door de concessiehouder. Voor dat geval verwijst artikel 176, lid 7, van het wetboek overheidsopdrachten naar artikel 1453 van het Italiaanse burgerlijk wetboek.

96. Hieruit volgt (onder voorbehoud van de uitlegging door de verwijzende rechter van het nationale recht) dat, ongeacht artikel 44 van richtlijn 2014/23, de niet-nakoming van de verbintenissen die in het kader van een concessie zijn aangegaan, een legitieme grond kan zijn voor beëindiging van een concessieovereenkomst. Uit de stukken in het dossier kan immers worden opgemaakt dat in de tegen ASPI ingeleide procedure wegens niet-nakoming van haar verplichtingen inzake onderhoud en instandhouding van de autosnelweg, beëindiging van de concessie als een van de mogelijke maatregelen werd overwogen.

97. Wat de verwijzende rechter evenwel wenst te vernemen, is of in geval van „aangetoonde schending van de regel van openbare aanbesteding en/of aangetoonde onbetrouwbaarheid van de houder van een concessie voor snelwegen", het Unierecht vereist dat „de rechtsverhouding wordt beëindigd".

98. Zoals de Italiaanse regering, de Commissie en een van de partijen betogen [49], kan het antwoord op de derde vraag worden afgeleid uit het antwoord op de tweede vraag. Uit dat laatste antwoord volgt dat geen van de twee door de verwijzende rechter genoemde factoren in casu moet leiden tot beëindiging van de concessie:

– wat de eerste factor (ontbreken van een gunningsprocedure) betreft, is een nieuwe procedure alleen vereist in geval van wezenlijke wijzigingen van de concessie. Volgens artikel 44, onder a), van richtlijn 2014/23 kan tot beëindiging worden overgegaan wanneer „de concessie is gewijzigd, waardoor een nieuwe concessiegunningsprocedure in de zin van artikel 43 vereist zou zijn geweest", hetgeen hier, om de reeds genoemde redenen, niet het geval lijkt te zijn;

– wat de tweede factor (onbetrouwbaarheid van de concessiehouder) betreft, heb ik reeds toegelicht dat die kan worden beoordeeld in de fase van de selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden, en niet in geval van niet-wezenlijke wijzigingen van de concessie. Indien de onbetrouwbaarheid verband houdt met een ernstige niet-nakoming van contractuele voorwaarden, zal het die niet-nakoming zijn die de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt om de overeenkomst te beëindigen, op een andere grond dan die van artikel 44 van richtlijn 2014/23.

[48] Artikel 176 van het wetboek overheidsopdrachten voorziet in de ambtshalve nietigheidverklaring wegens een tekortkoming die niet kan worden toegerekend aan de concessiehouder (lid 3), beëindiging wegens niet-nakoming door de concessieverlenende overheidsinstantie, die de concessie intrekt om redenen van algemeen belang, met vermelding van de economische gevolgen daarvan (leden 4, 5 en 6), beëindiging wegens niet-nakoming door de concessiehouder of om andere redenen die aan de concessiehouder kunnen worden toegerekend (leden 7 en 8), en vervanging van de concessiehouder door een nieuwe ondernemer, wiens rechten en verplichtingen bij dit artikel worden vastgesteld (leden 9 en 10).

[49] Punten 58 en 59 van de schriftelijke opmerkingen van de Italiaanse regering. De Commissie volgt dezelfde benadering met betrekking tot de betrouwbaarheid van de concessiehouder (punt 65 van haar schriftelijke opmerkingen). Volgens ASPI hangt het antwoord op de derde vraag af van de antwoorden op de twee voorgaande vragen (punten 27 en 76 van haar schriftelijke opmerkingen).

V. Conclusie

99. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de derde vraag van de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio niet-ontvankelijk te verklaren en de eerste en de tweede vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 38 en artikel 43, leden 1, 4 en 5, van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten

moeten aldus worden uitgelegd dat

1) overeenkomstig artikel 43 van richtlijn 2014/23 een concessieovereenkomst kan worden gewijzigd zonder dat een nieuwe openbare gunningsprocedure hoeft te worden uitgeschreven indien de in de clausules van die overeenkomst ingevoerde wijzigingen, die de algehele aard van de concessie niet veranderen, niet wezenlijk zijn, hetgeen de verwijzende rechter dient te beoordelen.

   De aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie dient te bepalen of er een nieuwe openbare gunningsprocedure moet worden ingeleid, na beoordeling van de – al dan niet wezenlijke – aard van de wijzigingen van de clausules van de concessieovereenkomst. Het desbetreffende besluit moet de belanghebbenden in staat stellen hun rechten te verdedigen en in voorkomend geval rechterlijke toetsing ervan mogelijk maken.

2) artikel 38 van richtlijn 2014/23 de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie verplicht om de betrouwbaarheid van de gegadigden te beoordelen, aan de hand van de toepasselijke uitsluitingsgronden, in het kader van het proces van selectie en kwalitatieve beoordeling van die gegadigden. Die beoordeling moet worden uitgevoerd zowel voor de verlening van de initiële concessie als voor wezenlijke wijzigingen van de concessieovereenkomst die een nieuwe openbare gunningsprocedure vereisen."