Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 30. april 2024[1]

Sag C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
mod
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,
procesdeltagere:
Mundys SpA, tidligere Atlantia SpA,
Autostrade per l'Italia SpA,
Holding Reti Autostradali SpA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol i Lazio, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – koncession vedrørende forvaltning af motorvejsstrækninger – alvorlig misligholdelse af forpligtelserne om vedligeholdelse og bevaring – direktiv 2014/23/EU – artikel 43 – ændring af koncessionen – fastholdelse af den tidligere koncessionshaver – evaluering af behovet for at afvikle en ny udbudsprocedure – begrundelse for afgørelsen – ændringernes væsentlighed – vurdering af koncessionshaverens pålidelighed under proceduren for ændring af koncessionen – artikel 44 – opsigelse af koncessionen – ingen udbudsprocedure – koncessionshaverens upålidelighed«

1. Den 14. august 2018 kollapsede den såkaldte »Morandi-bro«, Polcevera-broen, på Motorvej A10 i nærheden af Genova, Italien. Den virksomhed, der var koncessionshaver for motorvejen, var på daværende tidspunkt Autostrade per l'Italia SpA (herefter »ASPI«).

2. De nationale myndigheder indledte en procedure for at afklare ASPI's ansvar for den alvorlige misligholdelse af selskabets forpligtelser om bevaring og vedligeholdelse af det motorvejsnet, det var ansvarligt for.

[1] – Originalsprog: spansk.

3. Denne procedure blev afsluttet med en *accordo transattivo* (herefter »forliget«) mellem ASPI og de italienske myndigheder, som blev efterfulgt af en *III atto aggiuntivo* (herefter »den tredje tillægsaftale«), som blev indgået mellem de to parter og optaget i den oprindelige koncessionskontrakt. I henhold til disse aftaler blev vilkårene i koncessionen ændret, uden at en ny udbudsprocedure blev indledt.

4. En forbrugerorganisation har anfægtet disse aftaler og andre tilknyttede aftaler for en italiensk domstol, som har forelagt Domstolen sine tvivlsspørgsmål vedrørende fortolkningen af de EU-retlige bestemmelser om ændring (og eventuelt opsigelse) af koncessionskontrakter, som er fastsat i direktiv 2014/23/EU[2].

I. Retsforskrifter

A. EU-retten. Direktiv 2014/23

5. Artikel 3 (»Princippet om ligebehandling, ikkediskrimination og gennemsigtighed«) fastsætter følgende:

»1. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

[…]

2. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder sigter mod at sikre gennemsigtighed i forbindelse med tildelingsproceduren og opfyldelsen af kontrakten samtidig med, at artikel 28 overholdes […]«

6. Artikel 38 (»Udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgere«) fastsætter følgende:

»[…]

7. Ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder kan selv eller på anmodning af en medlemsstat udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en koncessionstildeling, hvis en af følgende betingelser er opfyldt:

[…]

c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan påvise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået en alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om dennes integritet

[…]

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

f) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere koncession eller en tidligere kontrakt med en ordregivende myndighed eller med en ordregivende enhed som defineret i dette direktiv eller i direktiv 2014/25/EU, der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner

[…]«.

7. Artikel 43 (»Ændring af kontrakter i deres løbetid«) har følgende ordlyd:

»1. Koncessioner kan ændres uden en ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv i følgende tilfælde:

a) hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudset i de oprindelige koncessionsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af værdiansættelsen, eller revisionsmuligheder. I disse klausuler fastsættes omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre koncessionens overordnede karakter

[…]

c) når alle de følgende betingelser er opfyldt:

   i) Behovet for ændring er affødt af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed eller ordregivende enhed.

   ii) Ændringen berører ikke den overordnede koncessions karakter.

   iii) For koncessioner, der tildeles af en ordregivende myndighed med henblik på at udføre en aktivitet, som ikke er opført i bilag II, er en eventuel værdistigning ikke større end 50% af værdien af den oprindelige koncession. Såfremt der foretages flere successive ændringer, gælder denne begrænsning for værdien af hver af ændringerne. Sådanne successive ændringer må ikke have til formål at omgå dette direktiv

d) såfremt en ny koncessionshaver erstatter den, som den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed oprindelig havde tildelt koncessionen som følge af enten:

   i) en utvetydig revisionsklausul eller -mulighed i overensstemmelse med litra a)

   ii) en universel eller delvis erstatning af den oprindelige koncessionshaver med en anden økonomisk aktør, der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige koncessionshaver, efter omstrukturering af virksomheden, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, såfremt dette ikke medfører andre væsentlige ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af dette direktiv eller

   iii) at den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed selv påtager sig hovedkoncessionshaverens forpligtelser over for underentreprenørerne, når denne mulighed gives i den nationale lovgivning

e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

Ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder, der har ændret en koncession i de i nærværende stykkes litra b) og c) nævnte tilfælde, offentliggør en bekendtgørelse herom i *Den Europæiske Unions Tidende*. Disse bekendtgørelser skal indeholde de i bilag XI anførte oplysninger og offentliggøres i henhold til artikel 33.

2. Desuden kan koncessionerne, uden at det er nødvendigt at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt, også ændres uden en ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv, når værdien af ændringen er lavere end følgende værdier:

i) tærsklen i artikel 8 og

ii) 10% af værdien af den oprindelige koncession.

Ændringen berører dog ikke den overordnede koncessions karakter. Hvis der foretages flere på hinanden følgende ændringer, vurderes værdien ud fra den samlede nettoværdi af de på hinanden følgende ændringer.

[…]

4. En ændring af en koncession i dens løbetid anses for at være væsentlig i medfør af stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at koncessionens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige koncession. Med forbehold af stk. 1 og 2 anses ændringen for at være væsentlig, såfremt en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

a) Der indføres med ændringen betingelser, som, hvis de havde været med i den oprindelige koncessionstildelingsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i koncessionstildelingsproceduren.

b) Ændringen ændrer koncessionens økonomiske balance til koncessionshaverens fordel på en måde, som den oprindelige koncession ikke gav mulighed for.

c) Ændringen medfører en betydelig udvidelse af koncessionens anvendelsesområde.

d) Såfremt en ny koncessionshaver erstatter den, som den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed oprindelig havde tildelt koncessionen, i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1, litra d).

5. En ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en koncession i løbet af dennes løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2.«

8. Artikel 44 (»Opsigelse af koncessioner«) fastsætter følgende:

»Medlemsstaterne sikrer, at ordregivende myndigheder og ordregivende enheder på de betingelser, der er fastlagt ved gældende nationale lovgivning, kan ophæve en koncession under dens løbetid, hvis en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

a) der er foretaget en ændring af koncessionen, som ville have krævet en ny koncessionstildelingsprocedure i henhold til artikel 43

b) koncessionshaveren på tidspunktet for tildelingen af kontrakten var i en af de i artikel 38, stk. 4, omhandlede situationer og skulle derfor have været udelukket fra koncessionstildelingsproceduren

c) Den Europæiske Unions Domstol afgør i en procedure i medfør af artikel 258 i TEUF, at en medlemsstat ikke har opfyldt sine forpligtelser i henhold til traktaterne, fordi en ordregivende myndighed eller enhed fra den pågældende medlemsstat har tildelt den pågældende koncession uden at overholde sine forpligtelser i henhold til traktaterne og dette direktiv.«

B. Italiensk ret

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

9. I henhold til artikel 43, stk. 1, er de opdateringer eller revisioner af aftaler om motorveje, som er gældende ved lovdekretets ikrafttrædelse, når de indebærer ændringer eller modifikationer af investeringsplanen eller normative aspekter med henblik på beskyttelsen af de offentlige finanser, betinget af udtalelser fra visse organer og skal godkendes af de myndigheder, som er opført i denne bestemmelse.

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

10. Artikel 80, stk. 5, anfører i henholdsvis litra c) og c3), alvorlig forsømmelse i forbindelse med aktiviteten og misligholdelse i forbindelse med udførelsen af en tidligere koncession som fakultative grunde til at udelukke tilbudsgivere.

11. Tredje del af lovdekretet, som vedrører koncessionskontrakter, omfatter følgende bestemmelser:

– Artikel 175 om ændringer af kontrakter i deres løbetid. Denne bestemmelse gengiver med små variationer artikel 43 i direktiv 2014/23.

– Artikel 176 om ophør, ophævelse ex officio, opsigelse på grund af misligholdelse og udskiftning af koncessionshaveren.

[3] – Lovdekret nr. 201 af 6.12.2011 om hasteforanstaltninger til vækst, rimelighed og rationalisering af de offentlige finanser (GURI Serie Generale nr. 284 af 6.12.2011 – ordinært tillæg nr. 251).

[4] – Lovdekret nr. 50 af 18.4.2016, lov om offentlige kontrakter (GURI Serie Generale nr. 91 af 19.4.2016 – ordinært tillæg nr. 10). Dette lovdekret finder anvendelse ratione temporis.

II. Faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12. Den 12. oktober 2007 indgik ASPI og Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (det italienske vejdirektorat) [5] en »Convenzione unica« (herefter »enkeltkontrakten«) [6], hvorved ASPI blev tildelt koncessionen over 2 800 km italienske motorvejsstrækninger [7].

13. Koncessionen udløber den 31. december 2038.

14. Et stykke af Polcevera-broen (»Morandi-broen«) på Motorvej A10, som ASPI var koncessionshaver af, styrtede den 14. august 2018 sammen, hvilket medførte, at 43 personer omkom.

15. Den 16. august 2018 indledte generaldirektoratet for tilsyn med motorvejskoncessionshavere en procedure mod ASPI vedrørende alvorlig misligholdelse af forpligtelserne om vedligeholdelse og bevaring af motorvejsnettet.

16. Fra den 10. juli 2019 blev der afholdt en række møder mellem koncessionshaveren og myndighederne, som førte til, at ASPI den 11. juli 2020 fremsatte et forslag [8].

17. På grundlag af dette forslag om en »forhandlingsløsning« blev der udarbejdet et forlig, som blev fremsendt til ASPI ved en fælles skrivelse fra en række italienske ministerier og formandskabet for ministerrådet den 23. september 2020.

18. Forliget fastlagde de foranstaltninger, koncessionshaveren skulle træffe, og de øvrige forpligtelser, som koncessionshaveren påtog sig, med henblik på en forhandlingsløsning af misligholdelsesproceduren. I forliget blev der foreslået en »genforhandling af enkeltkontrakten« af 12. oktober 2007.

19. Den 15. juli 2021 fremsendte ASPI et udkast til en tillægsaftale til enkeltkontrakten med bilag.

20. Den 14. oktober 2021 indgik infrastrukturministeriet og ASPI forliget, som blev bekræftet ved dekret nr. 37 af 22. februar 2022 fra infrastrukturministeriet efter fælles overenskomst med Ministero dell'economia e delle Finanze (det italienske økonomi- og finansministerium) [9].

21. Den 21. marts 2022 undertegnede infrastrukturministeriet og ASPI den tredje tillægsaftale til enkeltkontrakten, hvorved visse ændringer af koncessionsvilkårene blev optaget i enkeltkontrakten.

[5] – Ministeriet for bæredygtig infrastruktur og mobilitet (herefter »infrastrukturministeriet«) trådte ex lege i vejdirektoratets sted den 1.10.2012.

[6] – Koncessionen vedrørende de af ASPI forvaltede motorveje hidrører fra en tildeling i 1968 til selskabet Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade SpA Sidstnævnte blev privatiseret i 1999 og overdrog i 2003 sine aktiviteter i forbindelse med motorvejskoncessioner til ASPI.

[7] – Enkeltkontrakten blev formelt godkendt ved artikel 8k 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 (lovdekret nr. 59 af 8.4.2008 om hasteforanstaltninger for gennemførelsen af fællesskabsretlige forpligtelser og opfyldelse af domme fra De Europæiske Fællesskabers Domstol), ophøjet med ændringer til lov nr. 101/2008.

[8] – I forslaget tilbød ASPI i det væsentlige at betale en økonomisk kompensation på 3 400 mio. EUR, at forbedre sikkerhedsstandarderne og at iværksætte en gennemgribende omstrukturering af selskabsstrukturen med deltagelse af Cassa Depositi e Prestiti (statens finansieringsorgan) og andre af dette organ godkendte investorer, hvorefter det nystiftede selskab ville overtage aktionærkontrollen med ASPI.

[9] – Forud for godkendelsen af forliget afgav Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (interministeriel komité for økonomisk planlægning og bæredygtig udvikling, Italien) den 22.12.2021 en positiv udtalelse vedrørende den tredje tillægsaftale.

22. En række organisationer (hvoraf det i sidste ende kun blev anerkendt, at Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (herefter »Adusbef«) havde søgsmålskompetence) anlagde et søgsmål ved den forelæggende ret, indført i registret under nr. 6020/2022, til prøvelse af følgende retsakter, idet de nedlagde påstand om annullation heraf:

– afgørelse nr. 75/21 truffet af den interministerielle komité for økonomisk planlægning og bæredygtig udvikling den 22. december 2021 med overskriften »Autostrade per l'Italia SpA – udtalelse om den tredje tillægsaftale til enkeltkontrakten af 12. oktober 2007 og om den økonomisk-finansielle plan som omhandlet i artikel 43 i lovdekret nr. 201 af 2011 (afgørelse nr. 75/2021)«

– dekret nr. 37 af 22. februar 2022 fra infrastrukturministeriet efter fælles overenskomst med økonomi- og finansministeriet om godkendelse af forliget indgået den 14. oktober 2021 mellem infrastrukturministeriet og ASPI

– afgørelse nr. SCCLEG/2/2022/PREV truffet den 29. marts 2022 af Corte dei Conti (revisionsret, Italien)

– positiv udtalelse fra Avvocatura Generale dello Stato (statsadvokaturen, Italien), fremsendt ved note af 24. september 2021, vedrørende udkastet til førnævnte aftale

– forliget af 14. oktober 2021 indgået mellem infrastrukturministeriet og ASPI

– note nr. 1935 af 5. november 2021, hvorved ASPI fremsendte det opdaterede forslag til den økonomisk-finansielle plan til infrastrukturministeriet

– udtalelse af 22. december 2021 fra Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (rådgivningsgruppe vedrørende anvendelsen af retningslinjerne for regulering af almennyttige offentlige ydelser) om udkastet til den tredje tillægsaftale til enkeltkontrakten og den heraf følgende økonomisk-finansielle plan

– udtalelse af 14. oktober 2020 og note af 16. december 2021 fra Autorità di regolazione dei trasporti (den regulerende myndighed for transport, Italien)

– referaterne fra møderne i Consiglio dei Ministri (ministerrådet, Italien) den 14. og den 15. juli 2020

– enhver anden forberedende, tilknyttet eller efterfølgende retsakt.

23. De klagepunkter, som Adusbef har gjort gældende[10], vedrører tilsidesættelse af både de nationale bestemmelser og artikel 38, 43 og 44 i direktiv 2014/23.

24. ASPI, de offentlige institutioner og myndigheder, der har udstedt de anfægtede retsakter, og som er repræsenteret samlet, samt Atlantia SpA[11] og – som intervenient til støtte for de sagsøgte – Holding Reti Autostradali har bestridt sagsøgerens påstande.

[10] – Side 12-15 i forelæggelseskendelsen i den italienske version.

[11] – Atlantia var aktionær i ASPI, indtil selskabet solgte sin aktieandel til Holding Reti Autostradali SpA i forbindelse med kapitalomstruktureringen af ASPI. Atlantia ændrede den 14.3.2023 navn til Mundys SpA.

25. På denne baggrund har Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol i Lazio, Italien) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål »vedrørende den ordning, der følger af artikel 38, 43 og 44 i direktiv 2014/23«:

»1) Er det i strid med [EU]-retten at fortolke den nationale lovgivning således, at den koncessionsgivende myndighed kan gennemføre en procedure vedrørende ændring af koncessionshaveren i og genstanden for en eksisterende motorvejskoncession eller vedrørende genforhandling heraf uden at vurdere og udtale sig om pligten til at afholde en offentlig udbudsprocedure?

2) Er det i strid med [EU]-retten at fortolke den nationale lovgivning således, at den koncessionsgivende myndighed kan gennemføre en procedure vedrørende ændring af koncessionshaveren i og genstanden for en eksisterende motorvejskoncession eller vedrørende genforhandling heraf uden at vurdere pålideligheden af en koncessionshaver, som har gjort sig skyldig i en alvorlig misligholdelse?

3) Foreskriver [EU]-retten, at kontraktforholdet skal opsiges i tilfælde af konstateret tilsidesættelse af pligten til at afholde en offentlig udbudsprocedure, og/eller såfremt indehaveren af en motorvejskoncession viser sig at være upålidelig?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

26. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 4. november 2022.

27. Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, den tyske, den estiske og den italienske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Alle disse parter med undtagelse af den tyske og den estiske regering deltog i retsmødet den 28. februar 2024.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

1. Det direktiv, der finder anvendelse

28. Ifølge Mundys er direktiv 2014/23 ikke relevant for afgørelsen af tvisten, eftersom det i henhold til artikel 54, stk. 2, »ikke [finder] anvendelse på tildelingen af koncessioner, der er sendt i udbud eller tildelt før den 17. april 2014«. I den foreliggende sag blev den omtvistede koncession tildelt den 12. oktober 2007.

29. Selv om den oprindelige koncession blev tildelt før vedtagelsen af direktiv 2014/23, er det relevante for afgørelsen af, hvilken lovgivning der finder anvendelse, tidspunktet for de ændringer, hvis gyldighed er blevet anfægtet [12]. Dette tidspunkt ligger efter den 17. april 2014, som er skæringsdatoen for, hvornår direktiv 2014/23 finder anvendelse.

30. Samme argument kan mutatis mutandis anføres som begrundelse for at afvise indsigelserne om, at koncessionshaveren har vist sig at være upålidelig, og at der foreligger en begrundelse for at opsige kontrakten. Begge disse indsigelser vedrører omstændigheder, som udspringer af eller er forbundet med de omtvistede ændringer og ligger tidsmæssigt efter den 17. april 2014.

2. Formaliteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys og den italienske regering har – delvist med sammenfaldende og delvist med forskellige argumenter – gjort gældende, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling. De har nærmere bestemt kritiseret den forelæggende ret for ikke at have forelagt tilstrækkelige faktiske og retlige elementer til at opnå en nyttig besvarelse af sine spørgsmål, og at disse spørgsmål er hypotetiske.

32. Der foreligger en formodning for, at anmodninger om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EU-retten er relevante. Endvidere har den nationale ret ansvar for at fastlægge de faktiske og retlige omstændigheder, hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve. Domstolen kan kun afvise at træffe afgørelse om en af disse anmodninger i undtagelsestilfælde, som Domstolen har præciseret [13].

33. Med forbehold af, hvad jeg senere vil anføre vedrørende det tredje præjudicielle spørgsmål, og visse uklarheder i de øvrige spørgsmål, har de to første spørgsmål efter min opfattelse forbindelse med hovedsagens genstand. Selv om beskrivelsen af de faktiske omstændigheder ikke er så præcis, som den burde være [14], giver denne redegørelse og de retlige betragtninger i forelæggelseskendelsen [15] Domstolen de minimumselementer, der er nødvendige for at besvare de to første spørgsmål.

[12] – Dom af 2.9.2021, Sisal m.fl. (C-721/19 og C-722/19, EU:C:2021:672, herefter »dommen i sagen Sisal m.fl.«), præmis 28: »[…] den EU-lovgivning, der i tilfælde af en væsentlig ændring af en koncessionskontrakt skal anvendes ved vurderingen af denne ændring, er den EU-lovgivning, der var gældende på tidspunktet for denne ændring. Domstolen præciserede i denne sammenhæng, at den omstændighed, at indgåelsen af den oprindelige koncessionskontrakt ligger forud for vedtagelsen af EU-reglerne på området, ikke har betydning i denne henseende […]«. Jf. i samme retning dom af 11.7.2013, Kommissionen mod Nederlandene (C-576/10, EU:C:2013:510), præmis 54, og af 18.9.2019, Kommissionen mod Italien (C-526/17, EU:C:2019:756), præmis 60.

[13] – Dette er tilfældet, hvis det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål. Jf. bl.a. dom af 14.9.2023, TGSS (Afslag på moderskabstillæg) (C-113/22, EU:C:2023:665), præmis 30 og 31.

[14] – I forelæggelseskendelsen (punkt 2.1) anfører den forelæggende ret, at hvad angår tvistens genstand og redegørelsen for de relevante faktiske omstændigheder »antager afdelingen i fuldt omfang afsnittet »faktiske omstændigheder« i den foreliggende dom«. Imidlertid indeholder dette afsnit ikke en beskrivelse af de faktiske omstændigheder, som samme ret anser for at være godtgjort, men derimod dem, som parterne har gjort gældende.

[15] – Forelæggelseskendelsen har den usædvanlige form »mellemdom«.

B. Det første præjudicielle spørgsmål

34. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om EU-retten giver mulighed for »at fortolke den nationale lovgivning således, at den koncessionsgivende myndighed kan gennemføre en procedure vedrørende ændring af koncessionshaveren i og genstanden for en eksisterende motorvejskoncession eller vedrørende genforhandling heraf uden at vurdere og udtale sig om pligten til at afholde en offentlig udbudsprocedure«.

35. Således som spørgsmålet er formuleret, må det opfattes således, at det vedrører artikel 43 i direktiv 2014/23, som omhandler ændringer af kontrakter i deres løbetid. Jeg vil behandle dette spørgsmål ved at undersøge denne bestemmelse og de formelle og materielle aspekter af de ændringer, der er blevet aftalt i hovedsagen.

1. Ændringer af koncessionskontrakter i henhold til direktiv 2014/23

36. Artikel 43 i direktiv 2014/23 giver mulighed for at ændre koncessionerne uden en ny koncessionstildelingsprocedure i de tilfælde, der er opregnet i stk. 1. For så vidt det er relevant i den foreliggende sag, er det væsentligste af disse det tilfælde, at »ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4« [stk. 1, litra e)].

37. Samme artikels stk. 4 fastsætter reglerne for, hvornår en ændring af en koncession i dens løbetid anses for at være væsentlig. I denne situation er »[e]n ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv […] nødvendig« i henhold til stk. 5.

38. Det anføres i 75. betragtning til direktiv 2014/23, at »[e]n ny koncessionsprocedure er nødvendig, hvis der foretages væsentlige ændringer i den oprindelige koncession, især med hensyn til anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter […]«.

39. Før ikrafttrædelsen af direktiv 2014/23 havde Domstolen allerede fastslået, at væsentlige ændringer i de vigtigste bestemmelser i en koncessionskontrakt kan nødvendiggøre, at der tildeles en ny koncessionskontrakt [16].

40. I 2011 blev der indledt en debat [17] om behovet for at reformere direktiverne om offentlige udbud. Et af de spørgsmål, der blev bragt i høring, var, »om der er behov for en retlig afklaring på EU-plan med henblik på at fastsætte de betingelser, hvorunder en ændring af en kontrakt nødvendiggør en ny tildelingsprocedure«, i lyset af Domstolens praksis. Resultatet heraf er kommet til udtryk på lignende vis i de tre direktiver om udbud af 2014 for så vidt angår ændringer af kontrakter.

41. I den senere retspraksis vedrørende artikel 43 i direktiv 2014/23 er denne bestemmelse blevet fortolket på linje med de tidligere domme. I dom af 2. september 2021 fastslog Domstolen således, at der ved denne bestemmelse »[…] er foretaget en udtømmende harmonisering for så vidt angår dels de tilfælde, hvor koncessionerne kan ændres, uden at det er nødvendigt med henblik herpå at

[16] – Dom af 13.4.2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), præmis 37. Jf. i samme retning vedrørende de regler, der gik forud for direktiv 2014/23, dom af 18.9.2019, Kommissionen mod Italien (C-526/17, EU:C:2019:756), præmis 59, og af 11.7.2013, Kommissionen mod Nederlandene, (C-576/10, EU:C:2013:510), præmis 54.

[17] – Grønbog »om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb. Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb«, Bruxelles den 27.1.2011, KOM(2011) 15 endelig. På side 27 anføres det, at »det i retspraksis for visse typer ændringer ikke synes at blive fastslået tilstrækkeligt tydeligt, om der er behov for en ny udbudsprocedure«.

afholde en ny koncessionstildelingsprocedure […] dels de tilfælde, hvor en sådan koncessionstildelingsprocedure er påkrævet for at foretage ændringer af koncessionsbetingelserne« [18].

42. Som netop anført opregner artikel 43, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/23, hvilke ændringer der ikke kræver, at der indledes et nyt udbud. Samme artikels stk. 4 fastsætter, hvornår en ændring anses for at være væsentlig med den konsekvens (stk. 5), at der skal indledes en ny koncessionstildelingsprocedure.

43. Den forelæggende rets første præjudicielle spørgsmål skal besvares på baggrund af disse præmisser. Spørgsmålets ordlyd er imidlertid tvetydig: Således som det er formuleret, synes det kun at vedrøre afklaringen af, om der gælder en *formel forpligtelse* om, at den ordregivende myndighed udtaler sig ved en begrundet afgørelse, hvis *materielle* indhold således kommer i anden række.

44. Denne formelle synsvinkel står dog i kontrast til den opmærksomhed, som den forelæggende ret i forelæggelseskendelsen vier en af de (formodet) væsentlige ændringer af koncessionen, nemlig den, der vedrører koncessionshaverens aktionærstruktur.

45. For fuldstændighedens skyld vil jeg behandle begge perspektiver i spørgsmålet, det formelle og det materielle. Indledningsvis skal det påpeges, at med undtagelse af ændringen af aktionærerne identificeres hverken oprindelsen eller indholdet af de ændrede koncessionsvilkår præcist i forelæggelseskendelsen.

46. Som før nævnt fandt ændringen sted ved to retsakter, som, selv om de har forbindelse med hinanden, frembyder forskellige juridiske kendetegn:

– Dels indgåelsen af forliget mellem infrastrukturministeriet og ASPI den 14. oktober 2021, som afsluttede undersøgelsen af koncessionshaverens misligholdelse [19].

– Dels samme parters indgåelse af den tredje tillægsaftale til enkeltkontrakten den 21. marts 2022. Det var faktisk denne retsakt, som indarbejdede ændringerne af koncessionen. Imidlertid skænkes den ikke megen opmærksomhed i forelæggelseskendelsen.

2. Den ordregivende myndigheds forpligtelse til at begrunde sin afgørelse

47. Artikel 43, stk. 1, 2 og 4, i direktiv 2014/23 kræver i forbindelse med reglerne for, hvordan koncessionerne kan ændres (med eller uden en ny koncessionsprocedure), ikke, at den ordregivende myndighed redegør for grundene til sin vurdering af, om visse af de i disse bestemmelser omhandlede tilfælde foreligger.

48. Principielt, og i lyset af, at artikel 43 i direktiv 2014/23 er tavs om dette spørgsmål, tilkommer det medlemsstaterne at vælge, om de pålægger eller ikke pålægger de ordregivende myndigheder at begrunde deres afgørelser vedrørende ændringer af koncessionen.

[18] – Dommen i sagen Sisal m.fl., præmis 31.

[19] – Forliget er faktisk en forvaltningsakt, som blev vedtaget i henhold til artikel 11 i lov nr. 241/1990 af 7.8.1990 om »nye bestemmelser vedrørende forvaltningsprocedurer og om retten til aktindsigt i forvaltningsakter«. Dette fremgår af forligets artikel 5. Denne forvaltningsakt (som er vedtaget i form af et »forlig med den interesserede part« som omhandlet i denne lovs artikel 11, stk. 1) er som sådan undergivet den generelle begrundelsesforpligtelse og de samme kontroller som den offentlige forvaltnings øvrige retsakter.

49. Domstolen har imidlertid fastslået, at den ordregivende myndighed i visse tilfælde er underlagt en sådan forpligtelse, for at de interesserede parter kan »forsvare deres rettigheder og træffe afgørelse om, hvorvidt sagen bør prøves retsligt, på grundlag af et fuldt kendskab til sagen«, og for at »den kompetente ret kan udøve sin legalitetsprøvelse af [afgørelser vedtaget af de nationale myndigheder]« [20].

50. Det tilkommer den forelæggende ret at afklare, om de anfægtede retsakter henset til tvistens genstand skal begrundes, og om de i så fald indeholder en tilstrækkelig begrundelse til, at adressaterne kan forsvare deres rettigheder, eller til at muliggøre den retslige prøvelse af disse retsakter [21].

51. Fra denne synsvinkel anfører forelæggelseskendelsen tilstrækkelige elementer til at udlede, at der forud for den ordregivende myndigheds afgørelse blev foretaget vurderinger, som muligvis opfylder kravet om begrundelse. Nærmere bestemt angav de kompetente myndigheder (med rette eller urette, men dette er et andet spørgsmål), hvorfor ændringen af koncessionen var den mest hensigtsmæssige løsning.

52. Det fremgår nemlig af forelæggelseskendelsens præmis 2.2, at den ordregivende myndighed afvejede de negative og positive konsekvenser af de foreslåede muligheder (ændring af koncessionen uden et nyt udbud eller opsigelse af kontrakten) [22]. De grunde, der foranledigede de italienske myndigheder til at vælge den første af disse løsninger, er anført udførligt i diverse dokumenter, som indgår i sagsakterne [23].

53. På denne baggrund kan den ordregivende myndigheds begrundelse udledes af indholdet af det kompleks af dokumenter, som de retsakter, der er blevet anfægtet ved Adusbefs søgsmål, indgår i. Disse omfatter udtalelser fra de nationale organer og institutioner, som understreger det ønskelige i at indgå forliget og den tredje tillægsaftale, og på baggrund af hvilke den ordregivende myndighed anså det for hensigtsmæssigt at ændre den oprindelige koncession uden en forudgående udbudsprocedure.

[20] – Dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), præmis 120 med henvisning til tidligere retspraksis, og af 21.12.2023, Infraestruturas de Portugal og Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016), præmis 87.

[21] – I retsmødet blev det drøftet, om den ordregivende myndighed, eftersom den havde ændret koncessionen i henhold til artikel 43, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/23, burde have offentliggjort en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* med de oplysninger, der er opført i bilag XI. Den forelæggende ret har ikke forelagt spørgsmål om denne undladelse, idet den har begrænset sit spørgsmål til den manglende begrundelse for retsakterne. Under alle omstændigheder er en af de tre betingelser, som er fastsat i denne bestemmelse, ikke opfyldt i den foreliggende sag: ændringen af koncessionens overordnede karakter.

[22] – Den forelæggende ret anfører i denne henseende de negative konsekvenser af at ophæve koncessionen, således som de fremgår af forliget. Heriblandt nævnes en afbrydelse af de aktiviteter, der er omfattet af kontrakten, hvilket ville kunne medføre en risiko for økonomiske tab for ASPI's medkontrahenter og leverandører og mulige yderligere omkostninger for forvaltningen som følge af anerkendelse af forpligtelser til at betale gebyrer, den afskrækkende risiko for, at forvaltningen vil blive involveret i retssager, hvor gyldigheden af et vilkår i enkeltkontrakten anerkendes, og hvis resultat vil kunne medføre betydelige økonomiske byrder for staten, samt statens forpligtelse til at betale koncessionshaveren en kompensation.

[23] – Den forelæggende ret fremhæver følgende blandt de positive aspekter af forliget som anført heri: i) uafbrudt udførelse af tjenesten, hvilket vil forhindre en afbrydelse af en for fællesskabet væsentlig ydelse, og løsning af situationer, som ville kunne hindre dens sædvanlige drift, ii) øjeblikkelig indledning af udførelsen af programmet for investering og vedligeholdelse af motorvejsnettet samt fremme af investeringsplanerne vedrørende økologisk omstilling og bæredygtig mobilitet, iii) ASPI's opretholdelse og udvikling af det aktuelle niveau for udførelse og vedtagelse af initiativer til gavn for fællesskabet i overensstemmelse med de prioriteringer, der fastlægges direkte af forvaltningen, iv) garanti for betalingen for genopbygningen af den bro, der skal erstatte Polcevera-broen, v) afslutning af de verserende retssager mellem koncessionshaveren og forvaltningerne, vi) tilpasning af vilkårene i koncessionskontrakten ved ophævelse af de klausuler, der anses for at være ugrundet fordelagtige for koncessionshaveren, vii) indførelse af en forstærket sanktionsordning i forhold til den, der er fastsat i enkeltkontrakten, og viii) begge parters ønske om at undgå fremtidige tvister.

54. I sin stævning for den forelæggende ret har Adusbef gjort gældende, at »begrundelserne i forliget for ikke at skride til opsigelse, men at opretholde kontrakten […]« fremgår heraf, og gengiver en del af dets indhold [24]. I samme skrivelse [25] har Adusbef – med sine egne argumenter – kritiseret de argumenter, som er anført i forliget til støtte for en fortsættelse af kontrakten, og de argumenter, som Corte dei conti (revisionsret) havde anført for at »fuldstændiggøre begrundelsen«.

55. Adusbef har således fået kendskab til og anfægtet indholdet af retsakterne om ændring af koncessionen og indbragt dem for den forelæggende ret med henblik på retslig prøvelse [26].

3. Kvalificeringen af ændringerne af koncessionskontrakten

56. Forelæggelseskendelsen fokuserer primært på den (formodede) ændring af koncessionskontrakten som følge af ændringen af ASPI's aktionærstruktur. Spørgsmålet er, om der var tale om en »ændring af koncessionshaveren« som omhandlet i artikel 43, stk. 4, litra d), sammenholdt med stk. 1, litra d), i direktiv 2014/23.

57. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om

– sammenstyrtningen af Morandi-broen udgjorde »omstændigheder, som ikke kunne forudses« som omhandlet i artikel 43, stk. 1, første afsnit, litra c), nr. i), i direktiv 2014/23

– ASPI's forpligtelse til at betale en økonomisk kompensation på 3 400 mio. EUR og garantere en forbedring af sikkerhedsforholdene på motorvejsnettet og den effektive gennemførelse heraf indebærer en væsentlig ændring af koncessionen.

58. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om det i henhold til artikel 43, stk. 5, i direktiv 2014/23 var nødvendigt at indlede en ny udbudsprocedure. Domstolen kan imidlertid give den forelæggende ret vejledning med henblik på dens afgørelse.

a) Ændring af aktionærstrukturen: en væsentlig ændring af koncessionskontrakten?

59. I henhold til artikel 43, stk. 1, litra d), nr. ii), i direktiv 2014/23 »[kan] [k]oncessioner […] ændres uden en ny koncessionstildelingsprocedure […] såfremt en ny koncessionshaver erstatter den, som den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed oprindelig havde tildelt koncessionen som følge af […] en universel eller delvis erstatning af den oprindelige koncessionshaver med en anden økonomisk aktør […] efter omstrukturering af virksomheden […]«.

[24] – Stævningens s. 10 og 11.

[25] – Punkt 8 i afsnittet »diritto«, stævningens s. 29.

[26] – I retsmødet lagde Adusbef vægt på den manglende begrundelse i infrastrukturministeriets dekret nr. 37 af 22.2.2022. Dette dekret, som Adusbef vedlagde som bilag, indeholder to artikler og en lang række forudgående betragtninger: Den første artikel begrænser sig til at godkende forliget, mens den anden begrænser sig til at fastsætte, at »forligets gyldighed er betinget af, at de i forligets artikel 10 anførte betingelser er opfyldt«. Dekretet synes derfor efter min opfattelse at være tilstrækkeligt begrundet i sig selv og ved henvisning til en anden akt, for så vidt som det overtager den (omfattende) begrundelse, der fremgår af forliget. De to retsakter bør læses samlet.

60. Ved fortolkningen af denne bestemmelse skal der tages hensyn til 77. betragtning til direktiv 2014/23, som omhandler *strukturelle ændringer*, såsom rent interne reorganiseringer, overtagelser eller fusioner under koncessionens udførelse. Det anføres endvidere, at disse strukturelle ændringer »ikke automatisk [bør] nødvendiggøre nye tildelingsprocedurer for [koncessionen]«.

61. Det kan udledes af parternes skriftlige indlæg og deres mundtlige indlæg i retsmødet samt de oplysninger, der er anført i forelæggelseskendelsen [27], at der ikke skete en hel eller delvis udskiftning af koncessionshaveren (ASPI var og er fortsat indehaver af koncessionen), men derimod en intern aktionæromstrukturering [28], hvorved de nye aktionærer trådte i stedet for andre i forbindelse med en operation, som blev anmeldt til Kommissionen [29].

62. I retsmødet blev det drøftet, om det forhold, at Cassa Depositi e Prestiti [30] blev majoritetsaktionær i ASPI, henset til sine kendetegn [31], indebar en ændring af koncessionshaveren og således nødvendiggjorde en udbudsprocedure.

63. Principielt udgør den blotte udskiftning af visse aktionærer med andre i forbindelse med en aktionæromstrukturering imidlertid ikke en væsentlig subjektiv fornyelse, som kræver en ny udbudsprocedure, som omhandlet i artikel 43, stk. 1, litra d), nr. ii), i direktiv 2014/23. Domstolen har bekræftet dette ved at fastslå, at »[…] interne omstruktureringer af den oprindelige kontrahent kan udgøre ikke-væsentlige ændringer af bestemmelserne i den offentlige kontrakt, som ikke kræver indledning af en ny udbudsprocedure« [32].

64. Fra en anden synsvinkel skal den forelæggende ret tage hensyn til, om denne subjektive ændring er tilladt i henhold til enkeltkontraktens artikel 10a. I så fald skal det vurderes, om de anfægtede retsakter var i overensstemmelse med artikel 43, stk. 1, litra d), nr. i), i direktiv 2014/23 [33], dvs. om ændringen var fastsat som en mulighed eller en entydig ændringsbestemmelse i den oprindelige koncessionskontrakt [34].

27 – Forelæggelseskendelsens præmis 2.5.

28 – Ifølge forelæggelseskendelsens præmis 2.5, første afsnit, solgte Atlantia 88% af ASPI til et holdingselskab (Holding Reti Autostradali), hvis majoritetsaktionær (51%) var Cassa Depositi e Prestiti Equity SpA, og hvoraf to eksterne fonde, Macquarie Group Ltd og Blackstone Group Inc, ejede hver 24,5%. Ifølge punkt 2 i Holding Reti Autostradalis indlæg tilhørte 6,94% af den øvrige kapital Appia Investments Srl, mens 5% tilhørte Silk Road Fund Co. (forelæggelseskendelsens præmis 2.5, andet afsnit, nævner disse procentsatser).

29 – Kommissionen besluttede ved afgørelse C(2021) 8274 final ikke at modsætte sig den anmeldte operation, som den erklærede forenelig med det indre marked. Ifølge anmeldelsen af den planlagte fusion (i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 24, s. 1)) foreslog en række selskaber (Cassa Depositi e Prestiti Equity, som er en del af koncernen Cassa Depositi e Prestiti, Macquarie Group og Blackstone Group) at overtage den samlede kontrol med hele ASPI ved køb af aktier.

30 – Ifølge de tilgængelige oplysninger, med forbehold af en senere efterprøvning, ejes 88,06% af ASPI af Holding Reti Autostradali, hvoraf 51% kontrolleres af Cassa Depositi e Prestiti Equity, hvis aktiekapital ejes 100% af Cassa Depositi e Prestiti.

31 – Et af de anførte argumenter vedrørte ændringen af koncessionshaverens karakter (offentlig eller privat) som følge af, at økonomi- og finansministeriet ejer en del af kapitalen i Cassa Depositi e Prestiti. Den forelæggende ret bemærker imidlertid, at dette selskab ikke er en offentlig virksomhed. Det blev også drøftet, om det forhold, at nye aktionærer blev medejere af ASPI, udgjorde en self cleaning-foranstaltning fra koncessionshaverens side, som i større eller mindre grad blev tilbudt af koncessionshaveren eller pålagt den af de italienske myndigheder, hvilket ville vise, at den subjektive ændring var af væsentlig karakter. Efter min opfattelse kan dette sidstnævnte argument afvises, eftersom samme koncessionshaver (hvis identitet altså opretholdes) netop træffer self cleaning-foranstaltningerne for at deltage i en senere tildelingsprocedure som omhandlet i artikel 38, stk. 9, i direktiv 2014/23.

32 – Dom af 3.2.2022, Advania Sverige og Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72), præmis 34 med henvisning til dom af 19.6.2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

33 – Vedrørende anvendelsen af denne bestemmelse jf. dommen i sagen Sisal m.fl., præmis 39-43.

34 – Holding Reti Autostradali har gjort dette gældende i punkt 10 og 40 i sit skriftlige indlæg med henvisning til enkeltkontraktens artikel 10a, som fastsætter kriterierne for godkendelse af ændringer af motorvejskoncessionshaverne som følge af fusioner på EU-plan.

b) Andre ændringer (af objektiv karakter)

65. Ifølge den forelæggende ret[35] er ændringerne af enkeltkontrakten ikke affødt af »omstændigheder, som en omhyggelig ordregivende myndighed ikke kunne have forudset«.

66. Efter den forelæggende rets opfattelse udgør en misligholdelse, som kan påvirke sikkerheden på vejene eller – i sig selv eller i forbindelse med andre omstændigheder – kan medføre en tragisk begivenhed såsom sammenstyrtningen af Morandi-broen, ikke en omstændighed, som ikke kunne forudses.

67. Efter min opfattelse bør der ikke lægges vægt på, om begivenheden ikke kunne forudses, men derimod på det heraf affødte »behov« for ændring af kontrakten. Artikel 43, stk. 1, første afsnit, litra c), nr. i), i direktiv 2014/23 nævner netop *behovet for ændring* som følge af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en omhyggelig ordregivende myndighed eller ordregivende enhed.

68. Hvad end årsagen er til de aftalte ændringer, er det relevante i den foreliggende sag, om de kan kvalificeres som væsentlige, med henblik på at afgøre, om det, uanset hvad ændringerne skyldtes, var nødvendigt at afvikle en udbudsprocedure, eftersom disse ændringer ændrede koncessionens genstand og overordnede karakter.

69. I retsmødet blev det drøftet, hvilke objektive ændringer forliget og tillægsaftalen nærmere bestemt indebar i forhold til enkeltkontrakten. Blandt disse nævner den forelæggende ret ASPI's forpligtelser til at betale en økonomisk kompensation på 3 400 mio. EUR og garantere en forbedring af sikkerhedsforholdene på motorvejsnettet. Den omtaler imidlertid ikke tarifændringen eller andre særskilte ændringer, som fremgår af disse to aftaler.

70. Det tilkommer atter den forelæggende ret at vurdere, om de forpligtelser, som ASPI påtog sig, indebærer en væsentlig ændring af kontrakten som omhandlet i artikel 43, stk. 1, 2 og 4, i direktiv 2014/23. I forbindelse med sin vurdering kan den tage i betragtning, at det i retsmødet blev drøftet uden nogen endegyldig konklusion, om de indførte ændringer faktisk forværrede koncessionshaverens stilling, idet denne blev pålagt mere bebyrdende betingelser[36], eller om de derimod var fordelagtige for selskabets interesser, idet det fik mulighed for at fortsætte koncessionen. Det kan også vurderes, om disse ændringer skyldtes anvendelsen af nye lovgivningsmæssige foranstaltninger af generel karakter[37] eller snarere ad hoc-beslutninger, som den ordregivende myndighed frivilligt traf til fordel for koncessionshaveren.

71. Efter min opfattelse synes de to objektive ændringer, som anføres af den forelæggende ret, henset til de ændringer, som samme ret henviser til, ikke at være af væsentlig karakter: Dels tilsigtes det med ASPI's økonomiske bidrag (der som sådan er bebyrdende for

35 – Forelæggelseskendelsens præmis 2.6, tredje og fjerde afsnit.

36 – Repræsentanten for Holding Reti Autostradali påberåbte sig dommen i sagen Sisal m.fl. og påpegede, at koncessionshaveren i denne sag blev pålagt mere bebyrdende betingelser end de oprindeligt fastsatte, hvorfor der ikke var sket en væsentlig ændring til fordel for koncessionshaveren. Det fastslås i denne doms præmis 53, at »for så vidt som denne forudbetaling vil kunne forhøje det beløb, der skal betales, synes en sådan ændring ikke at ændre koncessionens økonomiske balance til koncessionshaverens fordel som omhandlet i [artikel 43, stk. 4, i direktiv 2014/23]«.

37 – Dette blev gjort gældende i retsmødet af ASPI's repræsentant, som anførte, at ændringerne ved forliget og tillægsaftalen i det mindste delvist skyldtes ikrafttrædelsen af Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (lovdekret nr. 109 af 28.9.2018) (GURI nr. 226 af 28.9.2018), som finder anvendelse på alle motorvejskoncessioner. Det er dog tvivlsomt, om dette lovdekrets indhold for så vidt angår ASPI kan adskilles fra selskabets adfærd som koncessionshaver, således som det følger af dom nr. 168/2020 afsagt af Corte costituzionale (forfatningsdomstol) den 8.7.2020, »in diritto«-præmis 1.1-1.6.

koncessionshaveren) at afhjælpe de økonomiske konsekvenser af begivenheden i forbindelse med en transaktion, og dels adskiller forpligtelsen til at forbedre sikkerheden på motorvejsnettet sig ikke væsentligt fra de forpligtelser, der blev aftalt ved enkeltkontrakten.

C. Det andet præjudicielle spørgsmål

72. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om »det [er] i strid med [EU]-retten at fortolke den nationale lovgivning således, at den koncessionsgivende myndighed kan gennemføre en procedure vedrørende ændring af koncessionshaveren i og genstanden for en eksisterende motorvejskoncession eller vedrørende genforhandling heraf uden at vurdere pålideligheden af en koncessionshaver, som har gjort sig skyldig i en alvorlig misligholdelse« [38].

73. Spørgsmålet hviler på den præmis, at koncessionshaveren groft misligholdt sine forpligtelser om at vedligeholde og bevare motorvejsinfrastrukturen. Den ordregivende myndighed erklærede imidlertid ikke *formelt* denne misligholdelse, eftersom den procedure, der blev indledt i denne forbindelse, var genstand for det førnævnte forlig.

74. Den forelæggende ret henviser til udtalelsen af 28. juni 2019 fra en interinstitutionel arbejdsgruppe [39], hvori det blev fastslået, at koncessionshaveren groft havde misligholdt sine forpligtelser om vedligeholdelse og bevaring. I denne udtalelse blev det dog allerede foreslået at undlade at erklære misligholdelsen for i stedet at genforhandle enkeltkontrakten [40], således som det faktisk skete.

75. Spørgsmålet skal opfattes således, at det henviser til artikel 38 i direktiv 2014/23, som er en af de bestemmelser i dette direktiv, hvortil der henvises i den fælles overskrift til de tre spørgsmål.

76. Artikel 38 i direktiv 2014/23 fastsætter reglerne for udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgere. Denne bestemmelse er placeret i afsnit II om tildeling af koncessioner. I denne forbindelse opstiller direktiv 2014/23 pålidelighed som en vigtig bestanddel af den indledende udvælgelse. Det anføres i 70. betragtning, at de ordregivende myndigheder kan udelukke »økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige«.

77. Pålideligheden gennemsyrer udelukkelsesgrundene vedrørende de subjektive betingelser for såvel ansøgeren som de øvrige økonomiske aktører [41]. Der skal være en forbindelse mellem (den manglende) pålidelighed og de konkrete udelukkelsesgrunde i henhold til artikel 38 i direktiv 2014/23.

[38] – Som visse af intervenienterne har påpeget, er det andet præjudicielle spørgsmål i en vis forstand i modstrid med det første: Hvis det forhold, at der indtræder nye aktionærer, udgør en væsentlig subjektiv ændring, idet det reelt indebærer en ændring af koncessionshaveren (det første spørgsmål), giver det ikke mening at vurdere, om den »tidligere« koncessionshaver var pålidelig eller ej.

[39] – Ellevte afsnit af beskrivelsen af de faktiske omstændigheder og præmis 2.7, første afsnit, i forelæggelseskendelsen, som gengiver en del af indledningen til forliget. Den forelæggende ret støtter sig endvidere på dom nr. 168/2020 afsagt af Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) den 8.7.2020.

[40] – Ifølge den forelæggende ret gengiver indledningen til forliget den del af denne udtalelse, hvori det som et alternativ til opsigelse foreslås at overlade det til de kompetente forvaltninger »at vurdere, om denne enkeltkontrakt skal genforhandles, hvis dette giver bedre mulighed for at beskytte statens interesser, med henblik på at tilpasse koncessionen og genoprette sikkerheden på motorvejsnettet, idet der i punkt 11 henvises til de potentielle risici for retssager og operative konsekvenser af en opsigelse af kontrakten«.

[41] – Jeg anførte dette i mit forslag til afgørelse Tim (C-395/18, EU:C:2019:595), punkt 44, vedrørende Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU (af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65)), hvis indhold er parallelt med indholdet af direktiv 2014/23. Jf. dom af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826), præmis 26, og af 19.6.2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), præmis 29 og 30.

78. Udelukkelsesgrundene finder anvendelse i den fase, hvor koncessionshaveren udvælges, men ikke når kontraktforholdet allerede er indgået og koncessionen – som i den foreliggende sag – allerede har udfoldet sine virkninger i flere år. Et af stykkerne i artikel 38 fastsætter ganske vist, at den ordregivende myndighed *når som helst i løbet af proceduren* (for tildeling af koncessionen) kan træffe afgørelse om udelukkelse, men der er tale om proceduren for udvælgelse og vurdering af kandidaturerne.

79. Den problemstilling, der er opstået i den foreliggende sag, er, om pålideligheden også bør være et relevant element i forbindelse med ændring af vilkårene i en gældende kontrakt. Dvs. om direktiv 2014/23 kræver, at koncessionshaverens pålidelighed vurderes ved en ændring af kontrakten.

80. Svaret på dette problem afhænger af karakteren af de foreslåede ændringer:

– Hvis ændringen er væsentlig i den ovenfor drøftede forstand skal den ordregivende myndighed indlede en ny tildelingsprocedure og i løbet af denne vurdere alle kandidaternes pålidelighed, også den tidligere koncessionshavers (hvis denne vælger at deltage)[42]. Vurderingen af pålideligheden foretages således under en åben udbudsprocedure for tildeling af den nye koncession.

– Hvis ændringerne ikke er væsentlige, er der intet i direktiv 2014/23, som kræver en ny vurdering af koncessionshaverens pålidelighed. Det er i dette tilfælde ikke påkrævet at vurdere udelukkelsesgrundene i henhold til artikel 38.

81. Forskellen mellem de to situationer kan vurderes mere klart ved at betragte, hvorledes subjektive ændringer behandles i direktiv 2014/23. Artikel 43, stk. 1, litra d), nr. ii), fastsætter vedrørende en universel eller delvis erstatning af den oprindelige koncessionshaver med en anden økonomisk aktør, at sidstnævnte skal opfylde »de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige koncessionshaver«. Ved vurderingen af, om disse kriterier er opfyldt, skal den ordregivende myndighed logisk set tage hensyn til pålideligheden af den nye operatør, som erstatter den tidligere.

82. Når der ikke foreligger en subjektiv ændring af denne karakter, men derimod blot en intern omstrukturering af virksomheden som følge af ændringer af aktionærerne i det selskab, der er og fortsætter med at være koncessionshaver, er den ordregivende myndighed imidlertid ikke forpligtet til på ny at vurdere dennes pålidelighed, som allerede er blevet fastslået i den oprindelige tildelingsprocedure.

83. Hvad angår objektive ændringer, som ikke er af væsentlig karakter, behandles de analogt med de subjektive ændringer i lyset af ordningen for ændringer af kontrakter i direktiv 2014/23.

84. Noget andet – i forhold til det hidtil anførte – er, at koncessionshaveren i kontraktens løbetid groft har misligholdt sine forpligtelser i henhold til kontrakten. Denne faktor kan muligvis under visse omstændigheder påvirke koncessionshaverens forhold til den ordregivende myndighed, for

[42] – I dette tilfælde følger det af artikel 38, stk. 9, i direktiv 2014/23, at en økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 4 og 7 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet (self cleaning-foranstaltninger), er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra proceduren.

så vidt som den giver anledning til at formode en mangel på integritet eller pålidelighed. Fra denne begrænsede synsvinkel må det lægges til grund, at koncessionshaverens pålidelighed skal opretholdes gennem hele koncessionens løbetid.

85. Koncessionshaverens upålidelighed som følge af, at denne groft har tilsidesat vilkårene i en gældende koncessionskontrakt, er nemlig en faktor, som er egnet til at føre til opsigelse af denne kontrakt, således som jeg vil redegøre for nedenfor. I denne forstand kan reaktionen på den alvorlige misligholdelse, når den er godtgjort og erklæret som sådan af den ordregivende myndighed, bestå i opsigelse af koncessionen, hvilket ikke er reguleret ved artikel 38 i direktiv 2014/23.

86. Denne reaktion skal dog ikke nødvendigvis udløses, hvis den ordregivende myndighed inden for sin skønsmargen vurderer, at passende ændringer af kontrakten (så længe de ikke er væsentlige) vil være mere hensigtsmæssige af hensyn til almenhedens interesse.

D. Det tredje præjudicielle spørgsmål

1. Formaliteten

87. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om EU-retten i tilfælde af »tilsidesættelse af pligten til at afholde en offentlig udbudsprocedure, og/eller såfremt indehaveren af en motorvejskoncession viser sig at være upålidelig« foreskriver, at »kontraktforholdet skal opsiges«.

88. Spørgsmålet bør opfattes således, at det henviser til artikel 44 i direktiv 2014/23, som vedrører opsigelse [43] af koncessioner og blev gennemført i italiensk ret ved artikel 176 i lov om offentlige kontrakter.

89. Således som spørgsmålet er formuleret, kan det efter min opfattelse ikke antages til realitetsbehandling, eftersom det er unødvendigt for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. I denne sag er der anlagt et *annullationssøgsmål* til prøvelse af de ovenfor anførte retsakter (godkendelse af kontraktændringer), men der er ikke nedlagt påstand om, at koncessionen *ophæves* [44].

90. I lyset af diskussionen for den forelæggende ret om lovligheden af kontraktændringerne fremgår det ikke, hvad formålet i den foreliggende sag skulle være med at give en besvarelse vedrørende anvendelsen af opsigelsesmekanismen i artikel 44 i direktiv 2014/23 [45].

[43] – Det udtryk, der anvendes for dette begreb i de forskellige sprogversioner, svarer ikke altid til den betydning, hvori det anvendes i de forskellige medlemsstater. Det er blevet oversat med »résiliation« (på fransk), »termination« (på engelsk), »risoluzione« (på italiensk), »Kündigung« (på tysk), »rescisão« (på portugisisk), »beëindiging« (på nederlandsk) og »încetarea« (på rumænsk). Den spanske version anvender »resolución« (»opsigelse«), men i 80. betragtning anvendes, som var de synonymer, udtrykket »rescisión« (»bringe til ophør«).

[44] – Adusbef har for den forelæggende ret gjort gældende (punkt 5 i stævningen), at artikel 44 direktiv 2014/23 og andre bestemmelser er blevet tilsidesat, men har ikke anført dette som argument for, at der skal gennemføres en ny tildelingsprocedure som følge af en væsentlig ændring af koncessionen.

[45] – I retsmødet gjorde den italienske regering i samme retning gældende, at Adusbef ikke havde nedlagt påstand om opsigelse for den forelæggende ret, hvorfor denne ret ville begå en proceduremæssig fejl (ultra petita-afgørelse), hvis den udtalte sig om et spørgsmål, der ikke er blevet rejst.

2. Realiteten

91. For det tilfælde, at Domstolen antager spørgsmålet til realitetsbehandling, vil jeg kort behandle betydningen af den nævnte artikel 44 for hovedsagen.

92. I henhold til denne bestemmelse »sikrer [m]edlemsstaterne […], at ordregivende myndigheder og ordregivende enheder på de betingelser, der er fastlagt ved gældende nationale lovgivning, kan ophæve en koncession under dens løbetid […]« i tre nærmere fastsatte tilfælde [46].

93. Opregningen af disse tre tilfælde er ikke udtømmende. Medlemsstaterne kan i deres nationale retsorden fastsætte, at en koncession kan opsiges i tilfælde af alvorlig misligholdelse af kontraktvilkårene, såfremt den er forårsaget af en af parterne [47].

94. De nationale retsordener fastsætter sædvanligvis bestemmelser, hvorefter beføjelsen til at opsige forpligtelserne anses for at være implicitte i de gensidige forpligtelser, såfremt en af parterne ikke opfylder sine forpligtelser. Dette er tilfældet for artikel 1453 i den italienske civile lovbog: Hvis en af de kontraherende parter i kontrakter med gensidige ydelser ikke opfylder sine forpligtelser, kan den anden frit vælge at kræve opfyldelse eller opsigelse af kontrakten, idet der i begge tilfælde kan kræves kompensation for den forvoldte skade.

95. Den italienske lovgiver har gennemført artikel 44 i direktiv 2014/23 i sin nationale retsorden ved artikel 176 i lov om offentlige kontrakter [48], men har desuden fastsat, at koncessionen kan opsiges på grund af koncessionshaverens misligholdelse. Hvad angår dette tilfælde henviser artikel 176, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter til den civile lovbogs artikel 1453.

96. Heraf kan det udledes (med forbehold af den forelæggende rets fortolkning af sin egen nationale lovgivning), at misligholdelse af koncessionsforpligtelserne uanset artikel 44 i direktiv 2014/23 kan være en legitim grund til at opsige en koncessionskontrakt. De dokumenter, der fremgår af sagsakterne, viser således, hvordan opsigelse af koncessionen blev overvejet som en af de mulige foranstaltninger i den procedure, der blev indledt mod ASPI vedrørende misligholdelse af selskabets forpligtelser om vedligeholdelse og bevaring af motorvejen.

97. Det, den forelæggende ret ønsker oplyst, er imidlertid, om EU-retten i tilfælde af »tilsidesættelse af pligten til at afholde en offentlig udbudsprocedure, og/eller såfremt indehaveren af en motorvejskoncession viser sig at være upålidelig« foreskriver »at kontraktforholdet skal opsiges«.

[46] – Jf. gengivelsen heraf i punkt 8 i dette forslag til afgørelse.

[47] – Det forhold, at 77. betragtning til direktiv 2014/23 nævner det tilfælde, at »en koncession bringes til ophør på grund af mangler ved gennemførelsen«, indebærer en anerkendelse af opsigelsesgrunde, som ikke er fastsat i direktivets dispositive del. I retsmødet medgav Kommissionen, at intet er til hinder for, at medlemsstaterne fastsætter andre opsigelsesgrunde.

[48] – Artikel 176 i lov om offentlige kontrakter fastsætter ugyldighed ex officio på grund af en mangel, som ikke skyldes koncessionshaveren (stk. 3), opsigelse på grund af den tildelende myndigheds misligholdelse, idet den ophæver koncessionen af hensyn til almenhedens interesse, med angivelse af de økonomiske konsekvenser heraf (stk. 4, 5 og 6), opsigelse på grund af koncessionshaverens misligholdelse eller af andre årsager, som kan tilskrives koncessionshaveren (stk. 7 og 8), og udskiftning af koncessionshaveren med en ny økonomisk aktør, hvis rettigheder og forpligtelser fastsættes (stk. 9 og 10).

98. Som den italienske regering, Kommissionen og visse af sagens parter har gjort gældende [49], kan besvarelsen af det tredje spørgsmål udledes af besvarelsen af det andet. Af sidstnævnte følger, at ingen af de to faktorer, som anføres af den forelæggende ret, medfører, at koncessionen skal opsiges:

– Hvad angår den første faktor (manglende udbud) er en ny procedure kun påkrævet i tilfælde af væsentlige ændringer af koncessionen. I henhold til artikel 44, litra a), i direktiv 2014/23 opsiges koncessionen, hvis »der er foretaget en ændring af koncessionen, som ville have krævet en ny koncessionstildelingsprocedure i henhold til artikel 43«, hvilket af de førnævnte grunde ikke synes at være tilfældet i den foreliggende sag.

– Hvad angår den anden faktor (koncessionshaverens upålidelighed) har jeg allerede forklaret, at dette forhold skal vurderes i den fase, hvor ansøgeren udvælges og vurderes, ikke i tilfælde af væsentlige ændringer af koncessionen. Hvis upålideligheden er knyttet til en alvorlig misligholdelse af kontraktbetingelserne, er det denne misligholdelse, som giver den ordregivende myndighed mulighed for at opsige kontrakten – af en anden grund end dem, der er fastsat i artikel 44 i direktiv 2014/23.

V. Forslag til afgørelse

99. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at fastslå, at det tredje præjudicielle spørgsmål fra Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol i Lazio, Italien) ikke kan antages til realitetsbehandling, og at besvare det første og det andet spørgsmål således:

»Artikel 38 og artikel 43, stk. 1, 4 og 5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

skal fortolkes således, at:

1) I henhold til artikel 43 i direktiv 2014/23 kan en koncessionskontrakt ændres uden en ny koncessionstildelingsprocedure, hvis de ændringer, der indføres ved dens vilkår uden at ændre koncessionens overordnede karakter, ikke er væsentlige, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at vurdere.

   De ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder vurderer, om det er nødvendigt at indlede en ny offentlig udbudsprocedure efter at have bedømt, om ændringerne af koncessionsvilkårene er væsentlige eller ej. Afgørelsen heraf skal gøre det muligt for de interesserede parter at forsvare deres rettigheder og eventuelt give dem mulighed for retslig prøvelse.

2) Artikel 38 i direktiv 2014/23 forpligter de ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder til at vurdere ansøgernes pålidelighed i forbindelse med de relevante udelukkelsesgrunde under proceduren for udvælgelse og kvalitativ vurdering af disse ansøgere. Denne vurdering skal foretages både ved den oprindelige tildeling og ved optagelsen af væsentlige ændringer i koncessionskontrakten, som nødvendiggør et nyt offentligt udbud.«

[49] – Punkt 58 og 59 i den italienske regerings skriftlige indlæg. Kommissionen har anlagt det samme fokus med hensyn til koncessionshaverens pålidelighed (punkt 65 i dens skriftlige indlæg) Ifølge ASPI er besvarelsen af det tredje spørgsmål underordnet de to første (punkt 27 og 76 i ASPI's skriftlige indlæg).