Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 30 april 2024 [1]

Mål C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
mot
Presidenza del Consiglio dei ministri,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili,
DIPE – Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,
Autorità di regolazione dei trasporti,
Corte dei Conti,
Avvocatura dello Stato,
ytterligare deltagare i rättegången:
Mundys SpA, tidigare Atlantia SpA,
Autostrade per l'Italia SpA,
Holding Reti Autostradali SpA.

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Koncession för förvaltning av motorvägar – Allvarlig försummelse av skyldigheterna att sköta underhåll och drift – Direktiv 2014/23/EU – Artikel 43 – Ändring av koncessionen – Den tidigare koncessionshavarens kontinuitet – Bedömning av om det är nödvändigt att anordna ett nytt upphandlingsförfarande – Motivering till beslutet – Huruvida ändringarna är väsentliga – Bedömning av koncessionshavarens tillförlitlighet i förfarandet för att ändra koncessionen – Artikel 44 – Uppsägning av koncessionen – Något upphandlingsförfarande har inte genomförts – Koncessionshavarens opålitlighet”

1. Den 14 augusti 2018 kollapsade en sektion av Polcevera-viadukten (den så kallade Morandi-bron) på Motorväg A10 i närheten av Genua i Italien. Koncessionshavare för motorvägen var vid den tidpunkten Autostrade per l'Italia SpA (nedan kallat ”ASPI”).

2. De nationella myndigheterna inledde ett förfarande mot ASPI för att klargöra om företaget allvarligt försummat sina skyldigheter att sköta underhållet och driften av motorvägsnätet.

[1] Originalspråk: spanska.

3. Det ovannämnda förfarandet mynnade ut i att ASPI och de italienska myndigheterna ingick en *accordo transattivo* (nedan kallad förlikningen), vilken följdes av ett *III atto aggiuntivo* (nedan kallat det tredje tilläggsavtalet) som undertecknades av samma parter och som fördes in i det ursprungliga koncessionsavtalet. De innebar att villkoren i koncessionsavtalet ändrades utan att något nytt upphandlingsförfarande inleddes.

4. En konsumentorganisation har väckt talan mot dessa avtal, liksom mot andra anknytande rättsakter, vid en italiensk domstol, som har vänt sig till EU-domstolen för att den ska klargöra hur de unionsrättsliga bestämmelserna om ändring (och eventuell uppsägning) av koncessionsavtal, som regleras i direktiv 2014/23/EU,[2] ska tolkas.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt Direktiv 2014/23

5. Artikel 3 (”Principen om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet”) har följande lydelse:

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

…

2. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska sträva efter att säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet och vid kontraktets fullgörande …”

6. I artikel 38 (”Urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande”) föreskrivs följande:

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

…

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

…

f) Om en ekonomisk aktör har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt en tidigare koncession eller ett tidigare kontrakt med en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet som definieras i detta direktiv eller i direktiv 2014/25/EU och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid, eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.

…”

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

7. Artikel 43 (”Ändringar av kontrakt under löptiden”) har följande lydelse:

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

a) Om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga koncessionsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta värdeändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av koncessionens övergripande karaktär är inte tillåtna.

…

c) Om samtliga följande villkor är uppfyllda:

   i) Behovet av ändring har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet eller upphandlande enhet inte hade kunnat förutse.

   ii) Ändringen medför inte att koncessionens övergripande karaktär ändras.

   iii) För koncessioner som tilldelas av en upphandlande myndighet för bedrivande av en annan verksamhet än de verksamheter som avses i bilaga II får en värdeökning inte överstiga 50 % av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera successiva ändringar görs bör denna begränsning gälla för värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå detta direktiv.

d) Om den koncessionshavare som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat koncessionen byts ut mot en ny koncessionshavare, till följd av antingen

   i) en entydig ändringsklausul eller en option i överensstämmelse med led a,

   ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv, eller

   iii) att den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten själv tar på sig huvudkoncessionshavarens skyldigheter gentemot dennes underleverantörer om denna möjlighet föreligger enligt nationell lagstiftning.

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

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

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

i) tröskelvärdet i artikel 8, och

ii) 10 % av den ursprungliga koncessionens värde.

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

…

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

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

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

c) Ändringen medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt.

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

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

8. I artikel 44 (”Uppsägning av koncessioner”) föreskrivs följande:

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

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

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

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

B. Italiensk rätt

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

9. Enligt artikel 43.1 ska uppdateringar eller revideringar av motorvägsavtal som gäller när lagdekretet träder i kraft, när de innebär ändringar av eller tillägg till investeringsplanen eller regleringsaspekter som syftar till att skydda de offentliga finanserna, vara föremål för yttrande från vissa organ och godkännas av de myndigheter som anges i den bestämmelsen.

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

10. I artikel 80.5 anges som fakultativa skäl för uteslutning av anbudsgivare, i led c respektive c *ter*), allvarliga fel i yrkesutövningen och underlåtenhet att fullgöra en tidigare koncession.

11. Del tre i lagdekretet, som behandlar koncessionsavtal, innehåller följande:

– Artikel 175 om ändringar av avtal under deras giltighetstid. Den återger i stort sett artikel 43 i direktiv 2014/23.

– Artikel 176 om upphörande, återkallelse ex officio, uppsägning på grund av bristande fullgörelse och utbyte av koncessionshavare.

II. Faktiska omständigheter, det nationella målet och tolkningsfrågor

12. Den 12 oktober 2007 ingick ASPI och Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Självständiga statliga vägbolaget, Italien) ett [5] ”Convenzione unica” (nedan kallat det ersättande avtalet) [6] i vilket ASPI tilldelades koncessionen för drift av över 2 800 km italienska motorvägssträckor. [7]

13. Koncessionen löper ut den 31 december 2038.

[3] Lagdekret nr 201 av den 6 december 2011 med brådskande bestämmelser för tillväxt, rättvisa och konsolidering av offentliga räkenskaper (GURI Serie Generale nr 284 av den 6 december 2011 - Ordinarie tillägg nr 251).

[4] Lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016, lagen om offentlig upphandling (GURI Serie Generale nr 91 av den 19 april 2016 - Ordinarie tillägg nr 10). Det är tillämpligt av tidsmässiga skäl.

[5] Ministeriet för hållbar infrastruktur och mobilitet (nedan kallat infrastrukturministeriet) ersatte enligt lag det statliga företaget den 1 oktober 2012.

[6] Koncessionen för de motorvägar som handhas av ASPI har sitt ursprung i den koncession som år 1968 tilldelades bolaget Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade SpA Det sistnämnda bolaget privatiserades år 1999 och år 2003 överförde det sin verksamhet med avseende på motorvägskoncessioner till ASPI.

[7] Det ersättande avtalet godkändes formellt genom artikel 8-duodecies i 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 (lagdekret nr 59 av den 8 april 2008 om brådskande åtgärder för att uppfylla gemenskapsrättsliga skyldigheter och för att följa Europeiska gemenskapernas domstols domar), omvandlad till lag, med ändringar, genom lag nr 101/2008.

14. Den 14 augusti 2018 kollapsade i närheten av Genua en sektion av Polcevera-viadukten (den så kallade Morandi-bron) på Motorväg A10, som ASPI var koncessionshavare för, och 43 personer omkom.

15. Den 16 augusti 2018 inledde tillsynsmyndigheten för koncessionshavare för motorvägar ett förfarande mot ASPI om allvarlig försummelse av skyldigheterna att sköta underhållet och driften av motorvägsnätet.

16. Från och med den 10 juli 2019 hölls flera möten mellan koncessionshavaren och myndigheterna, vilka mynnade ut i att ASPI la fram ett förslag den 11 juli 2020. [8]

17. På grundval av detta förslag till ”förhandlingslösning” utarbetades ett förlikningsavtal som meddelades ASPI genom ett gemensamt brev från flera italienska ministerier och ministerrådets ordförandeskap den 23 september 2020.

18. I förlikningsavtalet fastställdes de åtgärder som skulle vidtas av koncessionshavaren och de övriga åtaganden som koncessionshavaren skulle göra för att få till stånd en förhandlingslösning i förfarandet rörande försummelse. Där föreslogs en ”omförhandling av det ersättande avtalet” av den 12 oktober 2007.

19. Den 15 juli 2021 överlämnade ASPI ett utkast till tilläggsavtal till det ersättande avtalet och dess bilagor.

20. Den 14 oktober 2021 undertecknade infrastrukturministeriet och ASPI förlikningsavtalet, som skulle bekräftas genom dekret nr 37 av den 22 februari 2022 från infrastrukturministeriet, i samförstånd med Ministero dell’economia e delle Finanze (ekonomi- och finansministeriet, Italien). [9]

21. Den 21 mars 2022 undertecknade infrastrukturministeriet och ASPI det tredje tilläggsavtalet till det ersättande avtalet, genom vilket vissa ändringar av koncessionsvillkoren införlivades i det sistnämnda avtalet.

22. Flera organisationer (av vilka endast Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (nedan kallad Adusbef) slutligen ansågs ha talerätt) väckte talan vid den hänskjutande domstolen, vilken registrerades med nummer 6020/2022, mot följande rättsakter, som de yrkade skulle ogiltigförklaras:

– Beslut nr 75/21 från den interministeriella kommittén för ekonomisk planering och hållbar utveckling av den 22 december 2021, med rubriken ”Autostrade per l’Italia SpA – Yttrande om det tredje tilläggsavtalet till det ersättande avtalet av den 12 oktober 2007 och om den ekonomiska och finansiella plan som avses i artikel 43 i lagdekret nr 201 från 2011 (beslut nr 75/2021).”

[8] I förslaget erbjöd ASPI sig att betala en ekonomisk ersättning om 3 400 miljoner euro, att höja säkerhetsstandarderna och att genomföra en genomgripande omstrukturering av bolagsstrukturen med deltagande av Cassa Depositi e Prestiti SpA och andra investerare som är godkända av detta organ. Det nybildade bolaget skulle därefter överta kontrollen av ASPI.

[9] Godkännandet av förlikningsavtalet föregicks av ett positivt yttrande (beslut nr 75) från Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Interministeriella kommittén för ekonomisk planering och hållbar utveckling, Italien) av den 22 december 2021, rörande det tredje tilläggsavtalet.

– Dekret nr 37 av den 22 februari 2022 från infrastrukturministeriet, i samförstånd med ekonomi- och finansministeriet, om godkännande av förlikningsavtalet, som undertecknades den 14 oktober 2021, mellan infrastrukturministeriet och ASPI.

– Beslut av Corte dei Conti (Revisionsdomstolen, Italien, centrala avdelningen för kontroll av lagligheten av regeringens och statsförvaltningens rättsakter) nr SCCLEG/2/2022/PREV av den 29 mars 2022.

– Det positiva yttrandet från Avvocatura Generale dello Stato (riksåklagarmyndigheten, Italien), som översändes genom en not av den 24 september 2021, om utformningen av det ovannämnda avtalet.

– Förlikningsavtalet av den 14 oktober 2021 mellan infrastrukturministeriet och ASPI.

– Not av den 5 november 2021, nr 19135, genom vilken ASPI översände det uppdaterade förslaget till ekonomisk och finansiell plan till infrastrukturministeriet.

– Yttrande av den 22 december 2021 från Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (rådgivande gruppen för genomförandet av riktlinjerna för reglering av allmännyttiga tjänster) om utkastet till det tredje tilläggsavtalet till det ersättande avtalet och den tillhörande ekonomiska och finansiella planen.

– Yttrande av den 14 oktober 2020 och not av den 16 december 2021 från Autorità di regolazione dei trasporti (tillsynsmyndigheten för transportsektorn, Italien).

– Protokoll från sammanträdena i Consiglio dei Ministri (ministerrådet, Italien) den 14 och 15 juli 2020.

– Alla andra preliminära, anknytande eller efterföljande rättsakter.

23. De grunder för talan som Adusbef åberopade[10] avsåg såväl åsidosättande av nationella bestämmelser som åsidosättande av artiklarna 38, 43 och 44 i direktiv 2014/23.

24. Denna talan har bestritts av ASPI, av de institutioner och offentliga förvaltningar som är upphovsmän till de angripna rättsakterna, företrädda gemensamt, av Atlantia SpA.[11] och, som intervenient *ad opponendum*, Holding Reti Autostradali.

25. Mot bakgrund av detta har Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) beslutat att hänskjuta följande tolkningsfrågor till EU-domstolen ”med avseende på villkoren i artiklarna 38, 43 och 44 i direktiv 2014/23”:

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

[10] Sidorna 12–15 i den italienska versionen av beslutet att begära förhandsavgörande.

[11] Atlantia var aktieägare i ASPI till dess att det sålde sitt aktieinnehav till Holding Reti Autostradali (HRA) SpA inom ramen för omstruktureringen av ASPI:s kapital. Atlantia bytte namn till Mundys SpA den 14 mars 2023.

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

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

III. Förfarandet vid EU-domstolen

26. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 4 november 2022.

27. Skriftliga yttranden har inkommit från Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, den tyska, den estniska och den italienska regeringen samt Europeiska kommissionen. Alla dessa parter utom den tyska och den tjeckiska regeringen deltog vid förhandlingen den 28 februari 2024.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

1. Tillämpligt direktiv

28. Mundys anser att direktiv 2014/23 inte är relevant för avgörandet av tvisten, eftersom det enligt artikel 54.2 i direktivet ”inte [får] tillämpas på tilldelning av koncessioner som omfattades av ett anbudsförfarande eller tilldelades före den 17 april 2014”. I förevarande mål tilldelades koncessionen i fråga den 12 oktober 2007.

29. Även om den ursprungliga koncessionen tilldelades före antagandet av direktiv 2014/23, är det datumet för de ändringar vars giltighet ifrågasätts som är relevant för att fastställa de tillämpliga bestämmelserna.[12] Det datumet inföll efter den 17 april 2014, vilket innebär att direktiv 2014/23 är tillämpligt.

30. Samma resonemang kan i tillämpliga delar användas för att bemöta invändningarna om koncessionshavarens opålitlighet och förekomsten av en grund för uppsägning av avtalet. Båda rör omständigheter som uppkommit efter den 17 april 2014 till följd av eller i samband med de ifrågasatta ändringarna.

[12] Dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl. (C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, nedan kallad domen Sisal m.fl, punkt 28): ”… den unionslagstiftning som ska ligga till grund för bedömningen av en ändring, i händelse av en väsentlig ändring av ett koncessionsavtal, är den som var i kraft det datum då ändringen görs. Domstolen har i detta sammanhang preciserat att den omständigheten att det ursprungliga koncessionsavtalet ingicks innan unionsbestämmelserna på området antogs inte har några konsekvenser …” Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54), och dom av den 18 september 2019, kommissionen/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 60).

2. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys och den italienska regeringen har, med delvis gemensamma och delvis skilda argument, gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning. I korthet anser de att den hänskjutande domstolen inte har lämnat tillräckliga uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna för att kunna få ett användbart svar på sina frågor, och att dessa är hypotetiska.

32. En begäran om förhandsavgörande som rör tolkningen av unionsrätten presumeras vara relevant. Det ankommer dessutom på den nationella domstolen att på eget ansvar fastställa den faktiska och rättsliga bakgrunden och det ankommer inte på EU-domstolen att pröva om den stämmer. EU-domstolen kan bara avstå från att uttala sig om en begäran om förhandsavgörande i vissa undantagsfall, som domstolen själv har klargjort. [13]

33. Med förbehåll för vad som anges nedan rörande den tredje tolkningsfrågan och vissa oklarheter i de andra frågorna, anser jag att de två första frågorna har samband med saken i det nationella målet. Även om beskrivningen av de faktiska omständigheterna inte är så exakt som den borde vara, [14] ger denna redogörelse och de rättsliga övervägandena i begäran om förhandsavgörande [15] EU-domstolen de minimiuppgifter som krävs för att besvara de två första frågorna.

B. Den första tolkningsfrågan

34. Den hänskjutande domstolen vill veta om unionsrätten medger ”en tolkning av nationell lagstiftning som innebär att den upphandlande myndigheten får inleda ett förfarande om ändring av koncessionshavaren och föremålet för en pågående motorvägskoncession eller om omförhandling av denna koncession utan att bedöma och uttala sig om skyldigheten att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande”.

35. Om frågan formuleras på det sättet ska den uppfattas så att den avser artikel 43 i direktiv 2014/23, som reglerar ändring av koncessionsavtal under löptiden. Jag kommer att behandla frågan genom att undersöka denna bestämmelse och de formella och materiella aspekterna av de ändringar som överenskommits i förevarande mål.

1. Ändringar av koncessionsavtal i direktiv 2014/23

36. Enligt artikel 43 i direktiv 2014/23 får koncessioner ändras utan ett nytt koncessionstilldelningsförfarande i de fall som anges i punkt 1 i den artikeln. Den viktigaste av dessa är, i det här sammanhanget, ”om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4” (punkt 1 e).

[13] När det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet, att frågorna är hypotetiska eller att EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar till den hänskjutande domstolen. Se bland annat dom av den 14 september 2023, TGSS (Nekat moderskapstillägg) (C-113/22, EU:C:2023:665, punkterna 30 och 31).

[14] I begäran om förhandsavgörande (punkt 2.1.) anger den hänskjutande domstolen att, vad gäller föremålet för tvisten och beskrivningen av de relevanta faktiska omständigheterna, ”godtar domstolen i sin helhet den del av den aktuella domen som avser de faktiska omständigheterna”. Denna del innehåller emellertid inte en beskrivning av de omständigheter som domstolen själv anser vara fastställda, utan av de omständigheter som parterna har åberopat.

[15] I begäran om förhandsavgörande används det ovanliga uttrycket ”mellandom”.

37. Punkt 4 i samma artikel reglerar när en ändring av en koncession under löptiden ska anses vara väsentlig. Om så är fallet ska ”ett nytt koncessionstilldelningsförfarande … krävas”, enligt punkt 5 i samma artikel.

38. I skäl 75 i direktiv 2014/23 anges att ”… [e]tt nytt koncessionsförfarande krävs vid materiella ändringar av den ursprungliga koncessionen, särskilt i fråga om omfattningen och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter …”.

39. Innan direktiv 2014/23 trädde i kraft hade domstolen redan slagit fast att betydande ändringar i de väsentliga bestämmelserna i ett koncessionsavtal kan kräva att ett nytt koncessionsavtal tilldelas. [16]

40. År 2011 inleddes en diskussion [17] om behovet av att reformera direktiven om offentlig upphandling. En av de frågor som lades fram för samråd var ”huruvida det krävs ett rättsligt förtydligande på EU-nivå för att fastställa villkoren för att en kontraktsändring ska föranleda ett nytt upphandlingsförfarande”, mot bakgrund av EU-domstolens praxis. Det resultat som har kommit till uttryck i de tre upphandlingsdirektiven från 2014 är likartat när det gäller avtalsändringar.

41. I senare rättspraxis avseende artikel 43 i direktiv 2014/23 tolkas denna i linje med domstolens tidigare avgöranden. I dom av den 2 september 2021 slog domstolen fast att det genom den artikeln ”… har skett en uttömmande harmonisering vad beträffar dels de fall då koncessionerna kan ändras utan att något nytt förfarande för tilldelning av koncessioner … är nödvändigt, dels de fall då ett sådant förfarande krävs vid ändring av koncessionsvillkoren”. [18]

42. Som jag ovan har nämnt anges i artikel 43.1 och 43.2 i direktiv 2014/23 vilka ändringar som inte kräver ett nytt upphandlingsförfarande. I punkt 4 i samma artikel anges när en ändring skall anses vara väsentlig, med följden (punkt 5) att ett nytt koncessionstilldelningsförfarande måste inledas.

43. Mot denna bakgrund ska ett svar på den första tolkningsfrågan lämnas till den hänskjutande domstolen. Så som frågan är formulerad förefaller den endast syfta till att få klarlagt huruvida det föreligger en *formell skyldighet* för den upphandlande myndigheten att uttala sig genom ett motiverat beslut, vars *materiella* innehåll därmed skulle hamna i bakgrunden.

44. Detta formella synsätt står emellertid i kontrast till den uppmärksamhet som den hänskjutande domstolen ägnar i begäran om förhandsavgörande åt en av de (påstådda) väsentliga ändringarna av koncessionen, nämligen den som rör koncessionshavarens aktieägarstruktur.

45. För fullständighetens skull kommer jag att ta upp båda synsätten i frågan, det vill säga det formella och det materiella. Dessförinnan vill jag betona att det i begäran om förhandsavgörande, med undantag för aktieägarbytet, inte exakt anges vare sig ursprunget till eller innehållet i de ändrade koncessionsvillkoren.

[16] Dom av den 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 37). Se, för ett liknande resonemang, med avseende på regleringen före direktiv 2014/23, dom av den 18 september 2019, kommissionen/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 59), och dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54).

[17] Grönbok ”om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (Bryssel den 27 januari 2011, KOM(2011) 15, slutlig. På sidan 27 anges det att ”rättspraxis vad gäller vissa ändringar … [inte] förefaller vara tillräckligt tydlig i fråga om att fastställa huruvida det krävs ett nytt upphandlingsförfarande”.

[18] Domen Sisal m.fl., punkt 31.

46. Som jag redan har förklarat skedde ändringen med stöd av två rättsakter som, även om de är sammanflätade, ser olika ut i rättsligt hänseende:

– Å ena sidan ingåendet den 14 oktober 2021 av förlikningsavtalet mellan infrastrukturministeriet och ASPI, vilket satte stopp för utredningarna om koncessionshavarens bristande efterlevnad. [19]

– Å andra sidan samma parters undertecknande den 21 mars 2022 av det tredje tilläggsavtalet till det ersättande avtalet. Det var i själva verket genom det tilläggsavtalet som ändringarna av koncessionen infördes. Det ägnas emellertid inte mycket uppmärksamhet i begäran om förhandsavgörande.

2. Den upphandlande myndighetens skyldighet att motivera sitt beslut

47. Artikel 43.1, 43.2 och 43.4 i direktiv 2014/23, som reglerar hur koncessioner får ändras (med eller utan att ett nytt upphandlingsförfarande behöver inledas), innebär inte att den upphandlande myndigheten är skyldig att ange de skäl som föranleder den att anse att något av de fall som avses i dessa bestämmelser föreligger.

48. I princip, och med hänsyn till att artikel 43 i direktiv 2014/23 inte innehåller någon uppgift om detta, skulle det vara upp till medlemsstaterna att ålägga de upphandlande myndigheterna en skyldighet att motivera sina beslut om ändring av koncessioner.

49. Domstolen har emellertid redan slagit fast att den upphandlande myndigheten under vissa omständigheter har en sådan skyldighet, för att de berörda personerna ska ha möjlighet att ”tillvarata sina rättigheter och att, med kännedom om samtliga omständigheter, avgöra huruvida det finns anledning att överklaga [de beslut som antagits av nationella myndigheter]” och för att ”göra det möjligt för domstolarna att utöva sin lagenlighetskontroll av besluten”. [20]

50. Den hänskjutande domstolen ska pröva huruvida de omtvistade rättsakterna, med hänsyn till saken i målet, borde ha motiverats och, om så är fallet, huruvida de innehåller en tillräcklig motivering för att underlätta för dem som de riktar sig till att tillvarata sina rättigheter eller för domstolsprövningen av dem. [21]

51. I detta hänseende innehåller begäran om förhandsavgörande tillräckliga uppgifter för att det ska kunna utläsas att den upphandlande myndighetens beslut föregicks av bedömningar som kunde uppfylla motiveringsskyldigheten. De behöriga myndigheterna förklarade särskilt (med rätta eller inte, men det är en annan fråga) varför ändringen av koncessionen var den lämpligaste lösningen.

[19] Förlikningsavtalet är i själva verket en förvaltningsrättsakt som antagits i enlighet med artikel 11 i lag 241/1990 av den 7 augusti 1990 om ”nya bestämmelser i administrativa frågor och om tillgång till administrativa handlingar”. Detta återspeglas i artikel 5 i själva förlikningsavtalet. I egenskap av en sådan förvaltningsrättsakt (som antagits i form av ett ”avtal med den berörda parten”, såsom föreskrivs i artikel 11.1 i den lagen) omfattas den av den allmänna motiveringsskyldigheten och av samma kontroller som övriga förvaltningsrättsakter.

[20] Dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 120), med hänvisning till tidigare rättspraxis, och dom av den 21 december 2023, Infraestruturas de Portugal och Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016, punkt 87).

[21] Vid förhandlingen diskuterades huruvida den upphandlande myndigheten, efter att ha ändrat koncessionen i enlighet med artikel 43.1 c i direktiv 2014/23, borde ha offentliggjort ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* med de uppgifter som anges i bilaga XI. Den hänskjutande domstolen frågar inte om denna underlåtenhet, utan begränsar sin fråga till underlåtenheten att motivera rättsakterna. Under alla omständigheter anser jag att ett av de tre villkoren enligt denna bestämmelse – ändringen av koncessionens övergripande karaktär – inte är uppfyllt i förevarande fall.

52. Det framgår nämligen av punkt 2.2 i begäran om förhandsavgörande hur den upphandlande myndigheten vägde de negativa och positiva konsekvenserna av de två alternativ som lagts fram (ändring av koncessionen utan ett nytt upphandlingsförfarande eller uppsägning av avtalet) mot varandra. [22] De skäl som fick de italienska myndigheterna att välja den förstnämnda lösningen beskrivs utförligt i de olika handlingar som föreligger i målet. [23]

53. Den upphandlande myndighetens motivering skulle därför kunna härledas ur innehållet i handlingarna som innehåller de rättsakter som Adusbef har angripit i sin talan. Det rör sig bland annat om yttranden från nationella organ och institutioner som understryker lämpligheten av att anta förlikningsavtalet och det tredje tilläggsavtalet, till följd av vilka den upphandlande myndigheten ansåg det lämpligt att utan föregående upphandling ändra den ursprungliga koncessionen.

54. I sin ansökan till den hänskjutande domstolen medger Adusbef att ”de skäl som i [förliknings]avtalet anförs för att inte säga upp utan fortsätta avtalet …” finns i detta avtal och Adusbef återger en del av dess innehåll. [24] I samma inlaga [25] kritiserar Adusbef, med sina egna argument, de argument som förlikningsavtalet innehåller till förmån för avtalskontinuitet och de argument som Corte dei conti (Revisionsdomstolen) hade lagt fram för att ”integrera motiveringen”,

55. Adusbef har således kunnat ta del av och ifrågasätta innehållet i de rättsakter genom vilka koncessionen ändrades, vilket den hänskjutande domstolen har att pröva. [26]

3. Kvalificering av ändringarna i koncessionsavtalet

56. Begäran om förhandsavgörande gäller i första hand den (påstådda) ändringen av koncessionsavtalet på grund av ASPI:s ändrade aktieägarstruktur. Frågan är om det har skett ett ”byte av koncessionshavare” i den mening som avses i artikel 43.4 d i direktiv 2014/23 jämförd med artikel 43.1 d i samma direktiv.

[22] I detta syfte återger den hänskjutande domstolen de negativa konsekvenserna av att koncessionen upphör, såsom framgick av förlikningsavtalet. Bland dessa kan nämnas att den avtalsenliga verksamheten skulle upphöra, vilket skulle kunna medföra en risk för ekonomisk kris för ASPI:s entreprenörer och leverantörer, med eventuella ytterligare kostnader för myndigheterna till följd av fastställande av straffavgifter, risken, som är avskräckande, för att *myndigheterna skulle hamna i tvister där det slås fast att något villkor i det ersättande avtalet har verkan, vars resultat skulle medföra betydande ekonomiska bördor för staten, samt* statens skyldighet att betala ersättning till koncessionshavaren.

[23] Den hänskjutande domstolen framhåller följande positiva aspekter av förlikningsavtalet, som nämns i detta: (i) att tjänsten fortsätter att tillhandahållas utan avbrott, vilket förhindrar avbrott i en viktig tjänst för allmänheten och att man kommer till rätta med situationer som skulle kunna förhindra att tjänsten tillhandahålls fortlöpande; (ii) att genomförandet av investerings- och underhållsprogrammet för motorvägsnätet kan påbörjas omgående, liksom främjandet av investeringsplanerna avseende ekologisk övergång och hållbar mobilitet; (iii) att sysselsättningsnivån upprätthålls och utvecklas och att ASPI tar initiativ till förmån för allmänheten, enligt de prioriteringar som direkt fastställts av myndigheterna; (iv) att betalningarna för återuppbyggnaden av den bro som ska ersätta Polceveraviadukten säkerställs. v) att pågående tvister mellan koncessionshavaren och myndigheterna avslutas; vi) att koncessionsavtalets bestämmelser anpassas genom borttagande av villkor som anses orättvist gynna koncessionshavaren; vii) att ett förstärkt sanktionssystem i förhållande till det som föreskrivs i det enskilda avtalet införs; *viii) att båda parterna vill undvika framtida tvister*.

[24] Sidorna 10 och 11 i ansökan.

[25] Punkt 8 i avsnittet ”diritto”, sidan 29 i ansökan.

[26] Vid förhandlingen betonade Adusbef bristen på motivering i infrastrukturministeriets dekret nr 37 av den 22 februari 2022. Detta dekret, som Adusbef bifogade, innehåller två artiklar som föregås av ett flertal skäl: i den första artikeln godkänns endast förlikningsavtalet och i den andra föreskrivs att ”avtalets giltighet är beroende av att de villkor som anges i artikel 10 i samma avtal uppfylls”. Jag anser därför att dekretet är tillräckligt motiverat, i sig och per remissionem, genom att det anammar det (omfattande) resonemang som ingår i förlikningsavtalet. De båda rättsakterna bör läsas tillsammans.

57. Den hänskjutande domstolen önskar även få klarhet i följande:

– Huruvida Morandi-brons kollaps utgjorde en ”oförutsebar omständighet” i den mening som avses i artikel 43.1 c första stycket led i) i direktiv 2014/23.

– Huruvida ASPI:s åtagande att tillhandahålla en ekonomisk ersättning på 3,4 miljarder euro och att säkerställa en förstärkning av säkerhetsvillkoren för motorvägsnätet och dess faktiska genomförande innebär en väsentlig ändring av koncessionen.

58. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva om det, i enlighet med artikel 43.5 i direktiv 2014/23, var nödvändigt att inleda ett tilldelningsförfarande. EU-domstolen kan dock ge den hänskjutande domstolen viss vägledning för att hjälpa den att bilda sig en uppfattning.

a) Ändring av aktieägarstrukturen: en väsentlig ändring av koncessionsavtalet?

59. I artikel 43.1 d led ii i direktiv 2014/23 föreskrivs att ”[k]oncessioner får ändras utan ett nytt koncessionstilldelningsförfarande … om den koncessionshavare som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat koncessionen byts ut mot en ny koncessionshavare, till följd av … att en annan ekonomisk aktör … inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens …”.

60. För att tolka denna bestämmelse får man se till skäl 77 i direktiv 2014/23, som avser *strukturella förändringar* under fullgörandet av koncessionen, exempelvis rent interna omorganisationer, uppköp eller sammanslagningar. Sådana strukturella förändringar ”bör inte automatiskt kräva nya tilldelningsförfaranden för den koncession …”

61. Av de skriftliga och muntliga yttranden som parterna i tvisten har inkommit med samt av uppgifterna i begäran om förhandsavgörande,[27] framgår att koncessionshavaren inte helt eller delvis byttes ut (ASPI var och förblir koncessionshavare), utan att det snarare var fråga om en intern omstrukturering av aktieägarna,[28] där nya aktieägare ersatte andra genom en transaktion som anmälts till kommissionen.[29]

[27] Punkt 2.5. i begäran om förhandsavgörande.

[28] Enligt punkt 2.5 första stycket i begäran om förhandsavgörande sålde Atlantia 88 % av ASPI till ett holdingbolag (Holding Reti Autostradali) vars majoritetsaktieägare (51 %) var Cassa Depositi e Prestiti Equity SpA och i vilket två utländska fonder, Macquarie Group Ltd och Blackstone Group Inc., vardera ägde 24,5 %. Det återstående kapitalet skulle enligt fotnot 2 i Holding Reti Autostradalis skriftliga yttrande till 6,94 % tillfalla Appia Investments Srl och till 5 % Silk Road Fund Co. (dessa procentandelar anges i punkt 2.5 andra stycket i begäran om förhandsavgörande).

[29] Kommissionen beslutade, i beslut K(2021) 8274 slutligt, att inte motsätta sig den anmälda transaktionen, som den förklarade förenlig med den inre marknaden. Enligt anmälan om koncentrationen (enligt artikel 4 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1)) avsåg flera företag (Cassa Depositi e Prestiti Equity, som tillhör koncernen Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group Limited och Blackstone Group Inc.) att ta gemensam kontroll över hela ASPI genom förvärv av aktier.

62. Vid förhandlingen diskuterades huruvida Cassa Depositi e Prestitis majoritetsinnehav [30] i ASPI:s aktiekapital till sin natur innebar [31] en omvandling av koncessionshavaren, vilket skulle kräva ett upphandlingsförfarande.

63. I princip utgör enbart det förhållandet att vissa aktieägare ersätts av andra, inom ramen för en omstrukturering av aktieägarkretsen som inte innebär att koncessionshavaren byts ut, inte en väsentlig subjektiv ändring som kräver ett nytt upphandlingsförfarande, i den mening som avses i artikel 43.1 d ii i direktiv 2014/23. Detta har EU-domstolen bekräftat genom att den slagit fast att ”… interna omorganisationer av den ursprungliga leverantören kan utgöra icke-väsentliga ändringar av villkoren i det aktuella offentliga kontraktet, vilka inte kräver att något nytt upphandlingsförfarande genomförs”. [32]

64. Ur ett annat perspektiv kommer den hänskjutande domstolen att behöva pröva om en sådan subjektiv ändring var tillåten enligt artikel 10a i det ersättande avtalet. Om så är fallet måste det bedömas om de ifrågasatta rättsakterna var förenliga med bestämmelserna i artikel 43.1 d i) i direktiv 2014/23, [33] det vill säga om ändringen föreskrevs som en entydig ändringsklausul eller en option i det ursprungliga koncessionsavtalet. [34]

b) Andra (objektiva) ändringar

65. Enligt den hänskjutande domstolen [35] är ändringarna i det ersättande avtalet inte resultatet av ”omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet eller upphandlande enhet inte hade kunnat förutse”.

66. Den hänskjutande domstolen menar att en underlåtenhet som kan påverka trafiksäkerheten eller ensam eller tillsammans med andra kan leda till en sådan tragisk händelse som Morandi-brons kollaps, inte utgör en oförutsebar omständighet.

67. Jag anser att fokus inte i första hand bör ligga på om händelsen var oförutsebar, utan på om det fanns ett ”behov” av att ändra avtalet till följd av den. Artikel 43.1 första stycket c i i direktiv 2014/23 hänvisar just till *behovet av ändring* till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet eller upphandlande enhet inte hade kunnat förutse.

68. Oavsett orsaken till de överenskomna ändringarna är det relevanta i denna tvist huruvida de kan anses vara väsentliga, för att avgöra om det, oavsett deras ursprung, skulle ha varit nödvändigt att anordna ett upphandlingsförfarande på grund av att dessa ändringar ändrade koncessionens syfte eller övergripande karaktär.

30 Enligt tillgänglig information, med förbehåll för senare kontroll, ägs ASPI till 88,06 % av Holding Reti Autostradali, som i sin tur till 51 % kontrolleras av Cassa Depositi e Prestiti Equity, vilket i slutändan till 100 % ägs av Cassa Depositi e Prestiti.

31 Ett av de argument som framfördes var att koncessionshavarens karaktär (offentlig eller privat) skulle förändras till följd av ekonomi- och finansministeriets innehav i Cassa Depositi e Prestiti. Den hänskjutande domstolen gör emellertid gällande att det inte rör sig om ett offentligt företag. Det diskuterades också om de nya aktieägarnas inträde i ASPI utgjorde en åtgärd för självrättelse från koncessionshavarens sida, mer eller mindre erbjuden av koncessionshavaren eller påtvingad av de italienska myndigheterna, vilket skulle visa att den subjektiva förändringen är av väsentlig karaktär. Enligt min mening kan det sistnämnda argumentet inte godtas, eftersom åtgärder för självrättelse just är sådana som vidtas av koncessionshavaren själv (det vill säga den vars identitet upprätthålls) för att kunna delta i ett efterföljande tilldelningsförfarande enligt artikel 38.9 i direktiv 2014/23.

32 Dom av den 3 februari 2022, Advania Sverige och Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72, punkt 34), i vilken det hänvisas till dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 39).

33 Beträffande tillämpningen av denna regel, se domen Sisal m.fl., punkterna 39–43.

34 Detta hävdar Holding Reti Autostradali i punkterna 10 och 40 i sitt skriftliga yttrande, med hänvisning till artikel 10a i det ersättande avtalet, där kriterierna för att godkänna ändringar av motorvägskoncessionärer till följd av koncentrationer på unionsnivå fastställs.

35 Punkt 2.6 tredje och fjärde stycket i begäran om förhandsavgörande.

69. Vid förhandlingen diskuterades framför allt vilka sakliga ändringar som förlikningsavtalet och tilläggsavtalet medförde i förhållande till det ersättande avtalet. Bland dessa nämner den hänskjutande domstolen ASPI:s åtaganden att tillhandahålla ekonomisk ersättning om 3,4 miljarder euro och att säkerställa en förstärkning av säkerhetsvillkoren för motorvägsnätet. Den hänvisar emellertid inte till ändringen av taxan eller till andra ändringar av annat slag som ingår i dessa två avtal.

70. Det ankommer även här på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida de åtaganden som ASPI har gjort innebär en väsentlig ändring av avtalet i den mening som avses i artikel 43.1, 43.2 och 43.4 i direktiv 2014/23. I sin bedömning kan den hänskjutande domstolen ta hänsyn till, vilket diskuterades vid förhandlingen utan avgörande resultat, huruvida de införda ändringarna faktiskt försämrar koncessionshavarens ställning genom att denne underkastas mer betungande villkor [36] eller, tvärtom, gynnar dennes intressen genom att göra det möjligt för denne att fortsätta med koncessionen. Den kan också bedöma om dessa förändringar är resultatet av genomförandet av nya lagstiftningsåtgärder av allmän karaktär [37] eller snarare av *ad hoc*-beslut av den upphandlande myndigheten, som den fritt fattar till förmån för koncessionshavaren.

71. Enligt min mening förefaller de två objektiva ändringar som den hänskjutande domstolen har angett, mot bakgrund av de ändringar som den har hänvisat till, inte vara av väsentlig karaktär: ASPI:s ekonomiska bidrag (som i sig är betungande för koncessionshavaren) är avsett att kompensera de ekonomiska återverkningarna av det som har inträffat, inom ramen för en transaktion; åtagandet att förbättra säkerheten på motorvägsnätet skiljer sig inte väsentligt från de åtaganden som ingicks i det ersättande avtalet.

C. Den andra tolkningsfrågan

72. Den hänskjutande domstolen vill veta om det ”strider … mot unionsrätten att göra en tolkning av nationell lagstiftning som innebär att den upphandlande myndigheten får inleda ett förfarande om ändring av koncessionshavaren och föremålet för en pågående motorvägskoncession eller om omförhandling av denna koncession utan att bedöma huruvida en koncessionshavare som har gjort sig skyldig till en allvarlig försummelse är pålitlig”. [38]

73. Utgångspunkten för frågan är att koncessionshavaren allvarligt åsidosatt sina skyldigheter att underhålla och sköta om motorvägsinfrastrukturen. Den upphandlande myndigheten slog dock inte *formellt* fast denna bristande uppfyllelse, eftersom det ärende som inleddes för detta ändamål blev föremål för det ovannämnda förlikningsavtalet.

[36] Ombudet för Holding Reti Autostradali hänvisade till domen i målet Sisal m.fl. för att understryka att koncessionshavaren i detta mål hade ålagts villkor som var mer betungande än de som ursprungligen fastställts, vilket var anledningen till att den väsentliga ändringen till förmån för koncessionshavaren inte hade ägt rum. I punkt 53 i den domen anges det att ”såvitt denna förskottsbetalning skulle innebära en höjning av det belopp som ska betalas förefaller en sådan ändring inte ändra den ekonomiska jämvikten i koncessionen till koncessionshavarens fördel i den mening som avses i [artikel 43.4 i direktiv 2014/23]”.

[37] Detta hävdades vid förhandlingen av ASPI:s ombud, som menade att ändringarna av förlikningsavtalet och tilläggsavtalet åtminstone delvis berodde på ikraftträdandet av Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (lagdekret nr 109 av den 28 september 2018) (GURI nr 226 av den 28 september 2018), som skulle tillämpas på alla motorvägskoncessioner. Det är emellertid tveksamt om innehållet i detta lagdekret, såvitt avser ASPI, kan särskiljas från dess agerande som koncessionshavare, vilket framgår av Corte Costituzionales (Författningsdomstolen, Italien) dom nr 168/2020 av den 8 juli 2020, punkterna 1.1–1.6, ”in diritto”.

[38] Som en av de parter som medverkade vid förhandlingen påpekade är den andra frågan på sätt och vis motstridig den första: om införandet av nya aktieägare utgör en väsentlig subjektiv ändring, eftersom det i själva verket innebär ett byte av koncessionshavare (den första frågan), finns det inte längre någon anledning att bedöma om den ”gamla” koncessionshavaren var tillförlitlig eller inte.

74. Den hänskjutande domstolen noterar det yttrande som avgavs den 28 juni 2019 av en myndighetsövergripande arbetsgrupp,[39] som fann att koncessionshavaren allvarligt hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter avseende underhåll och skötsel. Redan i detta yttrande behandlades emellertid möjligheten att avstå från förklaringen om bristande uppfyllelse i utbyte mot en omförhandling av det ersättande avtalet,[40] vilket också skedde.

75. Frågan ska uppfattas så att den avser artikel 38 i direktiv 2014/23, som är en av de bestämmelser i detta direktiv som det hänvisas till i den rubrik som är gemensam för alla tre frågorna.

76. I artikel 38 i direktivet regleras urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande. Den ingår i en avdelning (III) som handlar om tilldelning av koncessioner. I detta sammanhang för direktiv 2014/23 in tillförlitlighet som ett centralt inslag i det inledande urvalet. Enligt skäl 70 i direktivet får de upphandlande myndigheterna utesluta ”ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga”.

77. Inslaget av tillförlitlighet genomsyrar skälen för uteslutning rörande de subjektiva villkoren såväl hos anbudsgivaren som hos de övriga ekonomiska aktörerna.[41] Det måste finnas ett samband mellan (o)pålitligheten och de särskilda skäl för uteslutning som anges i artikel 38 i direktiv 2014/23.

78. Skälen för uteslutning ska tillämpas vid valet av leverantör, men inte när avtalsförhållandet redan har etablerats och, som i detta fall, koncessionen har varit i kraft i flera år. Även om det i en av punkterna i artikel 38 föreskrivs att den upphandlande myndigheten får besluta om uteslutning *när som helst under förfarandet* (för tilldelning av koncessionen), är det förfarandet för urval och bedömning av anbudssökande som avses.

79. Den fråga som nu aktualiseras är om tillförlitlighet också ska vara en relevant faktor vid ändring av villkoren i ett befintligt avtal. Frågan är alltså huruvida direktiv 2014/23 kräver att koncessionshavarens tillförlitlighet ska bedömas i samband med en ändring av avtalet.

80. Svaret på denna fråga beror på vilken typ av ändringar som föreslås:

– Om ändringen är väsentlig, enligt de villkor som undersökts ovan, måste den upphandlande myndigheten inleda ett nytt upphandlingsförfarande under vilket den ska bedöma tillförlitligheten hos alla anbudssökande, inklusive den tidigare koncessionshavaren (om denne

[39] Elfte stycket i beskrivningen av de faktiska omständigheterna och första stycket i punkt 2.7 i begäran om förhandsavgörande, där en del av ingressen till förlikningsavtalet återges. Den hänskjutande domstolen har även hänvisat till Corte Costituzionales (Författnningsdomstolen) dom nr 168/2020 av den 8 juli 2020.

[40] Enligt den hänskjutande domstolen ingick i ingressen till förlikningsavtalet den del av detta yttrande i vilken det föreslogs att de behöriga myndigheterna, som ett alternativ till uppsägning, skulle ”bedöma huruvida en omförhandling av det ersättande avtalet skulle genomföras, om detta bättre skulle skydda statens intressen, i syfte att återställa balansen i koncessionen och återupprätta full säkerhet på motorvägsnätet, och i punkt 11 erinra om de potentiella riskerna för tvister och operativa följder som en uppsägning av avtalet skulle medföra”.

[41] Detta påpekade jag i mitt förslag till avgörande i målet Tim (C-395/18, EU:C:2019:595, punkt 44), med avseende på direktiv 2014/24/EU (Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65)), vars innehåll överensstämmer med innehållet i direktiv 2014/23. Se dom av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18; EU:C:2019:826, punkt 26), och dom av den 19 juni 2019, Meca (C-41/18; EU:C:2019:507, punkterna 29 och 30).

väljer att delta).[42] Bedömningen av tillförlitligheten ska således göras i samband med det upphandlingsförfarande som inletts för att tilldela den nya koncessionen.

– Om ändringarna däremot inte är väsentliga, finns det ingenting i direktiv 2014/23 som kräver en ny bedömning av koncessionshavarens tillförlitlighet. Skälen för uteslutning i artikel 38 behöver inte bedömas i detta fall.

81. Skillnaden mellan de två situationerna blir tydligare när man ser till hur subjektiva ändringar behandlas i direktiv 2014/23. I artikel 43.1 d ii föreskrivs att om en annan ekonomisk aktör helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe, ska den förstnämnde ”[uppfylla] kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts”. Vid bedömningen av om dessa kriterier är uppfyllda måste den upphandlande myndigheten naturligtvis ta hänsyn till tillförlitligheten hos den nya aktör som träder i den tidigare aktörens ställe.

82. Om det inte föreligger någon sådan subjektiv ändring, utan endast en intern omstrukturering av företaget på grund av förändringar i koncessionshavarens aktieinnehav, är den upphandlande myndigheten emellertid inte skyldig att göra en ny bedömning av koncessionshavarens tillförlitlighet, vilket redan fastställts i det ursprungliga tilldelningsförfarandet.

83. När det gäller objektiva icke väsentliga ändringar behandlas de på samma sätt som subjektiva ändringar, mot bakgrund av bestämmelserna om avtalsändringar i direktiv 2014/23.

84. Det är en annan sak om koncessionshavaren under avtalets löptid allvarligt har åsidosatt sina avtalsenliga skyldigheter. Denna faktor kan under vissa omständigheter påverka dess förhållande till den upphandlande myndigheten, eftersom den innebär en (uppkommen) brist på integritet eller tillförlitlighet. Ur detta begränsade perspektiv kan man hävda att koncessionshavarens tillförlitlighet måste upprätthållas under hela koncessionens löptid.

85. Koncessionshavarens opålitlighet, som beror på en allvarlig överträdelse av villkoren i ett befintligt koncessionsavtal, är i själva verket en faktor som kan leda till att avtalet sägs upp, vilket jag kommer att förklara nedan. I detta avseende kan reaktionen på allvarlig bristande uppfyllelse, när den väl har konstaterats och slagits fast av den upphandlande myndigheten, bestå i att koncessionen avslutas, vilket inte regleras i artikel 38 i direktiv 2014/23.

86. En sådan reaktion behöver dock inte nödvändigtvis inträffa om den upphandlande myndigheten, inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, anser att lämpliga ändringar av avtalet (förutsatt att de inte är väsentliga) är att föredra av hänsyn till allmänintresset.

[42] I det fallet föreskrivs det i artikel 38.9 i direktiv 2014/23 att en ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 4 och 7 i samma artikel får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit (åtgärder för självrättelse) är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den berörda ekonomiska aktören inte uteslutas från förfarandet.

D. Den tredje tolkningsfrågan

1. Upptagande till sakprövning

87. Den hänskjutande domstolen vill veta om det föreskrivs i unionsrätten att ”avtalsförhållandet ska sägas upp” för det fall det visar sig att ”skyldigheten att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande har åsidosatts och/eller att innehavaren av en motorvägskoncession är opålitlig”.

88. Frågan ska uppfattas så att den avser artikel 44 i direktiv 2014/23, som handlar om uppsägning [43] av koncessioner och som har införlivats med italiensk rätt genom artikel 176 i lagen om offentlig upphandling.

89. Så som frågan är formulerad anser jag att den inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den inte är nödvändig för att avgöra tvisten i det nationella målet. Det har där väckts *talan om ogiltigförklaring* av de ovannämnda rättsakterna (godkännande av avtalsändringar), men det har inte yrkats att koncessionen ska *upphöra*. [44]

90. Eftersom tvisten vid den hänskjutande domstolen endast handlade om avtalsändringarnas laglighet, är det oklart vilket intresse det skulle ha i detta mål att ge ett svar på frågan om tillämpningen av uppsägningsmekanismen i artikel 44 i direktiv 2014/23. [45]

2. Prövning i sak

91. För det fall domstolen skulle besluta att pröva frågan i sak, ska jag kortfattat undersöka vilken inverkan artikel 44 har på tvisten.

92. Enligt den bestämmelsen ska ”[m]edlemsstaterna se till att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter har möjlighet att enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt avsluta en koncession under dess löptid …” i tre specifika fall. [46]

93. Uppräkningen av dessa tre fall är inte uttömmande. Medlemsstaterna får i sin nationella lagstiftning föreskriva att en koncession ska sägas upp om en av parterna allvarligt åsidosätter avtalsvillkoren. [47]

[43] Det ord som används i de olika språkversionerna för detta begrepp motsvarar inte alltid den betydelse som används i olika medlemsstater. Det har översatts med ”résiliation” (på franska); ”termination” (på engelska); ”risoluzione” (på italienska); ”Kündigung” (på tyska); ”rescisão” (på portugisiska); ”beëindiging” (på nederländska) eller ”încetarea” (på rumänska). I den spanska versionen används ”resolución”, men i skäl 80 i direktivet används termen ”rescisión”, som om det vore synonymt.

[44] Adusbef åberopade vid den hänskjutande domstolen (den femte grunden för talan) att bland annat artikel 44 i direktiv 2014/23 hade åsidosatts, men gjorde detta som ett argument för att hävda att ett nytt tilldelningsförfarande var nödvändigt, med hänsyn till den väsentliga ändringen av koncessionen.

[45] Vid förhandlingen hävdade den italienska regeringen, på samma sätt, att Adusbef inte hade yrkat att avtalet skulle sägas upp och att domstolen därför skulle begå ett rättegångsfel om den yttrade sig över något som inte hade yrkats (*ultra petita*)

[46] Se återgivningen av dem i punkt 8 i detta förslag till avgörande.

[47] Hänvisningen i skäl 77 i direktiv 2014/23 till fallet när ”en koncession avslutas på grund av brister i fullgörandet” innebär att uppsägningsgrunder som inte föreskrivs i artiklarna i detta direktiv erkänns. Vid förhandlingen medgav kommissionen att det inte finns något som hindrar medlemsstaterna från att reglera dessa andra uppsägningsgrunder.

94. De nationella rättssystemen innehåller ofta bestämmelser som innebär att rätten att häva förpliktelser anses underförstådd vid ömsesidiga förpliktelser, i det fall en av de förpliktigade inte fullgör det han ska. Detta är fallet med artikel 1453 i den italienska civillagen: i avtal med ömsesidiga prestationer får den andra parten, när en av parterna inte fullgör sina skyldigheter, välja att kräva att avtalet fullgörs eller hävs, dock inte i något fall skadestånd.

95. Genom artikel 176 i lagen om offentlig upphandling har den italienska lagstiftaren införlivat artikel 44 i direktiv 2014/23 med den nationella rätten,[48] men har även föreskrivit att koncessionen ska upphöra att gälla om koncessionshavaren inte fullgör sina skyldigheter. När det gäller sådana fall hänvisar artikel 176.7 i lagen om offentlig upphandling till artikel 1453 i civillagen.

96. Härav följer (med förbehåll för den hänskjutande domstolens tolkning av den nationella rätten) att bristande fullgörande av koncessionsförpliktelser kan utgöra en legitim grund för uppsägning av ett koncessionsavtal, oavsett artikel 44 i direktiv 2014/23. I själva verket framgår det av handlingarna i målet att i det förfarande som inletts mot ASPI för underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter i fråga om underhåll och skötsel av motorvägen, är uppsägning av koncessionen en av de möjliga åtgärderna.

97. Den hänskjutande domstolen vill emellertid veta om det föreskrivs i unionsrätten att ”avtalsförhållandet ska sägas upp” för det fall det visar sig att ”skyldigheten att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande har åsidosatts och/eller att innehavaren av en motorvägskoncession är opålitlig”.

98. Såsom den italienska regeringen, kommissionen och en av parterna i tvisten har gjort gällande[49] följer svaret på den tredje frågan av svaret på den andra frågan. Av det sistnämnda framgår att ingen av de två faktorer som den hänskjutande domstolen har hänvisat till i förevarande mål är avgörande för beslutet att säga upp koncessionen:

– När det gäller den första faktorn (att inget upphandlingsförfarande har genomförts) krävs ett nytt förfarande endast vid väsentliga ändringar av koncessionen. Enligt artikel 44 a i direktiv 2014/23 får koncessionsavtalet sägas upp när ”[k]oncessionen har varit föremål för en ändring som skulle ha krävt ett nytt koncessionstilldelningsförfarande enligt artikel 43”, vilket inte förefaller vara fallet här, av de skäl som redan angetts.

– När det gäller den andra faktorn (koncessionshavarens opålitlighet) har jag redan förklarat att detta skulle kunna prövas i den fas där anbudsgivare väljs ut och bedöms, men inte vid ändringar av koncessionen som inte är väsentliga. Om den bristande tillförlitligheten är kopplad till en allvarlig överträdelse av avtalsvillkoren, är det överträdelsen som ger den upphandlande myndigheten rätt att säga upp avtalet, på andra grunder än de som anges i artikel 44 i direktiv 2014/23.

[48] I artikel 176 i lagen om offentlig upphandling behandlas ogiltigförklaring ex officio på grund av en brist som inte kan tillskrivas koncessionshavaren (punkt 3), uppsägning på grund av bristande uppfyllelse av den beviljande myndigheten, som återkallar koncessionen av skäl som rör allmänintresset och anger dess ekonomiska konsekvenser (punkterna 4, 5 och 6), uppsägning på grund av bristande uppfyllelse av koncessionshavaren eller andra orsaker som kan tillskrivas denne (punkterna 7 och 8) och utbyte av koncessionshavaren mot en ny ekonomisk aktör vars rättigheter och skyldigheter fastställs i artikeln (punkterna 9 och 10).

[49] Punkterna 58 och 59 i den italienska regeringens skriftliga yttrande. Kommissionen intar samma ståndpunkt när det gäller koncessionshavarens tillförlitlighet (punkt 65 i dess skriftliga yttrande). ASPI anser att svaret på den tredje frågan är underordnat de två föregående frågorna (punkterna 27 och 76 i dess skriftliga yttrande).

V. Förslag till avgörande

99. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen avvisar den tredje frågan från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Italia (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) och besvarar den första och den andra frågan på följande vis:

”Artiklarna 38, 43.1, 43.4 och 43.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

ska tolkas på följande sätt:

1) Enligt artikel 43 i direktiv 2014/23 får ett koncessionsavtal ändras utan att ett nytt offentligt upphandlingsförfarande behöver inledas, om de ändringar som görs i avtalsvillkoren, utan att koncessionens övergripande karaktär förändras, inte är väsentliga, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

   En upphandlande myndighet eller enhet ska bedöma om det är nödvändigt att inleda ett nytt offentligt upphandlingsförfarande, efter att ha prövat om ändringarna av koncessionsvillkoren är väsentliga eller inte. Det beslut som fattas måste göra det möjligt för de berörda personerna att försvara sina rättigheter och, i förekommande fall, få dem prövade av domstol.

2) Enligt artikel 38 i direktiv 2014/23 är upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter skyldiga att bedöma anbudssökandenas tillförlitlighet, i förhållande till de relevanta skälen för uteslutning, som en del av urvalsförfarandet och den kvalitativa bedömningen av dessa sökande. Denna bedömning är tillämplig både för beviljandet av den ursprungliga koncessionen och för väsentliga ändringar av koncessionsavtalet som kräver ett nytt offentligt upphandlingsförfarande.”