Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 30 kwietnia 2024 r. [1]

Sprawa C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
przeciwko
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,
przy udziale:
Mundys S.p.A., dawniej Atlantia S.p.A.,
Autostrade per l'Italia S.p.A.,
Holding Reti Autostradali S.p.A.

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Koncesja na zarządzanie autostradami – Poważne naruszenie obowiązków w zakresie utrzymania i konserwacji – Dyrektywa 2014/23/UE – Artykuł 43 – Modyfikacja koncesji – Kontynuowanie koncesji poprzedniego koncesjonariusza – Ocena konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia – Uzasadnienie decyzji – Istotny charakter modyfikacji – Ocena rzetelności koncesjonariusza w ramach procedury modyfikacji koncesji – Artykuł 44 – Rozwiązanie umowy koncesji – Brak przeprowadzenia przetargu – Brak rzetelności koncesjonariusza

1. W dniu 14 sierpnia 2018 r. zawalił się tak zwany „most Morandiego", wiadukt Polcevera na autostradzie A10 w pobliżu Genui we Włoszech. Koncesjonariuszem autostrady w tym czasie była spółka Autostrade per l'Italia S.p.A. (zwana dalej „ASPI").

2. Organy krajowe wszczęły postępowanie w celu ustalenia odpowiedzialności ASPI za poważne naruszenie jej zobowiązań w zakresie utrzymania i konserwacji sieci autostrad, za którą jest odpowiedzialna.

[1] Język oryginału: hiszpański.

3. Postępowanie to zakończyło się zawarciem *accordo transattivo* (zwanej dalej „ugodą") między ASPI a organami włoskimi, w następstwie której te same strony zawarły *III atto aggiuntivo* (zwany dalej „III aktem dodatkowym") włączony do pierwotnej umowy koncesyjnej. Zgodnie z tymi aktami postanowienia koncesji zostały zmodyfikowane bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji.

4. Stowarzyszenie konsumentów zaskarżyło te ugody i inne związane z nimi akty do sądu włoskiego, który zwraca się do Trybunału z wątpliwościami dotyczącymi wykładni prawa Unii odnoszącego się do modyfikacji (i ewentualnego rozwiązania) umów koncesji podlegających przepisom dyrektywy 2014/23/UE [2].

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2014/23

5. Artykuł 3 („Zasada równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości") stanowi:

„1. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców i brak dyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

[…]

2. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające mają na celu zapewnienie przejrzystości postępowania o udzielenie koncesji oraz realizacji umowy […]".

6. Zgodnie z art. 38 („Kwalifikacja i ocena podmiotowa kandydatów"):

„[…]

Instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające mogą wykluczyć lub mogą zostać zobowiązane przez państwo członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie koncesji każdego wykonawcę, jeżeli spełniony jest jeden z poniższych warunków:

[…]

c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego naruszenia etyki zawodowej, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;

[…]

f) jeżeli wykonawca wykazał istotne lub uporczywe braki w spełnieniu merytorycznych wymogów wynikających z wcześniejszej koncesji lub wcześniejszego zamówienia udzielonego przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający zdefiniowany w niniejszej dyrektywie lub w dyrektywie 2014/25/UE, co doprowadziło do przedwczesnego rozwiązania wcześniejszej umowy, odszkodowania lub innych, porównywalnych sankcji;

[…]".

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

7. Zgodnie z art. 43 („Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”):

„1. Koncesje można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji zgodnie z niniejszą dyrektywą w każdym z poniższych przypadków:

a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach koncesji w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter koncesji;

[…]

c) gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:

   (i) konieczność modyfikacji została spowodowana okolicznościami, których instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające, działające z należytą starannością, nie mogły przewidzieć;

   (ii) modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru koncesji;

   (iii) w przypadku koncesji udzielonych przez instytucję zamawiającą do celów wykonywania działalności innej niż te, o których mowa w załączniku II, wzrost wartości nie przekracza 50 % wartości pierwotnej koncesji. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy;

d) gdy nowy koncesjonariusz zastępuje koncesjonariusza, któremu instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający pierwotnie udzieliły koncesji, w wyniku:

   (i) jednoznacznej klauzuli przeglądowej lub opcji zgodnie z lit. a);

   (ii) sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego koncesjonariusza, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy; lub

   (iii) sytuacji, gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający sama przyjmuje zobowiązania głównego koncesjonariusza względem jego podwykonawców, gdy możliwość taką przewidują przepisy krajowe;

e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

Instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające, które wprowadziły do koncesji modyfikacje w przypadkach określonych w lit. b) i c) niniejszego ustępu, publikują stosowne ogłoszenie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*. Ogłoszenie takie zawiera informacje określone w załączniku XI i jest publikowane zgodnie z art. 33.

2. Ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)–d) są spełnione, koncesje można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości:

(i) próg określony w art. 8; oraz

(ii) 10 % wartości pierwotnej koncesji.

Jednak modyfikacja nie może zmieniać ogólnego charakteru koncesji. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość ta jest szacowana na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.

[…]

4. Modyfikację koncesji w okresie jej obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter koncesji różni się istotnie od charakteru pierwotnie zawartej koncesji. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie koncesji, umożliwiłyby dopuszczenie innych wnioskodawców niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników w postępowaniu o udzielenie koncesji;

b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną koncesji na korzyść koncesjonariusza w sposób, którego nie przewidziano w pierwotnej koncesji;

c) modyfikacja znacznie rozszerza zakres koncesji;

d) gdy nowy koncesjonariusz zastępuje koncesjonariusza, któremu instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający pierwotnie udzieliły koncesji, w przypadkach innych niż przewidziane w ust. 1 lit. d).

5. Nowe postępowanie o udzielenie koncesji zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku innych modyfikacji postanowień koncesji w okresie jej obowiązywania innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

8. Artykuł 44 („Rozwiązanie umowy koncesji”) stanowi:

„Państwa członkowskie zapewniają instytucjom zamawiającym i podmiotom zamawiającym możliwość rozwiązania umowy koncesji w okresie jej obowiązywania, na warunkach określonych przez mające zastosowanie prawo krajowe, w przypadku gdy spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

a) dokonana została modyfikacja koncesji, która wymagałaby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji zgodnie z art. 43;

b) koncesjonariusz znajdował się w momencie udzielenia koncesji w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 38 ust. 4, w związku z czym powinien był zostać wykluczony z postępowania o udzielenie koncesji;

c) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 TFUE, że państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom, które ciążą na nim na mocy Traktatów, z uwagi na to, że instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające należące do tego państwa członkowskiego udzieliły danej koncesji, nie wypełniając swoich obowiązków wynikających z Traktatów i niniejszej dyrektywy".

B. Prawo włoskie

1. Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici [3]

9. Zgodnie z art. 43 ust. 1, jeżeli aktualizacje lub modyfikacje umów dotyczących autostrad obowiązujących w dniu wejścia w życie tego dekretu pociągają za sobą zmiany lub poprawki do planu inwestycyjnego lub kwestii regulacyjnych mających na celu ochronę finansów publicznych, wymagają one uzyskania opinii określonych instytucji i zatwierdzenia przez organy określone w tym przepisie.

2. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici [4]

10. W art. 80 ust. 5 lit. c) i c *ter*), odpowiednio, wskazano jako fakultatywne podstawy wykluczenia oferentów poważne uchybienie zawodowe oraz naruszenie zobowiązań przy realizacji poprzedniej koncesji.

11. Część trzecia tego dekretu ustawodawczego, dotycząca umów koncesji, zawiera:

– artykuł 175 dotyczący modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania; w przepisie tym powtórzono z niewielkimi zmianami art. 43 dyrektywy 2014/23;

– artykuł 176 dotyczący wygaśnięcia, cofnięcia z urzędu, rozwiązania z powodu niewykonania zobowiązań i zastąpienia koncesjonariusza.

[3] Dekret z mocą ustawy nr 201 z dnia 6 grudnia 2011 r. – przepisy nadzwyczajne dotyczące wzrostu, zrównoważenia i konsolidacji budżetów publicznych (GURI Serie Generale nr 284 z dnia 6 grudnia 2011 r. – Suppl. Ordinario nr 251).

[4] Dekret ustawodawczy nr 50 z dnia 18 kwietnia 2016 r. – kodeks zamówień publicznych (GURI Serie Generale nr 91 z dnia 19 kwietnia 2016 r. – Suppl. Ordinario nr 10). Ma on zastosowanie ratione temporis.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

12. W dniu 12 października 2007 r. ASPI i Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (krajowe autonomiczne przedsiębiorstwo drogowe)[5] zawarły „Convenzione unica" (zwaną dalej „jednolitą umową")[6], na podstawie której przyznano ASPI koncesję dotyczącą szeregu odcinków włoskich autostrad o długości ponad 2800 km[7].

13. Koncesja wygasa w dniu 31 grudnia 2038 r.

14. W dniu 14 sierpnia 2018 r. w pobliżu Genui zawalił się odcinek wiaduktu Polcevera na autostradzie A10 („most Morandiego") objętej koncesją ASPI, w wyniku czego śmierć poniosły 43 osoby.

15. W dniu 16 sierpnia 2018 r. dyrekcja generalna ds. nadzoru nad koncesjonariuszami autostrad wszczęła postępowanie przeciwko ASPI w związku z poważnym naruszeniem zobowiązań w zakresie utrzymania i konserwacji sieci autostrad.

16. Począwszy od 10 lipca 2019 r., odbyły się różne spotkania koncesjonariusza z organami, w wyniku których ASPI przedstawiła swoją propozycję w dniu 11 lipca 2020 r.[8]

17. Na podstawie tej propozycji „wynegocjowanego rozwiązania" sporządzono ugodę, która zostało doręczona ASPI we wspólnym piśmie kilku włoskich ministerstw i prezydencji rady ministrów z dnia 23 września 2020 r.

18. W ugodzie określono środki, które koncesjonariusz miał przyjąć, oraz inne zobowiązania przyjęte przez koncesjonariusza w celu wynegocjowanego rozstrzygnięcia postępowania w sprawie naruszenia zobowiązań. Zaproponowano w ugodzie „renegocjację jednolitej umowy" z dnia 12 października 2007 r.

19. W dniu 15 lipca 2021 r. ASPI przekazała projekt aktu dodatkowego do jednolitej umowy wraz z załącznikami.

20. W dniu 14 października 2021 r. ministerstwo infrastruktury i ASPI zawarły ugodę, która została potwierdzona dekretem ministerstwa infrastruktury nr 37 z dnia 22 lutego 2022 r. w porozumieniu z ministerstwem gospodarki i finansów[9].

21. W dniu 21 marca 2022 r. ministerstwo infrastruktury i ASPI zawarły III akt dodatkowy do jednolitej umowy, włączając do niej pewne modyfikacje postanowień koncesji.

[5] Ministerstwo infrastruktury i zrównoważonej mobilności (zwane dalej „ministerstwem infrastruktury") wstąpiło z mocy ustawy w prawa i obowiązki przedsiębiorstwa krajowego w dniu 1 października 2012 r.

[6] Koncesja dotycząca autostrad zarządzanych przez ASPI ma swoje początki w koncesji udzielonej w 1968 r. spółce Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. Ten ostatni podmiot został sprywatyzowany w 1999 r., a w 2003 r. przeniósł on swoją działalność w zakresie koncesji dotyczących autostrad na ASPI.

[7] Jednolita umowa została formalnie zatwierdzona w art. 8 duodecies 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 (dekretu z mocą ustawy nr 59 z dnia 8 kwietnia 2008 r. ustanawiającego przepisy nadzwyczajne w celu wykonania zobowiązań wspólnotowych i wykonania wyroków Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich), przekształconego ze zmianami w ustawę 101/2008.

[8] W propozycji ASPI zaproponowała w istocie rekompensatę finansową w wysokości 3,4 mld EUR, podwyższenie standardów bezpieczeństwa oraz przeprowadzenie restrukturyzacji przedsiębiorstwa z udziałem Depositi e Prestiti S.p.A. i innych inwestorów, w stosunku do których podmiot ten miałby wyrazić zgodę, a na których przeniesiona zostałaby kontrola nad akcjonariatem ASPI.

[9] Zatwierdzenie ugody zostało poprzedzone pozytywną opinią (decyzja nr 75) Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (międzyresortowej komisji ds. planowania gospodarczego i zrównoważonego rozwoju) z dnia 22 grudnia 2021 r., która wypowiedziała się w sprawie III aktu dodatkowego.

22. W skardze zarejestrowanej pod numerem 6020 w 2022 r. kilka stowarzyszeń [w stosunku do których ostatecznie uznano, że jedynie Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (zwane dalej „Adusbef") ma legitymację procesową] zaskarżyło przed sądem odsyłającym następujące akty, w odniesieniu do których stowarzyszenia te wniosły o stwierdzenie ich nieważności:

– decyzję międzyresortowej komisji ds. planowania gospodarczego i zrównoważonego rozwoju nr 75/21 z dnia 22 grudnia 2021 r., zatytułowaną „Autostrade per l'Italia S.p.A. – opinia w sprawie trzeciego aktu dodatkowego do jednolitej umowy z dnia 12 października 2007 r. oraz w sprawie finansowego planu gospodarczego w rozumieniu art. 43 dekretu z mocą ustawy nr 201 z 2011 r. (decyzja nr 75/2021)";

– dekret ministerstwa infrastruktury nr 37 z dnia 22 lutego 2022 r. w porozumieniu z ministerstwem gospodarki i finansów zatwierdzający ugodę zawartą w dniu 14 października 2021 r. między ministerstwem infrastruktury a ASPI;

– orzeczenie Corte dei Conti (trybunału obrachunkowego, izba centralna ds. kontroli zgodności z prawem aktów rządu i administracji państwa, Włochy) nr SCCLEG/2/2022/PREV z dnia 29 marca 2022 r.;

– pozytywną opinię Avvocatura Generale dello Stato (służby prawnej państwa, Włochy) przekazana notą z dnia 24 września 2021 r., dotyczącą projektu wspomnianej wyżej ugody;

– ugodę zawartą w dniu 14 października 2021 r. między ministerstwem infrastruktury a ASPI;

– notę nr 19135 z dnia 5 listopada 2021 r., w której ASPI przekazała ministerstwu infrastruktury zaktualizowaną propozycję planu gospodarczo-finansowego;

– opinię Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (grupy doradczej ds. wdrożenia wytycznych dotyczących uregulowania usług użyteczności publicznej) z dnia 22 grudnia 2021 r. w sprawie projektu III aktu dodatkowego do jednolitej umowy oraz związanego z nim planu gospodarczo-finansowego;

– opinię z dnia 14 października 2020 r. i notę z dnia 16 grudnia 2021 r. Autorità di regolazione dei trasporti (urzędu regulacji transportu, Włochy);

– protokołów posiedzeń Consiglio dei Ministri (rady ministrów, Włochy) z dni 14 i 15 lipca 2020 r.;

– wszelkich innych aktów poprzedzających, powiązanych lub następczych.

23. Podniesione przez Adusbef[10] zarzuty dotyczyły naruszenia zarówno przepisów krajowych, jak i art. 38, 43 i 44 dyrektywy 2014/23.

24. Skardze tej sprzeciwiły się ASPI, instytucje i organy administracji publicznej będące autorami zaskarżonych aktów, reprezentowane łącznie, a także Atlantia S.p.A[11] oraz, w charakterze interwenienta popierającego żądania drugiej strony postępowania, Holding Reti Autostradali.

[10] Strony 12–15 postanowienia odsyłającego w wersji włoskiej.

[11] Atlantia była akcjonariuszem ASPI do czasu sprzedaży jej akcji spółce Holding Reti Autostradali (HRA) S.p.A. w ramach restrukturyzacji kapitału ASPI. W dniu 14 marca 2023 r. Atlantia zmieniła nazwę na Mundys S.p.A.

25. W tym kontekście Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) zwraca się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi „w odniesieniu do przepisów art. 38, 43 i 44 dyrektywy 2014/23”:

„1) Czy wykładnia przepisów krajowych, zgodnie z którą instytucja zamawiająca może wszcząć postępowanie w sprawie modyfikacji podmiotu i przedmiotu ważnej koncesji autostradowej lub jej renegocjacji, bez dokonania oceny i wyrażenia opinii w przedmiocie obowiązku przeprowadzenia publicznego postępowania przetargowego, jest sprzeczna z prawem [Unii]?

2) Czy wykładnia przepisów krajowych, zgodnie z którą instytucja zamawiająca może wszcząć postępowanie w sprawie modyfikacji podmiotu i przedmiotu ważnej koncesji autostradowej lub jej renegocjacji, bez dokonania oceny rzetelności koncesjonariusza, który dopuścił się poważnego uchybienia, jest sprzeczna z prawem [Unii]?

3) Czy w przypadku stwierdzenia naruszenia zasady publicznego postępowania przetargowego lub w przypadku stwierdzenia nierzetelności posiadacza koncesji, prawo [Unii] nakłada obowiązek rozwiązania tego stosunku?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

26. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 4 listopada 2022 r.

27. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, rządy niemiecki, estoński i włoski oraz przez Komisję Europejską. Wszystkie te podmioty, z wyjątkiem rządów niemieckiego i estońskiego, wzięły udział w rozprawie, która odbyła się w dniu 28 lutego 2024 r.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

1. Mająca zastosowanie dyrektywa

28. Zdaniem spółki Mundys dyrektywa 2014/23 nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, ponieważ zgodnie z art. 54 ust. 2 tej dyrektywy „nie ma [ona] zastosowania do udzielania koncesji, w odniesieniu do których postępowanie o udzielenie koncesji wszczęto przed dniem 17 kwietnia 2014 r. lub które zostały udzielone przed tą datą”. W niniejszej sprawie sporna koncesja została udzielona w dniu 12 października 2007 r.

29. Chociaż pierwotna koncesja została udzielona przed przyjęciem dyrektywy 2014/23, w celu ustalenia mającego zastosowanie aktu prawnego istotna jest data zmian, których ważność jest kwestionowana [12]. Data ta przypada po dniu 17 kwietnia 2014 r., w związku z czym zastosowanie ma dyrektywa 2014/23.

30. To samo rozumowanie można zastosować odpowiednio w celu odrzucenia zarzutów dotyczących braku rzetelności koncesjonariusza i istnienia podstawy rozwiązania umowy. Oba te zarzuty odnoszą się do okoliczności faktycznych wynikających ze spornych modyfikacji, które miały miejsce po dniu 17 kwietnia 2014 r., lub związanych z tymi modyfikacjami.

2. W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys i rząd włoski utrzymują, podnosząc częściowo wspólne, a częściowo odmienne argumenty, że odesłanie prejudycjalne jest niedopuszczalne. W istocie podmioty te zarzucają sądowi odsyłającemu, że nie przedstawił wystarczających okoliczności faktycznych i prawnych, aby uzyskać użyteczną odpowiedź na przedłożone przez niego pytania, oraz że pytania te mają charakter hipotetyczny.

32. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczące wykładni prawa Unii korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy. Ponadto to sąd krajowy jest odpowiedzialny za ustalenie stanu faktycznego i prawnego, a prawidłowość tego ustalenia nie podlega ocenie Trybunału. Może on odmówić wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie tych wniosków jedynie w wyjątkowych przypadkach, określonych przez Trybunał [13].

33. Moim zdaniem, z zastrzeżeniem tego, co wyjaśnię w dalszej części w odniesieniu do trzeciego pytania prejudycjalnego i pewnych niejasności w pozostałych pytaniach prejudycjalnych, dwa pierwsze pytania są związane z przedmiotem postępowania głównego. Chociaż opis okoliczności faktycznych nie jest tak dokładny, jak powinien być [14], to jednak opis ten i rozważania prawne zawarte w postanowieniu odsyłającym [15] dostarczają Trybunałowi minimum informacji niezbędnych do udzielenia odpowiedzi na dwa pierwsze pytania.

[12] Wyrok z dnia 2 września 2021 r., Sisal i in. (C-721/19 i C-722/19, zwany dalej „wyrokiem Sisal i in.”, EU:C:2021:672, pkt 28): „[…] w przypadku istotnej zmiany umowy koncesyjnej prawodawstwem Unii, w świetle którego należy oceniać tę zmianę, jest prawodawstwo obowiązujące w dniu tej zmiany. Trybunał wyjaśnił w tym kontekście, iż okoliczność, że pierwotna umowa koncesyjna została zawarta przed wprowadzeniem przepisów Unii w tej dziedzinie, nie wywołuje żadnych skutków w tym względzie […]”. Podobnie wyroki: z dnia 11 lipca 2013 r., Komisja/Niderlandy (C-576/10, EU:C:2013:510, pkt 54); z dnia 18 września 2019 r., Komisja/Włochy (C-526/17, EU:C:2019:756, pkt 60).

[13] Mianowicie gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wniesiono, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem postępowania głównego, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi sądowi odsyłającemu. Zobacz między innymi wyrok z dnia 14 września 2023 r., TGSS (Odmowa przyznania dodatku macierzyńskiego) (C-113/22, EU:C:2023:665, pkt 30, 31).

[14] W postanowieniu odsyłającym (pkt 2.1) sąd odsyłający stwierdza, że w odniesieniu do przedmiotu sporu i przedstawienia istotnych okoliczności faktycznych „sąd odsyłający przyjmuje w całości część niniejszego wyroku dotyczącą »okoliczności faktycznych«”. Jednakże ta część nie zawiera opisu okoliczności faktycznych, które sąd sam uznaje za ustalone, lecz okoliczności faktycznych, na które powołują się strony.

[15] Postanowienie odsyłające ma nietypową formę „wyroku nieprawomocnego”.

B. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

34. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy prawo Unii zezwala na dokonywanie „wykładni przepisów krajowych, zgodnie z którą instytucja zamawiająca może wszcząć postępowanie w sprawie modyfikacji podmiotu i przedmiotu ważnej koncesji autostradowej lub jej renegocjacji, bez dokonania oceny i wyrażenia opinii w przedmiocie obowiązku przeprowadzenia publicznego postępowania przetargowego".

35. Należy rozumieć, że sformułowane w ten sposób pytanie odnosi się do art. 43 dyrektywy 2014/23, który reguluje modyfikację umów koncesji w okresie ich obowiązywania. Odniosę się do tego pytania, analizując wspomniany przepis oraz formalne i merytoryczne aspekty modyfikacji uzgodnionych w niniejszej sprawie.

1. Modyfikacje umów koncesji w dyrektywie 2014/23

36. Artykuł 43 dyrektywy 2014/23 zezwala na modyfikację koncesji bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji w przypadkach wymienionych w art. 43 ust. 1. W zakresie, w jakim ma to znaczenie w niniejszej sprawie, najistotniejszy jest przypadek, w którym „modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4" [art. 43 ust. 1 lit. e)].

37. Ustęp 4 tego samego artykułu reguluje, kiedy modyfikację koncesji w okresie jej obowiązywania uznaje się za istotną. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 43 ust. 5, „[n]owe postępowanie o udzielenie koncesji […] jest wymagane".

38. W motywie 75 dyrektywy 2014/23 wskazuje się, że „[…] [n]owe postępowanie o udzielenie koncesji wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnym zamówieniu, w szczególności w odniesieniu do zakresu i treści wzajemnych praw i obowiązków stron […]".

39. Przed wejściem w życie dyrektywy 2014/23 Trybunał orzekł już, że istotne zmiany w zasadniczych postanowieniach umowy koncesyjnej mogą wymagać zawarcia nowej umowy [16].

40. W 2011 r. rozpoczęła się debata [17] na temat potrzeby dokonania zmian w dyrektywach dotyczących udzielania zamówień publicznych. Jedna z kwestii będących przedmiotem konsultacji dotyczyła tego, „czy potrzebne jest doprecyzowanie przepisów na poziomie UE w celu określenia warunków, w których modyfikacja umowy wymaga przeprowadzenia nowej procedury przetargowej", w świetle orzecznictwa Trybunału. Rezultat, który został odzwierciedlony w trzech dyrektywach w sprawie zamówień publicznych z 2014 r., jest podobny, jeśli chodzi o modyfikacje umów.

41. W późniejszym orzecznictwie dotyczącym art. 43 dyrektywy 2014/23 dokonano jego wykładni zgodnie z wcześniejszymi orzeczeniami. I tak, w wyroku z dnia 2 września 2021 r. Trybunał stwierdził, że w artykule tym „[…] dokona[no] […] wyczerpującej harmonizacji przypadków,

[16] Wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 37). Zobacz podobnie, w odniesieniu do uregulowań poprzedzających przyjęcie dyrektywy 2014/23, wyroki: z dnia 18 września 2019 r., Komisja/Włochy (C-526/17, EU:C:2019:756, pkt 59); z dnia 11 lipca 2013 r., Komisja/Niderlandy (C-576/10, EU:C:2013:510, pkt 54).

[17] Zielona księga „w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień" [Bruksela, dnia 27 stycznia 2011 r., COM(2011) 15, final]. Na stronie 27 wskazano, że „w przypadku niektórych rodzajów zmian orzecznictwo nie wydaje się wystarczająco jasno wskazywać, czy potrzebna jest nowa procedura przetargowa". Zobacz także dokument podsumowujący wynikający z okresu konsultacji, któremu podlegał (http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/18481/attachments/2/translations/, s. 13).

w których z jednej strony koncesje mogą być zmieniane bez konieczności przeprowadzania w tym celu nowego postępowania o udzielenie koncesji […] oraz w których z drugiej strony takie postępowanie jest wymagane w przypadku zmian warunków koncesji”[18].

42. Jak już wskazałem, art. 43 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/23 określa, jakie modyfikacje nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji. Ustęp 4 tego artykułu przewiduje, kiedy modyfikację należy uznać za istotną, czego konsekwencją (ust. 5) jest konieczność wszczęcia nowego postępowania o udzielenie koncesji.

43. Odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne sądu odsyłającego należy udzielić w świetle powyższych założeń. Jednakże pytanie to jest niejednoznacznie sformułowane: jak wynika z jego sformułowania, wydaje się, że ma ono na celu wyłącznie ustalenie, czy istnieje *formalny obowiązek* wydania przez instytucję zamawiającą uzasadnionej decyzji, której treść *materialna* zostałaby w ten sposób odsunięta na dalszy plan.

44. Podejście formalne kontrastuje jednak z uwagą, jaką sąd odsyłający poświęca w postanowieniu odsyłającym jednej z (domniemanych) istotnych modyfikacji koncesji, a mianowicie modyfikacji dotyczącej struktury akcjonariatu koncesjonariusza.

45. W celu zapewnienia kompletności wywodu odniosę się do obydwu aspektów pytania – formalnego i materialnego. Na wstępie pragnę zaznaczyć, że z wyjątkiem zmiany akcjonariatu postanowienie odsyłające nie określa dokładnie ani źródła ani treści zmodyfikowanych postanowień koncesji.

46. Jak już wspomniałem, modyfikacja została dokonana na mocy dwóch aktów, które, choć wzajemnie powiązane, mają różną formę prawną:

– po pierwsze, na mocy zawartej w dniu 14 października 2021 r. ugody między ministerstwem infrastruktury a ASPI, w ramach której zakończono dochodzenie w sprawie naruszenia zobowiązań przez koncesjonariusza[19];

– po drugie, na mocy zawartego przez te same strony w dniu 21 marca 2022 r. III aktu dodatkowego do jednolitej umowy; to właśnie w tym akcie w rzeczywistości wprowadzono modyfikacje do koncesji; jednakże w postanowieniu odsyłającym poświęcono mu niewiele uwagi.

2. Obowiązek uzasadnienia decyzji przez instytucję zamawiającą

47. Artykuł 43 ust. 1, 2 i 4 dyrektywy 2014/23, regulując sposób, w jaki koncesje mogą być modyfikowane (z wymogiem przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji lub bez takiego wymogu), nie zobowiązuje instytucji zamawiającej do przedstawienia powodów, dla których uważa ona, że zachodzi jeden z przypadków, o których mowa w tych przepisach.

[18] Wyrok Sisal i in., pkt 31.

[19] Ugoda jest w rzeczywistości aktem administracyjnym przyjętym na podstawie art. 11 ustawy 241/1990 z dnia 7 sierpnia 1990 r. w sprawie nowych przepisów w przedmiocie postępowania administracyjnego i prawa dostępu do dokumentów administracyjnych. Znajduje to odzwierciedlenie w art. 5 samej ugody. Jako taki akt administracyjny (przyjęty w formie „ugody z zainteresowanym”, o której mowa w art. 11 ust. 1 tej ustawy) podlega ona ogólnemu obowiązkowi uzasadnienia i takiej samej kontroli jak inne akty administracji.

48. Co do zasady, a także z uwagi na milczenie art. 43 dyrektywy 2014/23 w tej kwestii, do państw członkowskich należałoby zobowiązanie instytucji zamawiających do uzasadnienia decyzji dotyczących modyfikacji koncesji.

49. Jednakże Trybunał orzekł już, że w pewnych okolicznościach instytucja zamawiająca podlega takiemu obowiązkowi, aby umożliwić zainteresowanym „obronę ich praw oraz podjęcie z pełną znajomością rzeczy decyzji, czy wniesienie sądowego środka zaskarżenia od owych decyzji jest celowe" oraz aby „umożliwić sądom sprawowanie kontroli zgodności z prawem tych decyzji" [20].

50. Sąd odsyłający musi ustalić, czy, biorąc pod uwagę przedmiot sporu, zaskarżone akty powinny były zostać uzasadnione, a jeśli tak, to czy zawierają one wystarczające uzasadnienie, umożliwiające obronę praw ich adresatom lub ich kontrolę sądową [21].

51. Z tego punktu widzenia postanowienie odsyłające zawiera elementy wystarczające do stwierdzenia, że decyzja instytucji zamawiającej została poprzedzona ocenami, które mogłyby spełnić wymóg uzasadnienia. W szczególności właściwe organy wyjaśniły (słusznie lub niesłusznie, ale jest to inna kwestia), dlaczego modyfikacja koncesji była najbardziej odpowiednim rozwiązaniem.

52. W pkt 2.2 postanowienia odsyłającego można bowiem przeczytać, że instytucja zamawiająca wyważyła negatywne i pozytywne skutki obu rozważanych alternatywnych rozwiązań (modyfikacja koncesji bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji lub rozwiązanie umowy) [22]. Powody, które skłoniły organy włoskie do wybrania pierwszego z tych rozwiązań, zostały obszernie przedstawione w różnych dokumentach znajdujących się w aktach sprawy [23].

53. W związku z tym uzasadnienie instytucji zamawiającej można by wywnioskować z treści wszystkich dokumentów obejmujących akty zaskarżone w skardze Adusbef. Obejmują one opinie krajowych organów i instytucji, w których podkreśla się stosowność przyjęcia ugody i III aktu dodatkowego, w wyniku których instytucja zamawiająca uznała, że należy zmodyfikować pierwotną koncesję bez przeprowadzenia uprzedniego postępowania o udzielenie koncesji.

[20] Wyroki: z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 120 i przytoczone tam wcześniejsze orzecznictwo); z dnia 21 grudnia 2023 r., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016, pkt 87).

[21] Na rozprawie debatowano, czy instytucja zamawiająca, ze względu na to, że wprowadziła modyfikacje do koncesji zgodnie z art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23, powinna była opublikować ogłoszenie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, zawierające informacje określone w załączniku XI. Sąd odsyłający nie zwraca się z pytaniem dotyczącym tego zaniechania, ograniczając swoje pytanie do braku uzasadnienia aktów. W każdym razie, moim zdaniem, w niniejszej sprawie nie został spełniony jeden z trzech warunków wymaganych w tym przepisie: zmiana ogólnego charakteru koncesji.

[22] Sąd odsyłający przedstawia w tym celu negatywne konsekwencje rozwiązania umowy koncesji, które zostały wskazane w ugodzie. Obejmują one zaprzestanie działalności umownej, co mogłoby pociągnąć za sobą ryzyko kryzysu finansowego dla wykonawców i dostawców ASPI, wraz z ewentualnymi dodatkowymi kosztami dla administracji, wynikającymi z uznania kar; ryzyko o charakterze odstraszającym, że administracja stanie w obliczu sporów sądowych, w których zostanie uznana skuteczność niektórych postanowień jednolitej umowy, a których wyniki pociągnęłyby za sobą znaczne obciążenia finansowe dla państwa, jak również obowiązek wypłaty przez państwo odszkodowania na rzecz koncesjonariusza.

[23] Sąd odsyłający zwraca uwagę na następujące pozytywne aspekty ugody, które zostały w niej wymienione: (i) nieprzerwane dalsze zarządzanie usługą, co pozwoliłoby uniknąć przerwania świadczenia usługi o zasadniczym znaczeniu dla społeczności i rozwiązać ewentualne sytuacje utrudniające jej regularne świadczenie; (ii) natychmiastowe rozpoczęcie realizacji programu inwestycji i utrzymania sieci autostrad, a także promowanie planów inwestycyjnych związanych z transformacją ekologiczną i zrównoważoną mobilnością; (iii) utrzymanie i rozwój obecnego poziomu zatrudnienia oraz podejmowanie przez ASPI inicjatyw na rzecz społeczności zgodnie z priorytetami określonymi bezpośrednio przez organ administracji; (iv) gwarancja płatności za prace związane z odbudową mostu, który ma zastąpić wiadukt Polcevera; (v) zakończenie sporów toczących się między koncesjonariuszem a organami administracji; (vi) dostosowanie postanowień umownych koncesji poprzez usunięcie warunków uznanych za niesprawiedliwie korzystne dla koncesjonariusza; (vii) wprowadzenie wzmocnionego systemu kar w stosunku do tego przewidzianego w jednolitej umowie; (viii) gotowość obu stron do unikania wszelkich sporów sądowych w przyszłości.

54. W skardze wniesionej przez Adusbef do sądu odsyłającego stowarzyszenie to przyznaje, że „przyjęte w ugodzie powody przemawiające za nierozwiązywaniem, lecz kontynuowaniem umowy […]" są zawarte w tej umowie, i powtarza część jej treści [24]. W tym samym piśmie [25] Adusbef, przedstawiając własne argumenty, kwestionuje argumenty na rzecz kontynuowania umowy, które są zawarte w ugodzie, oraz te, które Corte dei conti (trybunał obrachunkowy) przedstawił w celu „uzupełnienia uzasadnienia".

55. Adusbef miało zatem możliwość zapoznania się z treścią aktów modyfikujących koncesję i zaskarżenia tych aktów, które poddaje kontroli sądowej sądu odsyłającego [26].

3. Kwalifikacja modyfikacji umowy koncesji

56. Postanowienie odsyłające skupia się przede wszystkim na (domniemanej) modyfikacji umowy koncesji, wynikającej ze zmiany struktury akcjonariatu ASPI. Spór dotyczy tego, czy doszło do „zmiany koncesjonariusza" w rozumieniu art. 43 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/23 w związku z art. 43 ust. 1 lit. d) tej dyrektywy.

57. Sąd odsyłający zmierza również do ustalenia:

– czy zawalenie się mostu Morandiego stanowiło „okoliczność, której nie można było przewidzieć", w rozumieniu art. 43 ust. 1 akapit pierwszy lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/23;

– czy zobowiązanie ASPI do zapewnienia rekompensaty finansowej w wysokości 3,4 mld EUR oraz zapewnienia poprawy warunków bezpieczeństwa sieci autostrad i jej skutecznego wdrożenia stanowi istotną modyfikację koncesji.

58. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy zgodnie z art. 43 ust. 5 dyrektywy 2014/23 wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji było konieczne. Trybunał może jednak udzielić sądowi odsyłającemu pewnych wskazówek, które pomogą mu w wydaniu wyroku.

a) Czy zmiana struktury akcjonariatu stanowi istotną modyfikację umowy koncesji?

59. Zgodnie z art. 43 ust. 1 lit. d) ppkt ii) dyrektywy 2014/23 „[k]oncesje można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji […] gdy nowy koncesjonariusz zastępuje koncesjonariusza, któremu […] pierwotnie udziel[ono] koncesji, w wyniku […] sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego koncesjonariusza, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę […]".

[24] Strony 10 i 11 skargi.

[25] Ustęp 8 tytułu „prawo", strona 29 skargi.

[26] Na rozprawie Adusbef kładło nacisk na brak uzasadnienia dekretu ministerstwa infrastruktury nr 37 z dnia 22 lutego 2022 r. Dekret ten, który Adusbef przedstawiło jako załączony dokument, zawiera dwa artykuły poprzedzone licznymi motywami: artykuł pierwszy jedynie zatwierdza ugodę, a artykuł drugi stanowi, że „skuteczność ugody jest uzależniona od spełnienia warunków określonych w art. 10 ugody". Dekret wydaje mi się zatem wystarczająco uzasadniony sam w sobie i per remissionem w zakresie, w jakim nawiązuje on do (obszernego) uzasadnienia zawartego w ugodzie. Oba te akty należy interpretować łącznie.

60. W celu dokonania wykładni tego przepisu należy wziąć pod uwagę motyw 77 dyrektywy 2014/23, który odnosi się do *zmian strukturalnych*, takich jak czysto wewnętrzne reorganizacje, przejęcia lub połączenia w trakcie realizacji koncesji. Tego rodzaju zmiany strukturalne „nie powinny automatycznie wiązać się z wymogiem przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji […]".

61. Z uwag na piśmie i uwag przedstawionych na rozprawie przez strony sporu oraz z informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym [27] wynika, że nie doszło do całkowitego lub częściowego zastąpienia koncesjonariusza (ASPI była i pozostaje koncesjonariuszem), lecz raczej do wewnętrznej restrukturyzacji akcjonariatu [28], w której nowi akcjonariusze wstąpili w prawa i obowiązki innych akcjonariuszy w ramach transakcji zgłoszonej Komisji [29].

62. Na rozprawie spierano się, czy objęcie przez Cassa Depositi e Prestiti [30] większościowego udziału w kapitale zakładowym ASPI pociąga za sobą, ze względu na swoje cechy [31], przekształcenie koncesjonariusza, które powoduje konieczność przeprowadzenia postępowania o udzielenie koncesji.

63. Tymczasem co do zasady samo zastąpienie jednych akcjonariuszy innymi akcjonariuszami w ramach restrukturyzacji akcjonariatu, która nie wiąże się ze zmianą koncesjonariusza, nie stanowi istotnego odnowienia długu zmieniającego podmiot zobowiązania, które wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji w rozumieniu art. 43 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) dyrektywy 2014/23. Potwierdził to Trybunał, który stwierdził, że „[…] wewnętrzne reorganizacje pierwotnego wykonawcy mogą stanowić nieistotną zmianę warunków danego zamówienia publicznego, które nie wymagają wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" [32].

[27] Punkt 2.5. postanowienia odsyłającego.

[28] Zgodnie z pkt 2.5 akapit pierwszy postanowienia odsyłającego Atlantia sprzedała 88 % akcji ASPI spółce holdingowej (Holding Reti Autostradali), w której większościowym akcjonariuszem (51 %) była spółka Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. i w której dwa fundusze zagraniczne, Macquarie i Blackstone, posiadały po 24,5 %. Zgodnie z przypisem 2 do uwag Holding Reti Autostradali pozostały kapitał należał w 6,94 % do Appia Investment i w 5 % do Silk Road Fund (o tych wartościach procentowych jest mowa w pkt 2.5 akapit drugi postanowienia odsyłającego).

[29] W decyzji C(2021) 8274 final Komisja postanowiła nie wyrażać sprzeciwu wobec zgłoszonej transakcji, którą uznała za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Zgodnie ze zgłoszeniem zamiaru koncentracji [na podstawie art. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 24, s. 1)] szereg spółek (CDP Equity, należąca do grupy Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group Limited i Blackstone Group Inc.) zamierzało przejąć wspólną kontrolę nad całą spółką ASPI poprzez nabycie akcji.

[30] Zgodnie z dostępnymi informacjami, które podlegają dalszej weryfikacji, 88,06 % akcji ASPI należy do spółki Holding Reti Autostradali, w której z kolei 51 % akcji należy do Cassa Depositi e Prestiti Equity. Wreszcie, 100 % akcji Cassa Depositi e Prestiti Equity należy do Cassa Depositi e Prestiti.

[31] Jeden z przedstawionych argumentów dotyczył przekształcenia (publicznego lub prywatnego) charakteru koncesjonariusza w wyniku udziału ministerstwa gospodarki i finansów w kapitale Cassa Depositi e Prestiti. Sąd odsyłający stwierdza jednak, że nie jest to przedsiębiorstwo publiczne. Przedmiotem sporu było również to, czy wejście nowych akcjonariuszy do ASPI stanowiło środek *self cleaning* koncesjonariusza, wprowadzony w mniejszym lub większym stopniu przez koncesjonariusza lub narzucony przez organy włoskie, co świadczyłoby o istotnym charakterze modyfikacji podmiotowej. Moim zdaniem należy odrzucić ten ostatni argument, ponieważ środkami naprawczymi są właśnie te, które zostały przyjęte przez tego samego koncesjonariusza (to znaczy tego, którego tożsamość została zachowana) w celu uczestniczenia w późniejszym postępowaniu o udzielenie koncesji na podstawie art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23.

[32] Wyrok z dnia 3 lutego 2022 r., Advania Sverige i Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72, pkt 34), odsyłający do wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

64. Z innej perspektywy sąd odsyłający będzie musiał wziąć pod uwagę, czy taka modyfikacja podmiotowa była dozwolona w art. 10 *bis* jednolitej umowy. W takim przypadku będzie on musiał ocenić, czy zaskarżone akty były zgodne z zastrzeżeniami, o których mowa w art. 43 ust. 1 lit. d) ppkt (i) dyrektywy 2014/23[33], to znaczy, czy modyfikacja była przewidziana jako opcja lub jednoznaczna klauzula przeglądowa w pierwotnej koncesji[34].

b) Inne modyfikacje (o charakterze podmiotowym)

65. Zdaniem sądu odsyłającego[35] zmiany w jednolitej umowy nie są wynikiem „okoliczności, których instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające, działające z należytą starannością, nie mogły przewidzieć".

66. W ocenie sądu odsyłającego naruszenie zobowiązań, które może wpłynąć na bezpieczeństwo ruchu drogowego lub doprowadzić, samo w sobie lub łącznie z innymi naruszeniami zobowiązań, do tragicznego zdarzenia, takiego jak zawalenie się mostu Morandiego, nie stanowi okoliczności, której nie można było przewidzieć.

67. Uważam, że nie należy skupiać się na tym, czy można było przewidzieć to zdarzenie, lecz na „konieczności", by wynikała z niego modyfikacja umowy. Artykuł 43 ust. 1 akapit pierwszy lit. c) ppkt (i) dyrektywy 2014/23 odnosi się właśnie do *konieczności modyfikacji* wynikającej z okoliczności, których instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające, działające z należytą starannością, nie mogły przewidzieć.

68. Bez względu na to, jaka była przyczyna uzgodnionych modyfikacji, w niniejszej sprawie znaczenie ma uznanie ich za istotne w celu stwierdzenia, czy – niezależnie od ich przyczyny – konieczne było przeprowadzenie postępowania o udzielenie koncesji, ponieważ modyfikacje te zmieniły przedmiot lub ogólny charakter koncesji.

69. Na rozprawie debatowano nad tym, jakie w szczególności modyfikacje podmiotowe wynikały z ugody i aktu dodatkowego w stosunku do jednolitej umowy. Spośród nich sąd odsyłający wymienia zobowiązania ASPI do zapewnienia rekompensaty finansowej w wysokości 3,4 mld EUR oraz do zapewnienia poprawy warunków bezpieczeństwa sieci autostrad. Nie dotyczy to jednak zmiany opłat lub innych zmian o odmiennym charakterze zawartych w tych dwóch ugodach.

70. Zadaniem sądu odsyłającego będzie również dokonanie oceny, czy przyjęte przez ASPI zobowiązania powodują istotną modyfikację umowy w rozumieniu art. 43 ust. 1, 2 i 4 dyrektywy 2014/23. W swojej ocenie sąd ten będzie mógł wziąć pod uwagę – co było przedmiotem debaty na rozprawie bez rozstrzygających wyników – czy wprowadzone zmiany w rzeczywistości pogarszają sytuację koncesjonariusza, poddając go bardziej uciążliwym warunkom[36], czy też przeciwnie, sprzyjają jego interesom, umożliwiając mu kontynuowanie koncesji. Będzie on mógł

[33] Zobacz w przedmiocie stosowania tej zasady wyrok Sisal i in., pkt 39–43.

[34] Tak utrzymuje spółka Holding Reti Autostradali w pkt 10 i 40 jej uwag na piśmie, odnosząc się do art. 10 *bis* jednolitej umowy, który przewiduje kryteria zatwierdzania zmian koncesjonariuszy autostrad, wynikających z koncentracji na poziomie Unii.

[35] Punkt 2.6 akapity trzeci i czwarty postanowienia odsyłającego.

[36] Przedstawiciel Holding Reti Autostradali powołał się na wyrok Sisal i in., aby podkreślić, że w tej sprawie koncesjonariusz został zobowiązany do spełnienia warunków bardziej uciążliwych niż pierwotnie ustalone, w związku z czym istotna modyfikacja na korzyść koncesjonariusza nie miała miejsca. W pkt 53 tego wyroku wskazano, „że w zakresie, w jakim wcześniejsza płatność może powodować zwiększenie kwoty płatności, taka zmiana nie wydaje się zmieniać równowagi ekonomicznej na korzyść koncesjonariusza w rozumieniu [art. 43 ust. 4 dyrektywy 2014/23]".

również ocenić, czy zmiany te odpowiadają wdrożeniu nowych środków legislacyjnych o charakterze ogólnym [37], czy raczej doraźnym decyzjom instytucji zamawiającej, swobodnie przyjętym przez nią na korzyść koncesjonariusza.

71. W mojej ocenie, w świetle zmian, do których odnosi się sąd odsyłający, dwie modyfikacje podmiotowe wskazane przez ten sąd nie wydają się mieć istotnego charakteru: po pierwsze, wkład finansowy ASPI (który jako taki jest uciążliwy dla koncesjonariusza) ma na celu przeciwdziałanie konsekwencjom gospodarczym tego, co miało miejsce w ramach ugody; po drugie, zobowiązanie do wzmocnienia bezpieczeństwa sieci autostrad nie różni się znacząco od zobowiązań przyjętych w jednolitej umowie.

C. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

72. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy „wykładnia przepisów krajowych, zgodnie z którą instytucja zamawiająca może wszcząć postępowanie w sprawie modyfikacji podmiotu i przedmiotu ważnej koncesji autostradowej lub jej renegocjacji, bez dokonania oceny rzetelności koncesjonariusza, który dopuścił się poważnego uchybienia, jest sprzeczna z prawem [Unii]” [38].

73. Założenie, na którym opiera się pytanie, jest takie, że koncesjonariusz poważnie naruszył spoczywające na nim zobowiązania w zakresie utrzymania i konserwacji infrastruktury autostradowej. Instytucja zamawiająca nie stwierdziła jednak *formalnie* tego naruszenia, ponieważ wszczęte w tym celu postępowanie było przedmiotem ugody, o której wspomniano już wielokrotnie.

74. Sąd odsyłający przyjął do wiadomości opinię wydaną w dniu 28 czerwca 2019 r. przez międzyinstytucjonalną grupę roboczą [39], w której uznano, że koncesjonariusz poważnie naruszył spoczywające na nim zobowiązania w zakresie utrzymania i konserwacji. Opinia ta przewidywała już jednak wykluczenie stwierdzenia naruszenia zobowiązań w zamian za renegocjację jednolitej umowy [40], co w rzeczywistości miało miejsce.

75. Pytanie należy rozumieć jako odnoszące się do art. 38 dyrektywy 2014/23, który jest jednym z przepisów tej dyrektywy, na które powołano się w nagłówku wspólnym dla trzech pytań.

[37] Okoliczność ta została podniesiona na rozprawie przez pełnomocnika ASPI, który argumentował, że modyfikacje ugody i aktu dodatkowego były przynajmniej częściowo spowodowane wejściem w życie decreto legge 28 settembre 2018, n. 109 (dekretu z mocą ustawy nr 109 z dnia 28 września 2018 r.) (GURI nr 226 z dnia 28 września 2018 r.), który będzie miał zastosowanie do wszystkich koncesji dotyczących autostrad. Wątpliwe jest jednak, czy w odniesieniu do ASPI można oddzielić treść tego dekretu z mocą ustawy od zachowania ASPI jako koncesjonariusza, jak wynika z wyroku Corte Costituzionale (trybunału konstytucyjnego, Włochy) nr 168/2020 z dnia 8 lipca 2020 r., pkt 1.1–1.6 „co do prawa”.

[38] Jak zauważył jeden z interwenientów, drugie pytanie prejudycjalne jest w pewnym sensie sprzeczne z pytaniem pierwszym: o ile wprowadzenie nowych akcjonariuszy stanowi istotną modyfikację podmiotową, ponieważ w rzeczywistości wiąże się ze zmianą koncesjonariusza (pytanie pierwsze), o tyle dokonanie oceny, czy „dawny” koncesjonariusz był rzetelny, nie ma już sensu.

[39] Akapit jedenasty opisu okoliczności faktycznych i pkt 2.7 akapit pierwszy postanowienia odsyłającego, w którym powtórzono część preambuły ugody. Sąd odsyłający opiera się również na wyroku Corte Costituzionale (trybunału konstytucyjnego) nr 168/2020 z dnia 8 lipca 2020 r.

[40] Zdaniem sądu odsyłającego w preambule ugody powtórzono część tej opinii, w której jako alternatywę dla rozwiązania umowy zaproponowano powierzenie właściwym organom administracji przeprowadzenia „oceny, czy należy dokonać renegocjacji wspomnianej jednolitej umowy, jeżeli lepiej chroniłoby to interesy państwa, w celu przywrócenia równowagi koncesji i przywrócenia pełnego bezpieczeństwa sieci autostrad, oraz przypomniano w pkt 11 o potencjalnym ryzyku sporów sądowych i konsekwencji operacyjnych rozwiązania umowy”.

76. Artykuł 38 dyrektywy 2014/23 reguluje kwalifikację i ocenę podmiotową kandydatów. Jest on zawarty w tytule (III) dotyczącym udzielania koncesji. W tym kontekście dyrektywa 2014/23 przewiduje rzetelność jako kluczowy element wstępnej kwalifikacji. Zgodnie z motywem 70 tej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczyć „wykonawców, którzy okazali się nierzetelni".

77. Element rzetelności dotyczy podstaw wykluczenia odnoszących się do warunków podmiotowych zarówno wybranego kandydata, jak i innych wykonawców [41]. Musi istnieć związek między rzetelnością (brakiem rzetelności) a konkretnymi podstawami wykluczenia określonymi w art. 38 dyrektywy 2014/23.

78. Podstawy wykluczenia mają swój szczególny zakres na etapie kwalifikacji wykonawcy, ale nie wtedy, gdy stosunek umowny został już nawiązany i, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, koncesja wywoływała przez lata swoje własne skutki. Chociaż jeden z ustępów art. 38 stanowi, że instytucja zamawiająca może podjąć decyzję o wykluczeniu koncesjonariusza *w dowolnym momencie w trakcie postępowania* (o udzielenie koncesji), to jednak dotyczy to procedury kwalifikacji i oceny kandydatów.

79. Poruszona obecnie kwestia dotyczy tego, czy rzetelność powinna być również istotnym elementem przy zmianie postanowień obowiązującej umowy. Chodzi mianowicie o to, czy dyrektywa 2014/23 wymaga oceny rzetelności koncesjonariusza w związku z modyfikacją umowy.

80. Odpowiedź na tę kwestię zależeć będzie od charakteru proponowanych zmian:

– Jeżeli modyfikacja jest istotna w sposób analizowany powyżej, instytucja zamawiająca musi wszcząć nowe postępowanie o udzielenie koncesji, w trakcie którego musi ocenić rzetelność wszystkich kandydatów, w tym rzetelność poprzedniego koncesjonariusza (o ile zdecyduje się on na udział) [42]. Ocena rzetelności zostanie zatem dokonana w ramach otwartego postępowania przetargowego o udzielenie nowej koncesji.

– Natomiast jeżeli modyfikacje nie są istotne, żaden z przepisów dyrektywy 2014/23 nie wymaga przeprowadzenia nowej oceny rzetelności koncesjonariusza. W takim przypadku nie jest wymagana ocena podstaw wykluczenia na podstawie art. 38.

81. Różnica między tymi dwiema sytuacjami staje się jaśniejsza, gdy przyjrzymy się podejściu do modyfikacji podmiotowych w dyrektywie 2014/23. Artykuł 43 ust. 1 lit. d) ppkt (ii) tej dyrektywy stanowi, że w przypadku sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego koncesjonariusza przez innego wykonawcę ten ostatni musi „spełni[ć] pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej". Przy dokonywaniu oceny spełnienia tych kryteriów instytucja zamawiająca oczywiście będzie musiała wziąć pod uwagę rzetelność nowego wykonawcy, który zastępuje poprzedniego.

[41] Zwróciłem na to uwagę w mojej opinii w sprawie Tim (C-395/18, EU:C:2019:595, pkt 44) w odniesieniu do dyrektywy 2014/24/UE [dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65)], której treść jest zbieżna z treścią dyrektywy 2014/23. Zobacz wyroki: z dnia 3 października 2019 r., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826, pkt 26); z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 29, 30).

[42] W takim przypadku, zgodnie z art. 38 ust. 9 dyrektywy 2014/23, wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4 i 7 tego artykułu, może przedstawić dowody na to, że przyjęte przez niego środki (środki naprawcze) są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, wykonawca ten nie zostaje wykluczony z postępowania o udzielenie koncesji.

82. Jednakże w przypadku, gdy nie ma miejsca taka modyfikacja podmiotowa, lecz jedynie wewnętrzna restrukturyzacja przedsiębiorstwa spowodowana zmianami w akcjonariacie podmiotu, który jest i pozostaje koncesjonariuszem, instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana do dokonania ponownej oceny jego rzetelności ustalonej już w pierwotnym postępowaniu o udzielenie koncesji.

83. Jeśli chodzi o modyfikacje podmiotowe, które nie są istotne, podejście do nich jest analogiczne do podejścia do modyfikacji przedmiotowych, biorąc pod uwagę system modyfikacji umowy przewidziany w dyrektywie 2014/23.

84. Sytuacja jest inna, jeśli w trakcie obowiązywania umowy koncesjonariusz poważnie naruszył spoczywające na nim zobowiązania umowne. Czynnik ten może, pod pewnymi warunkami, wpływać na jego stosunki z instytucją zamawiającą, ponieważ pociąga za sobą brak uczciwości lub rzetelności. Z tego zawężonego punktu widzenia można utrzymywać, że rzetelność koncesjonariusza musi trwać przez cały okres obowiązywania koncesji.

85. Brak rzetelności koncesjonariusza, wynikający z faktu, że poważnie naruszył on postanowienia obowiązującej umowy koncesyjnej, jest bowiem czynnikiem, który może doprowadzić do rozwiązania tej umowy, jak wyjaśnię poniżej. W tym znaczeniu reakcja na poważne naruszenie zobowiązań, po jego ustaleniu i stwierdzeniu przez instytucję zamawiającą, może polegać na rozwiązaniu umowy koncesji, czego nie reguluje art. 38 dyrektywy 2014/23.

86. Jednakże reakcja ta niekoniecznie musi mieć miejsce, jeżeli instytucja zamawiająca, w ramach przysługującego jej zakresu uznania, uzna odpowiednie modyfikacje umowy (pod warunkiem, że nie są one istotne) za preferowane ze względu na interes publiczny.

D. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

1. W przedmiocie dopuszczalności

87. Sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w przypadku „naruszenia zasady publicznego postępowania przetargowego lub w przypadku stwierdzenia nierzetelności posiadacza koncesji" prawo Unii zobowiązuje do „rozwiązania tego stosunku".

88. Pytanie to należy rozumieć jako odnoszące się do art. 44 dyrektywy 2014/23, którego przedmiotem jest rozwiązanie umowy[43] koncesji i który został transponowany do prawa włoskiego na mocy art. 176 kodeksu zamówień publicznych.

89. Uważam, że sformułowane w ten sposób pytanie jest niedopuszczalne, ponieważ jest ono zbędne dla rozstrzygnięcia postępowania głównego. W niniejszej sprawie wniesiono *skargę o stwierdzenie nieważności* wymienionych wyżej aktów (zatwierdzenie modyfikacji umowy), lecz nie wystąpiono z roszczeniem o *rozwiązanie umowy* koncesji[44].

[43] Termin użyty w różnych wersjach językowych w odniesieniu do tego pojęcia nie zawsze odpowiada znaczeniu terminu używanego w poszczególnych państwach członkowskich. Został on przetłumaczony jako „résiliation" (w języku francuskim); „termination" (w języku angielskim); „risoluzione" (w języku włoskim); „Kündigung" (w języku niemieckim); „rescisão" (w języku portugalskim); „Beëindiging" (w języku niderlandzkim) lub „Încetarea" (w języku rumuńskim). W wersji hiszpańskiej użyto pojęcia „resolución" („rozwiązanie"), lecz w motywie 80 dyrektywy przyjęto, jak gdyby był to synonim, termin „rescisión" („rozwiązanie").

[44] Adusbef podniosło przed sądem odsyłającym (zarzut piąty skargi) naruszenie między innymi art. 44 dyrektywy 2014/23, ale uczyniło to jako argument na poparcie twierdzenia, że w przypadku istotnej modyfikacji koncesji należy przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie koncesji.

90. Ponieważ debata przed sądem odsyłającym ogranicza się do zgodności z prawem modyfikacji umowy, nie jest jasne, jaki interes mógłby istnieć w niniejszej sprawie w udzieleniu odpowiedzi na pytanie o zastosowanie mechanizmu rozwiązania umowy przewidzianego w art. 44 dyrektywy 2014/23 [45].

2. Co do istoty

91. Na wypadek, gdyby Trybunał uznał to pytanie za dopuszczalne, przeanalizuję pokrótce wpływ wspomnianego art. 44 na spór.

92. Zgodnie z tym przepisem „[p]aństwa członkowskie zapewniają instytucjom zamawiającym i podmiotom zamawiającym możliwość rozwiązania umowy koncesji w okresie jej obowiązywania, na warunkach określonych przez mające zastosowanie prawo krajowe […]" w trzech ściśle określonych przypadkach [46].

93. Wyliczenie tych trzech przypadków nie jest wyczerpujące. Państwa członkowskie mogą przewidzieć w swoim prawie krajowym rozwiązanie umowy koncesji w przypadku poważnego naruszenia postanowień umowy, które można przypisać jednej ze stron [47].

94. W krajowych porządkach prawnych często przewidziane są bowiem przepisy, zgodnie z którymi uprawnienie do rozwiązania stosunku zobowiązaniowego jest dorozumiane w zobowiązaniach wzajemnych, w przypadku gdy jedna z osób zobowiązanych nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań. Ma to miejsce w przypadku art. 1453 włoskiego kodeksu cywilnego: w umowach wzajemnych, w przypadku gdy jedna ze stron nie wykonuje swoich zobowiązań, druga strona może, wedle swego wyboru, zażądać wykonania zobowiązania lub rozwiązania umowy, z zastrzeżeniem, w każdym przypadku, naprawienia szkody.

95. W art. 176 kodeksu zamówień publicznych ustawodawca włoski dokonał transpozycji art. 44 dyrektywy 2014/23 do prawa krajowego [48], ale przewidział również rozwiązanie umowy koncesji w przypadku niewykonania umowy przez koncesjonariusza. W odniesieniu do tego przypadku art. 176 ust. 7 kodeksu zamówień publicznych odsyła do art. 1453 kodeksu cywilnego.

96. Wynika z tego (z zastrzeżeniem wykładni prawa krajowego, której dokonuje sąd odsyłający), że niezależnie od art. 44 dyrektywy 2014/23 niewykonanie zobowiązań przewidzianych w koncesji może stanowić uzasadnioną podstawę rozwiązania umowy koncesji. Z dokumentów dołączonych do akt sprawy wynika bowiem, że w postępowaniu wszczętym przeciwko ASPI w związku z niewykonaniem przez nią spoczywających na niej obowiązków utrzymania i konserwacji autostrady przewidziano rozwiązanie umowy koncesji jako jeden z możliwych środków.

[45] Na rozprawie rząd włoski utrzymywał podobnie, że Adusbef nie podniosło przed sądem odsyłającym żądania rozwiązania umowy, w związku z czym sąd ten dopuściłby się uchybienia proceduralnego (wyrok ultra petita), gdyby orzekł w przedmiocie czegoś, o co nie zwrócono się do niego.

[46] Zobacz jego treść przytoczoną w pkt 8 niniejszej opinii.

[47] Odniesienie w motywie 77 dyrektywy 2014/23 do przypadku „rozwiązania umowy koncesji z powodu niedociągnięć w realizacji" oznacza uznanie powodów rozwiązania umowy, które nie są przewidziane w treści tej dyrektywy. Na rozprawie Komisja przyznała, że nic nie stoi na przeszkodzie temu, by państwa członkowskie uregulowały te inne powody rozwiązania umowy.

[48] Artykuł 176 kodeksu zamówień publicznych przewiduje nieważność z urzędu z powodu wady, której nie można przypisać koncesjonariuszowi (ust. 3); rozwiązanie umowy z powodu niewykonania zobowiązania przez organ administracji udzielający koncesji, który cofa koncesję ze względu na interes publiczny, wskazując konsekwencje gospodarcze rozwiązania umowy (ust. 4, 5 i 6); rozwiązanie umowy z powodu niewykonania zobowiązania przez koncesjonariusza lub z innych przyczyn leżących po jego stronie (ust. 7 i 8); oraz zastąpienie koncesjonariusza przez nowego wykonawcę, którego prawa i obowiązki ustanawia (ust. 9 i 10).

97. Jednakże sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w przypadku „naruszenia zasady publicznego postępowania przetargowego lub w przypadku stwierdzenia nierzetelności posiadacza koncesji" prawo Unii zobowiązuje do „rozwiązania tego stosunku".

98. Jak podnoszą rząd włoski, Komisja i jedna ze stron sporu [49], odpowiedź na pytanie trzecie wynika z odpowiedzi na pytanie drugie. Z odpowiedzi na pytanie drugie można wywnioskować, że żaden z dwóch czynników, do których odnosi się sąd odsyłający, nie przesądza w niniejszej sprawie o rozwiązaniu umowy koncesji:

– W odniesieniu do pierwszego czynnika (brak przetargu) nowe postępowanie jest wymagane tylko w przypadku istotnych modyfikacji koncesji. Zgodnie z art. 44 lit. a) dyrektywy 2014/23 należy rozwiązać umowę, gdy „dokonana została modyfikacja koncesji, która wymagałaby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji zgodnie z art. 43", co nie wydaje się mieć miejsca w niniejszej sprawie z powodów już wskazanych.

– W odniesieniu do drugiego czynnika (brak rzetelności koncesjonariusza) wyjaśniłem już, że byłby on widoczny na etapie kwalifikacji i oceny wybranego oferenta, a nie w przypadku wystąpienia modyfikacji koncesji, które nie są istotne. Jeżeli brak rzetelności jest związany z poważnym naruszeniem warunków umowy, to właśnie takie naruszenie umożliwiłoby instytucji zamawiającej rozwiązanie umowy w oparciu o podstawę inną niż podstawy przewidziane w art. 44 dyrektywy 2014/23.

V. Wnioski

99. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał uznał za niedopuszczalne trzecie pytanie prejudycjalne przedłożone przez Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy) i udzielił następującej odpowiedzi na pytania prejudycjalne pierwsze i drugie:

Artykuł 38 i art. 43 ust. 1, 4 i 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji

należy interpretować w ten sposób, że:

1) Zgodnie z art. 43 dyrektywy 2014/23 umowa koncesji może zostać zmodyfikowana bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli modyfikacje wprowadzone do jej postanowień, nie zmieniając ogólnego charakteru koncesji, nie są istotne, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.

   Instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające oceniają, czy konieczne jest wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po dokonaniu oceny, czy charakter modyfikacji postanowień koncesji jest istotny. Decyzja w tej sprawie musi umożliwiać zainteresowanym obronę ich praw oraz, w stosownym przypadku, kontrolę sądową.

[49] Punkty 58 i 59 uwag na piśmie rządu włoskiego. Komisja przyjmuje takie samo podejście w odniesieniu do rzetelności koncesjonariusza (pkt 65 uwag na piśmie Komisji). Zdaniem ASPI odpowiedź na pytanie trzecie jest uzależniona od odpowiedzi na dwa poprzednie pytania (pkt 27 i 76 jej uwag na piśmie).

2) Artykuł 38 dyrektywy 2014/23 zobowiązuje instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające do dokonania oceny rzetelności kandydatów w odniesieniu do odpowiednich podstaw wykluczenia, w ramach procedury kwalifikacji i oceny podmiotowej tych kandydatów. Ocenę tę należy przeprowadzić zarówno w celu udzielenia pierwotnej koncesji, jak i w celu wprowadzenia do umowy koncesji istotnych modyfikacji, które wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.