Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 30. aprila 2024[1]

Zadeva C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
proti
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,
ob udeležbi:
Mundys S.p.A., antigua Atlantia S.p.A.,
Autostrade per l'Italia S.p.A.,
Holding Reti Autostradali S.p.A.

[Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija)]

„Predhodno odločanje – Koncesija za upravljanje avtocest – Huda kršitev obveznosti vzdrževanja in ohranjanja – Direktiva 2014/23/EU – Člen 43 – Sprememba koncesije – Kontinuiteta prejšnjega koncesionarja – Presoja potrebe po izvedbi novega postopka javnega razpisa – Obrazložitev odločbe – Bistvena narava sprememb – Presoja zanesljivosti koncesionarja v postopku spremembe koncesije – Člen 44 – Odpoved koncesije – Neobstoj javnega razpisa – Nezanesljivost koncesionarja“

1. Dne 14. avgusta 2018 se je zrušil tako imenovani „most Morandi“, viadukt Polcevera na avtocesti A10, blizu Genove, v Italiji. Koncesionar, pristojen za avtocesto, je bila tedaj družba Autostrade per l'Italia S.p.A. (v nadaljevanju: družba ASPI).

2. Nacionalni organi so začeli postopek za ugotovitev odgovornosti družbe ASPI za hudo kršitev svojih obveznosti ohranjanja in vzdrževanja mreže avtocest pod njeno pristojnostjo.

[1] Jezik izvirnika: španščina.

3. Ta postopek se je končal z *accordo transattivo* (v nadaljevanju: sporazum o poravnavi) med družbo ASPI in italijanskimi organi, ki mu je sledil *III atto aggiuntivo* (v nadaljevanju: tretji dodatek), ki so ga podpisale navedene strani in je bil vključen v prvotno koncesijsko pogodbo. Na njuni podlagi so bile spremenjene določbe koncesijske pogodbe, ne da bi bil izveden nov postopek javnega razpisa.

4. Eno od združenj potrošnikov je navedena sporazuma in z njima povezane akte izpodbijalo pri italijanskem sodišču, ki pred Sodiščem navaja dvome glede razlage prava Unije o spremembi (in morebitni odpovedi) koncesijskih pogodb, ki jih ureja Direktiva 2014/23/EU[2].

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2014/23

5. Člen 3 („Načela enake obravnave, nediskriminacije in transparentnosti“) določa:

„1. Javni naročniki in naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

[…]

2. Javni naročniki in naročniki bi si morali prizadevati za zagotavljanje transparentnosti postopka podelitve in izvajanja pogodbe […].“

6. Člen 38 („Izbor in kvalitativna ocena kandidatov“) določa:

„[…] 7. Javni naročniki ali naročniki lahko iz sodelovanja v postopku podelitve koncesije izključijo vsak gospodarski subjekt oziroma lahko to od njih zahteva država članica, če je izpolnjen eden od naslednjih pogojev:

[…]

(c) če lahko javni naročnik z ustreznimi sredstvi dokaže, da je gospodarski subjekt zagrešil hujšo kršitev poklicnih pravil, s čimer je omajana njegova integriteta;

[…]

(f) če so se pri gospodarskem subjektu pri prejšnji koncesiji ali pogodbi z javnim naročnikom ali naročnikom, kot je opredeljen v tej direktivi ali v Direktivi 2014/25/EU, pokazale precejšnje ali stalne pomanjkljivosti pri izpolnjevanju ključne zahteve, posledica pa je bila predčasna odpoved te prejšnje pogodbe, odškodnina ali druge primerljive sankcije;

[…]“.

[2] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1).

7. Člen 43 („Spremembe pogodb med njihovo veljavnostjo“) določa:

„1. Koncesije se lahko spremenijo brez novega postopka podelitve koncesije v skladu s to direktivo v katerem koli od naslednjih primerov:

(a) če so spremembe ne glede na njihovo denarno vrednost predvidene v prvotni koncesijski dokumentaciji v jasnih, natančnih in nedvoumnih klavzulah o pregledu, ki lahko vključujejo klavzule o reviziji vrednosti, ali opcijah. V takih klavzulah so navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo. Ne predvidevajo pa sprememb ali opcij, ki bi spremenile splošno naravo koncesije;

[…]

(c) kadar so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

(i) sprememba je bila potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ali naročnik ni mogel predvideti;

(ii) sprememba ne spreminja splošne narave koncesije;

(iii) pri koncesijah, ki jih javni naročnik podeli za izvajanje dejavnosti, ki ni na seznamu v Prilogi II povečanje vrednosti ne presega 50 % vrednosti prvotne koncesije. Če je opravljenih več zaporednih sprememb, ta omejitev velja za vrednost posamezne spremembe. Te zaporedne spremembe niso namenjene obidu te direktive;

(d) če koncesionarja, ki mu je javni naročnik ali naročnik prvotno podelil koncesijo, zamenja nov koncesionar iz enega od naslednjih razlogov:

(i) zaradi nedvoumne klavzule o pregledu ali opcije v skladu s točko (a);

(ii) drug gospodarski subjekt, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti, v celoti ali delno nasledi prvotnega koncesionarja po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb pogodbe in ni namenjeno obidu te direktive; ali

(iii) javni naročnik ali naročnik sam prevzame obveznosti glavnega koncesionarja do njegovih podizvajalcev, če je ta možnost predvidena v nacionalni zakonodaji;

(e) spremembe ne glede na njihovo vrednost niso bistvene v smislu odstavka 4.

Javni naročniki ali naročniki, ki so spremenili koncesijo v primerih iz točk (b) in (c) tega odstavka, objavijo obvestilo o tem v *Uradnem listu Evropske unije*. Tako obvestilo vsebuje informacije iz Priloge XI in se objavi v skladu s členom 33.

2. Koncesije se lahko prav tako spremenijo, ne da bi bilo treba preverjati, ali so izpolnjeni pogoji iz točk (a) do (d) odstavka 4 in ne da bi bil potreben nov postopek podelitve koncesije v skladu s to direktivo, če je vrednost spremembe nižja od obeh naslednjih vrednosti:

(i) mejne vrednosti, določene v členu 8, in

(ii) 10 % vrednosti prvotne koncesije.

Vendar sprememba ne sme spremeniti splošne narave koncesije. Če je opravljenih več zaporednih sprememb, se vrednost oceni na podlagi kumulativne neto vrednosti zaporednih sprememb.

[…]

4. Sprememba koncesije med njeno veljavnostjo se šteje za bistveno v smislu točke (e) odstavka 1, če se zaradi te spremembe koncesija znatno razlikuje od prvotno sklenjene koncesije. Brez poseganja v odstavka 1 in 2 se sprememba šteje za bistveno, če je izpolnjen vsaj eden od naslednjih pogojev:

(a) sprememba uvaja pogoje, ki bi, če bi bili del prvotnega postopka podelitve koncesije, omogočili udeležbo drugih vlagateljev kot tistih, ki so bili prvotno izbrani, ali sprejem druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno izbrana, ali pa bi k sodelovanju v postopku podelitve koncesije pritegnili še druge udeležence;

(b) zaradi spremembe je ekonomsko ravnotežje koncesije spremenjeno v korist koncesionarja na način, ki ni bil predviden v prvotni koncesiji.

(c) zaradi spremembe je znatno razširjen obseg koncesije;

(d) koncesionarja, ki mu je javni naročnik ali naročnik prvotno podelil koncesijo, zamenja nov koncesionar v primerih, ki niso navedeni v točki (d) odstavka 1.

5. Za spremembe določb koncesije med njeno veljavnostjo, ki niso navedene v odstavkih 1 in 2, je potreben nov postopek podelitve koncesije v skladu s to direktivo.“

8. Člen 44 („Odpoved koncesije“) določa:

„Države članice zagotovijo, da imajo javni naročniki in naročniki možnost, da pod pogoji, določenimi v veljavnem nacionalnem pravu, odpovejo koncesijo med njeno veljavnostjo, če je izpolnjen eden od naslednjih pogojev:

(a) koncesija je bila spremenjena tako, da se v skladu s členom 43 zahteva nov postopek o podelitvi koncesije;

(b) koncesionar je bil v času podelitve koncesije v enem od položajev iz člena 38(4) in bi ga bilo zato treba izključiti iz postopka podelitve koncesije;

(c) Sodišče Evropske unije po postopku v skladu s členom 258 PDEU ugotovi, da država članica ni izpolnila svojih obveznosti iz Pogodb, ker javni naročnik ali naročnik iz te države članice pri podelitvi zadevne koncesije ni izpolnil svojih obveznosti iz Pogodb in te direktive.“

B. Italijansko pravo

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

9. V skladu s členom 43(1) morajo o posodobitvah ali revizijah pogodb o avtocestah, veljavnih na datum njihovega začetka veljavnosti, kadar te vključujejo zamenjave ali spremembe naložbenega načrta ali normativnih vidikov za zaščito javnih financ, izdati mnenje določeni organi in jih odobriti organi, opredeljeni v tej določbi.

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

10. V členu 80(5) sta kot neobvezna razloga za izključitev ponudnikov v točkah (c) in (c)b navedena hujša kršitev poklicnih pravil in kršitev pri izvajanju prejšnje koncesije.

11. V tretjem delu zakonske uredbe, posvečenem koncesijskim pogodbam, sta navedena:

– člen 175 o spremembah pogodb med njihovo veljavnostjo. V njem je, z manjšimi odstopanji, povzet člen 43 Direktive 2014/23.

– Člen 176 o prenehanju, preklicu po uradni dolžnosti, odpovedi zaradi kršitve in nadomestitvi koncesionarja.

II. Dejansko stanje, spor in vprašanja za predhodno odločanje

12. Dne 12. oktobra 2007 sta družbi ASPI in Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (avtonomna nacionalna družba za ceste, Italija)[5] sklenili „Convenzione unica" (v nadaljevanju: enotna pogodba),[6] s katero je bila družbi ASPI podeljena koncesija za več cestnih odsekov italijanskih avtocest v skupnem obsegu več kot 2800 kilometrov.[7]

13. Koncesija preneha 31. decembra 2038.

14. Dne 14. avgusta 2018 se je del viadukta Polcevera na avtocesti A10 („most Morandi"), za katerega je bila podeljena koncesija družbi ASPI, zrušil, pri čemer je umrlo 43 oseb.

[3] Uredba-zakon št. 201 z dne 6. decembra 2011 o nujnih določbah za rast, pravičnost in konsolidacijo javnih financ (GURI, splošna serija št. 284, z dne 6. decembra 2011 – redni dodatek št. 251)

[4] Zakonska uredba z dne 18. aprila 2016, št. 50, zakonik o javnih naročilih (GURI, splošna serija št. 91, z dne 19. aprila 2016 – redni dodatek št. 10). Uporaba ratione temporis.

[5] Ministerio de Infraestructuras y Movilidad Sostenible (v nadaljevanju: ministrstvo za infrastrukturo) je *ex lege* nasledilo navedeno nacionalno družbo 1. oktobra 2012.

[6] Koncesija za ceste, ki jih upravlja družba ASPI je bila prvotno, leta 1968, podeljena družbi Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. Zadnjenavedeni subjekt je bil leta 1999 privatiziran in leta 2003 je svoje dejavnosti, ki jih je izvajal na podlagi koncesij za avtoceste, prenesel na družbo ASPI.

[7] Enotna pogodba je bila uradno potrjena s členom 8k 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 (zakon uredba št. 59 z dne 8. aprila 2008 o nujnih določbah za izpolnitev obveznosti Skupnosti in izvršitev sodb Sodišča Evropskih skupnosti) in je bila s spremembami preoblikovana v zakon 101/2008.

15. Dne 16. avgusta 2018 je generalni direktorat za nadzor nad koncesionarji za avtoceste začel postopek zoper družbo ASPI zaradi hude kršitve obveznosti vzdrževanja in ohranjanja mreže avtocest.

16. Od 10. julija 2019 so med koncesionarjem in organi potekali različni sestanki, ki so se končali z vložitvijo predloga družbe ASPI 11. julija 2020. [8]

17. Na podlagi tega predloga kot „rešitve na podlagi pogajanj“ je bil pripravljen sporazum o poravnavi, ki so ga s skupnim dopisom družbi ASPI predložili več italijanskih ministrstev in predsedstvo sveta ministrov 23. septembra 2020.

18. V sporazumu o poravnavi so bili opredeljeni ukrepi zoper navedenega koncesionarja in preostale obveznosti, ki jih je ta sprejel za rešitev na podlagi pogajanj v postopku zaradi kršitve obveznosti. V njem je bilo predlagano „ponovno pogajanje o enotni pogodbi“ z dne 12. oktobra 2007.

19. Dne 15. julija 2021 je družba ASPI podala predlog dodatka k enotni pogodbi in njenim prilogam.

20. Dne 14. oktobra 2021 sta ministrstvo za infrastrukturo in družba ASPI podpisala sporazum o poravnavi, ki je bil potrjen z uredbo št. 37 z dne 22. februarja 2022 ministrstva za infrastrukturo, v skupnem dogovoru z Ministero dell’economia e delle Finanze (ministrstvo za gospodarstvo in finance). [9]

21. Dne 21. marca 2022 sta ministrstvo za infrastrukturo in družba ASPI podpisala tretji dodatek k enotni pogodbi, pri čemer sta vanj vključila določene spremembe določb koncesijske pogodbe.

22. S tožbo iz leta 2022, vpisano pod številko 6020, je več združenj [med katerimi je bila na koncu priznana aktivna legitimacija samo združenju Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (v nadaljevanju: združenje Adusbef), pri predložitvenem sodišču izpodbijalo te akte, za katere so predlagala razglasitev ničnosti:

– sklep št. 75/21 medministrskega odbora za gospodarsko načrtovanje in trajnostni razvoj z dne 22. decembra 2021, imenovan „Autostrade per l’Italia S.p.A. – mnenje o tretjem dodatku k enotni pogodbi z dne 12. oktobra 2007 in o finančnem gospodarskem načrtu v smislu člena 43 uredbe-zakona št. 201 iz leta 2011 (sklep št. 75/2021)“,

– uredba št. 37 z dne 22. februarja 2021 ministrstva za infrastrukturo, sprejeta v skupnem dogovoru z ministrstvom za gospodarstvo in finance, s katerim je bil potrjen sporazum o poravnavi med ministrstvom za infrastrukturo in družbo ASPI, podpisan 14. oktobra 2021,

– sklep Corte dei Conti (računsko sodišče, Italija, osrednji senat za nadzor nad zakonitostjo aktov vlade in državnih organov) št. SCCLEG/2/2022/PREV, z dne 29. marca 2022,

[8] V predlogu je družba ASPI, na kratko, ponudila finančno nadomestilo v višini 3,4 milijarde EUR, izboljšanje varnostnih standardov in izvedbo splošnega prestrukturiranja podjetja, v katero bi bili vključeni družba Cassa Depositi e Prestiti in drugi vlagatelji, ki bi jih ocenila kot ustrezne in na katere bi se prenesel njen lastniški nadzor.

[9] Pred potrditvijo sporazuma o poravnavi je Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (medministrski odbor za gospodarsko načrtovanje in trajnostni razvoj, Italija) 22. decembra 2021 sprejel pozitivno mnenje (sklep št. 75), v katerem se je izrekel o tretjem dodatku.

– pozitivno mnenje Avvocatura Generale dello Stato (generalno državno tožilstvo, Italija), predloženo z obvestilom z dne 24. septembra 2021, o shemi zgoraj navedenega sporazuma,

– sporazum o poravnavi z dne 14. oktobra 2021, ki sta ga podpisala ministrstvo za infrastrukturo in družba ASPI,

– obvestilo št. 19135 z dne 5. novembra 2021, s katerim je družba ASPI ministrstvu za infrastrukturo poslala posodobljen predlog gospodarsko-finančnega načrta,

– mnenje z dne 22. decembra 2021, ki ga je izdala Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (svetovalna skupina za uporabo smernic za ureditev javnih storitev), o predlogu tretjega dodatka k enotni pogodbi in gospodarsko-finančnem načrtu, ki je sledil,

– mnenje z dne 14. oktobra 2020 in obvestilo z dne 16. decembra 2021, ki ga je izdal Autorità di regolazione dei trasporti (organ za urejanje prometa, Italija),

– zapisniki sestankov Consiglio dei Ministri (svet ministrov, Italija) z dne 14. in 15. julija 2020,

– kateri koli drug predhoden, povezan ali pozneje sprejet akt.

23. Tožbeni razlogi, ki jih je navedlo združenje Adusbef,[10] so se nanašali tako na kršitev nacionalnih določb kot tudi na kršitev členov 38, 43 in 44 Direktive 2014/23.

24. Tej tožbi so nasprotovali družba ASPI, javne institucije in javni organi, ki so pripravili izpodbijane akte in ki so zastopani skupaj, pa tudi družba Atlantia S.p.A.[11], in družba Holding Reti Autostradali kot intervenientka *ad opponendum*.

25. V teh okoliščinah je Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija) Sodišču postavilo ta vprašanja „v zvezi z ureditvijo iz členov 38, 43 in 44 Direktive 2014/23“:

„(1) Ali je v nasprotju s pravom [Unije], če se nacionalna ureditev razlaga tako, da lahko javni organ, ki je koncedent, izvede postopek subjektivne in objektivne spremembe veljavne koncesije za avtoceste ali začne vnovična pogajanja glede takšne koncesije, ne da bi presodil in se izrekel o tem, ali je izvedba postopka oddaje javnega naročila obvezna, in v zvezi s tem podal mnenje?

(2) Ali je v nasprotju s pravom [Unije], če se nacionalna ureditev razlaga tako, da lahko javni organ, ki je koncedent, izvede postopek subjektivne in objektivne spremembe veljavne koncesije za avtoceste ali začne vnovična pogajanja glede takšne koncesije, ne da bi presodil zanesljivost koncesionarja, ki je storil hudo kršitev obveznosti?

(3) Ali pravo [Unije] v primeru ugotovitve kršitve obveznosti izvedbe postopka oddaje javnega naročila ali ugotovitve, da je imetnik koncesije za avtoceste nezanesljiv, nalaga obveznost prekinitve razmerja?“

[10] Strani od 12 do 15 predloga za sprejetje predhodne odločbe, v italijanski različici.

[11] Družba Atlantia je bila delničarka družbe ASPI, dokler ni prodala svojega poslovnega deleža družbi Holding Reti Autostradali (HRA) S.p.A. v okviru prestrukturiranja kapitala družbe ASPI. Družba Atlantia se je 14. marca 2023 preimenovala v Mundys S.p.A.

III. Postopek pred Sodiščem

26. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je na Sodišče prispel 4. novembra 2022.

27. Pisna stališča so predložili združenje Adusbef, družbe ASPI, Holding Reti Autostradali in Mundys, nemška, estonska in italijanska vlada ter Evropska komisija. Vsi, razen nemške in estonske vlade, so se udeležili obravnave 28. februarja 2024.

IV. Presoja

A. Uvodne ugotovitve

1. Direktiva, ki se uporablja

28. Po navedbah družbe Mundys Direktiva 2014/23 ni upoštevna za rešitev spora, saj se v skladu s svojim členom 54(2) „ne uporablja za podeljevanje koncesij, ponujenih ali podeljenih pred 17. aprilom 2014“. V obravnavani zadevi je bila sporna koncesija podeljena 12. oktobra 2007.

29. Čeprav je bila prvotna koncesija podeljena pred sprejetjem Direktive 2014/23, je za določitev, katera določba se uporablja, upošteven datum sprememb, katerih veljavnost se izpodbija.[12] Ta datum je poznejši od 17. aprila 2014, zato se uporablja Direktiva 2014/23.

30. Enako razlogovanje se *mutatis mutandis* uporablja za zavrnitev očitkov v zvezi z ugotovljeno nezanesljivostjo koncesionarja in obstojem razloga za odpoved pogodbe. Oba očitka se nanašata na dejstva, ki izhajajo iz spornih sprememb, sprejetih po 17. aprilu 2014, oziroma so z njimi povezana.

2. Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe

31. Družbe ASPI, Holding Reti Autostradali in Mundys ter italijanska vlada, ki se v nekaterih trditvah strinjajo, v nekaterih pa razhajajo, navajajo, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe nedopusten. Na kratko, predložitvenemu sodišču očitajo, da ni predložilo zadostnih dejanskih in pravnih elementov za pridobitev koristnega odgovora na njihova vprašanja in da so ta hipotetična.

32. Za predloge za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanašajo na razlago prava Unije, velja domneva upoštevnosti. Poleg tega mora nacionalno sodišče na lastno odgovornost opredeliti dejanski in pravni okvir, katerega pravilnosti Sodišče ne preizkuša. Sodišče lahko opusti odločanje o enem od teh predlogov le v izjemnih primerih, ki jih je opredelilo samo.[13]

[12] Sodba z dne 2. septembra 2021, Sisal in drugi (C-721/19 in C-722/19, EU:C:2021:672; v nadaljevanju: sodba Sisal in drugi), točka 28: «[…] v primeru bistvene spremembe koncesijske pogodbe zakonodaja Unije, glede na katero je treba presojati to spremembo, [je to] tista, ki je veljala na dan te spremembe. Sodišče je v tem okviru pojasnilo, da dejstvo, da je bila prvotna koncesijska pogodba sklenjena pred sprejetjem pravil Unije na tem področju, v zvezi s tem nima posledic […]“ Glej v tem smislu tudi sodbi z dne 11. julija 2013, Komisija/Nizozemska (C-576/10, EU:C:2013:510), točka 54, in z dne 18. septembra 2019, Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756), točka 60.

[13] Kadar je torej očitno, da zahtevana razlaga prava Unije nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo pravnih in dejanskih elementov, da bi lahko predložitvenemu sodišču dalo koristne odgovore. Glej zlasti sodbo z dne 14. septembra 2023, TGSS (Zavrnitev materinskega dodatka) (C-113/22, EU:C:2023:665), točki 30 in 31.

33. Po mojem mnenju sta, brez poseganja v to, kar bom pozneje navedel v zvezi s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje, in v nekatere dvoumnosti v preostalih vprašanjih, prvi dve vprašanji povezani s predmetom spora o glavni stvari. Čeprav opis dejanskega stanja ni tako natančen, kot bi moral biti,[14] ta opis in pravni preudarki iz predloga za sprejetje predhodne odločbe[15] Sodišču zagotavljajo minimalne elemente za odgovor na prvi dve vprašanji.

B. Prvo vprašanje za predhodno odločanje

34. Predložitveno sodišče želi izvedeti, ali pravo Unije dovoljuje, da „se nacionalna ureditev razlaga tako, da lahko javni organ, ki je koncedent, izvede postopek subjektivne in objektivne spremembe veljavne koncesije za avtoceste ali začne vnovična pogajanja glede takšne koncesije, ne da bi presodil in se izrekel o tem, ali je izvedba postopka oddaje javnega naročila obvezna, in v zvezi s tem podal mnenje“.

35. Tako oblikovano vprašanje je treba razumeti tako, da se nanaša na člen 43 Direktive 2014/23, ki ureja spremembo koncesijskih pogodb med njihovo veljavnostjo. Lotil se ga bom tako, da bom analiziral to določbo ter formalne in bistvene vidike sprememb, sprejetih v obravnavani zadevi.

1. Spremembe koncesijskih pogodb v Direktivi 2014/23

36. Člen 43 Direktive 2014/23/EU dovoljuje spremembo koncesij, ne da bi bilo treba izvesti nov postopek podelitve koncesije, in sicer v primerih, naštetih v njegovem odstavku 1. Med njimi je, za namene obravnavane zadeve, primer, v katerem: „spremembe ne glede na njihovo vrednost niso bistvene v smislu odstavka 4“ [točka (e) odstavka 1].

37. Odstavek 4 navedenega člena ureja, kdaj sprememba koncesije velja za bistveno med njeno veljavnostjo. V teh okoliščinah je v skladu z njegovim odstavkom 5 „potreben nov postopek podelitve koncesije v skladu s to direktivo“.

38. V uvodni izjavi 75 Direktive 2014/23 je navedeno: „[…] Nov postopek podelitve koncesije se zahteva v primeru bistvenih sprememb prvotne koncesije, zlasti glede obsega in vsebine vzajemnih pravic ter obveznosti pogodbenih strank […]“.

39. Pred začetkom veljavnosti Direktive 2014/23 je Sodišče že razglasilo, da bi bilo treba zaradi velikih sprememb bistvenih določb koncesijske pogodbe za storitve dodeliti novo koncesijsko pogodbo.[16]

[14] V predlogu za sprejetje predhodne odločbe (točka 2.1) predložitveno sodišče trdi, da kar zadeva predmet spora in prikaz upoštevnega dejanskega stanja, „senat v celoti priznava del ‚dejansko stanje‘, navedeno v tej sodbi“. Vendar ta del ne vsebuje opisa dejanskega stanja, ki je potrjeno po mnenju sodišča, temveč opis tistega dejanskega stanja, ki so ga zatrjevale stranke.

[15] Predlog za sprejetje predhodne odločbe ima neobičajno obliko „nedokončne sodbe“.

[16] Sodba z dne 13. aprila 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), točka 37. Glej v tem smislu za ureditev pred Direktivo 2014/23 sodbi z dne 18. septembra 2019, Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756), točka 59, in z dne 11. julija 2013, Komisija/Nizozemska (C-576/10, EU:C:2013:510), točka 54.

40. Leta 2011 je bila odprta razprava [17] o potrebi po spremembi direktiv o javnem naročanju. Eno od vprašanj, predloženih v posvetovanje, je bilo: „ali je potrebna pravna pojasnitev na ravni EU za ugotovitev, v katerih okoliščinah je treba zaradi sprememb javnega naročila izvesti nov postopek javnega naročanja“ z vidika sodne prakse Sodišča. Rezultat, ki se je konkretiziral v treh direktivah o javnem naročanju iz leta 2014, je glede sprememb pogodbe podoben.

41. V poznejši sodni praksi glede člena 43 Direktive 2014/23 ga Sodišče razlaga v skladu s svojimi prejšnjimi odločbami. Sodišče je tako v sodbi z dne 2. septembra 2021 razglasilo, da je bila s tem členom „[...] izvedena izčrpna uskladitev primerov, v katerih se koncesije lahko spremenijo, ne da bi bilo treba izvesti nov postopek podelitve koncesije [...], in primerov, v katerih se tak postopek podelitve zahteva, če se spremenijo pogoji koncesije“ [18].

42. Glede na pravkar navedeno je v členu 43(1) in (2) Direktive 2014/23 navedeno, da za spremembe ni treba izvesti novega javnega razpisa. V odstavku 4 navedenega člena je določeno, kdaj se sprememba šteje za bistveno in je treba zato (odstavek 5) izvesti nov postopek podelitve koncesije.

43. Predložitvenemu sodišču je treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti ob upoštevanju teh premis. Vendar je to vprašanje oblikovano dvoumno: glede na njegovo formulacijo se zdi, da se z njim želi samo razjasnitev, ali obstaja *formalna obveznost*, da se javni naročnik izreče z obrazloženim sklepom, katerega *materialna* vsebina bi tako bila postranska.

44. Toda formalni pristop je v nasprotju s pozornostjo, ki jo predložitveno sodišče v svojem predlogu za sprejetje predhodne odločbe namenja eni od (domnevnih) bistvenih sprememb koncesije, ki se nanaša na lastniško strukturo koncesionarja.

45. Zaradi izčrpnosti bom obravnaval oba vidika vprašanja – formalnega in materialnega. Najprej moram poudariti, da, razen kar zadeva spremembe delničarjev, v predlogu za sprejetje predhodne odločbe nista natančno navedena niti izvor niti vsebina spremenjenih določb koncesijske pogodbe.

46. Kot sem že izpostavil, je bila sprememba izvedena na podlagi dveh aktov, ki sta sicer medsebojno povezana, vendar imata različno pravno fizionomijo:

– po eni strani, sklenitev sporazuma o poravnavi 14. oktobra 2021 med ministrstvom za infrastrukturo in družbo ASPI, s katerim so se končale preiskave zaradi kršitev koncesionarja. [19]

– po drugi strani, to, da sta 21. marca 2022 tretji dodatek k enotni pogodbi podpisali obe strani. Dejansko so bile prav v ta akt vključene spremembe koncesije. Toda v predlogu za sprejetje predhodne odločbe je temu namenjene le malo pozornosti.

[17] Zelena knjiga o modernizaciji politike EU na področju javnih naročil – za učinkovitejši evropski trg javnih naročil (Bruselj, 27. januar 2011, COM(2011) 15 final). Na njeni strani 24 je navedeno, da „za nekatere vrste sprememb sodna praksa ni videti dovolj jasna v smislu ugotavljanja, ali je potreben nov razpisni postopek“.

[18] Sodba Sisal in drugi, točka 31.

[19] Sporazum o poravnavi je v resnici upravni akt, sprejet v skladu s členom 11 zakona 241/1990 z dne 7. avgusta o novih pravilih na področju administrativnega postopka in pravice dostopa do upravnih dokumentov. To je razvidno iz člena 5 samega sporazuma o poravnavi. Za ta upravni akt (sprejet v obliki „sporazuma z zainteresirano osebo“, ki zajema člen 11(1) navedenega zakona) veljata splošna obveznost obrazložitve in enak nadzor kot za preostale akte uprave;

2. Obveznost javnega naročnika, da obrazloži svojo odločitev

47. Člen 43(1), (2) in (4) Direktive 2014/23 v delu, v katerem ureja, kako se lahko koncesije spreminjajo (s potrebo ali brez potrebe po izvedbi novega postopka javnega razpisa), ne določa, da mora javni naročnik navesti razloge, na podlagi katerih presodi, ali gre za katerega od primerov, zajetih v navedenih določbah.

48. Načeloma – in ker v členu 43 Direktive 2014/23 o tej podrobnosti ni nič navedeno – bi morale javnim naročnikom dolžnost, da svoje odločitve o spremembi koncesije obrazložijo, naložiti, ali pa ne naložiti, države članice.

49. Vendar je Sodišče že razglasilo, da ima v nekaterih okoliščinah javni naročnik to dolžnost, da lahko zainteresirane osebe „varujejo svoje pravice in da se ob popolnem poznavanju zadeve odločijo, ali je zoper [odločbe, ki jih sprejmejo nacionalni organi,] smiselno vložiti pravno sredstvo“, in da „se nacionalnim sodiščem omogoči, da izvajajo nadzor nad zakonitostjo navedenih odločb“.[20]

50. Predložitveno sodišče bo moralo pojasniti, ali bi bilo treba glede na predmet spora izpodbijane akte obrazložiti in, če je tako, ali vsebujejo zadostno obrazložitev, da se lahko zaščitijo pravice njihovih naslovnikov ali sodni nadzor nad njimi.[21]

51. S tega vidika so v predlogu za sprejetje predhodne odločbe navedeni zadostni elementi za ugotovitev, da so bile pred odločitvijo javnega naročnika izvedene ocene, ki bi lahko izpolnile zahtevo po obrazložitvi. Konkretneje, pristojni organi so navedli (pravilno ali napačno, toda to je drugo vprašanje), zakaj je bila sprememba koncesije najustreznejša rešitev.

52. Dejansko je mogoče iz točke 2.2 sodbe, izpodbijane v postopku v glavni stvari, razbrati, kako je javni naročnik pretehtal negativne in pozitivne posledice obeh predstavljenih alternativ (sprememba koncesije brez novega javnega razpisa ali odpoved pogodbe).[22] Razlogi, zaradi katerih so italijanski organi izbrali prvo od teh rešitev, so v celoti navedeni v različnih dokumentih, obravnavanih v postopku.[23]

[20] Sodbi z dne 7. septembra 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), točka 120, z navedbo predhodne sodne prakse, in z dne 21. decembra 2023, Infraestruturas de Portugal in Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016), točka 87.

[21] Na obravnavi se je razpravljalo o tem, ali bi moral javni naročnik, zato ker je spremenil koncesijo v skladu s členom 43(1)(c) Direktive 2014/23, objaviti obvestilo v *Uradnem listu Evropske unije* in pri tem navesti informacijo, določeno v Prilogi XI. Predložitveno sodišče ne sprašuje o tej opustitvi, saj se njegovo vprašanje nanaša samo na neobrazložitev aktov. Kakor koli, po mojem mnenju v obravnavani zadevi ni izpolnjen eden od treh pogojev, zahtevanih v teh določbi: sprememba splošne narave koncesije.

[22] Predložitveno sodišče v ta namen navaja negativne posledice prenehanja koncesije, kot so bili navedeni v sporazumu o poravnavi. Med njimi so prekinitev kontinuitete pogodbenih dejavnosti, kar naj bi povzročilo s tem povezano tveganje finančne krize pogodbenikov in izvajalcev družbe ASPI, z morebitnimi dodatnimi administrativnimi stroški kot posledico priznanja kazni; odvračilno tveganje, da bi *uprava nosila stroške sporov, v katerih bi se priznala učinkovitost katere od klavzul enotne pogodbe, posledično pa bi to pomenilo občutno finančno breme za državo, pa tudi* obveznost države, da koncesionarju plača odškodnino.

[23] Predložitveno sodišče kot pozitivne vidike sporazuma o poravnavi, navedene v njem, navaja: (i) neprekinjeno kontinuiteto upravljanja storitve, kar bi preprečilo prekinitev opravljanja bistvene storitve za skupnost in rešitev morebitnih položajev, ki bi ovirali njeno redno delovanje; (ii) takojšnji začetek izvajanja naložbenega programa in vzdrževanja mreže avtocest, kot tudi spodbujanje naložbenih načrtov v zvezi z zelenim prehodom in trajnostno mobilnostjo; (iii) vzdrževanje in razvoj sedanje ravni zaposlenosti in sprejemanje pobud v korist skupnosti s strani družbe ASPI glede na prednostne naloge, ki jih določi neposredno uprava; (iv) zagotavljanje plačil za rekonstrukcijska dela na nadomestnem mostu viadukta Polcevera; (v) končanje sporov, ki še potekajo med koncesionarjem in organi; (iv) prilagoditev določb koncesijske pogodbe s črtanjem določb, za katere se šteje, da prinašajo neupravičeno korist koncesionarju; (vii) uvedbo okrepljenega sistema kazni v zvezi z določbami enotne pogodbe; *(viii) željo obeh strani po izognitvi kakršnemu koli prihodnjemu sporu*.

53. Glede na navedeno bi lahko obrazložitev javnega naročnika izhajala iz vsebine vseh dokumentov, ki vključujejo izpodbijane akte v tožbi združenja Adusbef. Ti vključujejo mnenja nacionalnih organov in institucij, ki poudarjajo smiselnost sprejetja sporazuma o poravnavi in tretjega dodatnega akta, zato je javni naročnik menil, da je primerno, brez predhodnega javnega razpisa, spremeniti prvotno koncesijo.

54. Združenje Adusbef v svoji tožbi pri predložitvenem sodišču priznava, da so „razlogi, sprejeti v sporazumu [o poravnavi] v korist tega, da se pogodba ne odpove, temveč nadaljuje [...]“ navedeni v njej, in povzema del njihove vsebine.[24] V istem pisanju[25] s svojimi argumenti navaja očitke zoper tiste, ki jih sporazum o poravnavi vsebuje v korist kontinuitete pogodbe, in tiste, ki jih je Corte dei conti (računsko sodišče) izpostavilo za „dopolnitev obrazložitve“.

55. Združenje Adusbef je torej lahko bilo seznanjeno z vsebino aktov, na podlagi katerih je bila spremenjena koncesija, in jih je lahko izpodbijalo ter jih je predložilo v sodni nadzor predložitvenega sodišča.[26]

3. Opredelitev sprememb koncesijske pogodbe

56. Predlog za sprejetje predhodne odločbe temelji zlasti na (domnevni) spremembi koncesijske pogodbe, ki izhaja iz spremembe lastniške strukture družbe ASPI. Razprava se nanaša na to, ali je prišlo do „spremembe koncesionarja“ v smislu člena 43(4)(d) Direktive 2014/23 v povezavi z njegovim odstavkom 1(d).

57. Predložitveno sodišče želi poleg tega izvedeti:

– ali je bilo zrušenje mostu Morandi „nepredvidljiva okoliščina“ v smislu člena 43(1), prvi pododstavek, (c)(i) Direktive 2014/23;

– ali zavezanost družbe ASPI, da plača denarno nadomestilo v višini 3,4 milijarde EUR in zagotovi okrepitev varnostnih pogojev v mreži avtocest in njihovo dejansko izvajanje, pomeni bistveno spremembo koncesije.

58. Predložitveno sodišče mora ugotoviti, ali je bilo v skladu s členom 43(5) Direktive 2014/23 treba začeti postopek podelitve koncesije. Vendar mu lahko Sodišče da nekatere smernice, ki mu lahko pomagajo pri oblikovanju njegove presoje.

a) Sprememba lastniške strukture: bistvena sprememba koncesijske pogodbe?

59. V skladu s členom 43(1)(d)(ii) Direktive 2014/23 „[se] koncesije [...] lahko spremenijo brez novega postopka podelitve koncesije [...] če koncesionarja, ki mu je javni naročnik ali naročnik prvotno podelil koncesijo, zamenja nov koncesionar iz enega od naslednjih razlogov: [...] drug gospodarski subjekt [...] v celoti ali delno nasledi prvotnega koncesionarja po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo [...]“;

[24] Strani 10 in 11 tožbe.

[25] Osmi odstavek pod naslovom „pravo“, stran 29 tožbe.

[26] Na obravnavi je lahko združenje Adusbef poudarilo neobrazložitev uredbe št. 37 z dne 22. februarja 2022 ministrstva za infrastrukturo. Ta uredba, ki jo je združenje Adusbef predložilo kot prilogo, vsebuje dva člena, pred katerima so navedene številne uvodne izjave: v prvem členu je samo potrjen sporazum o poravnavi, v drugem pa je samo določeno, da je „učinek sporazuma odvisen od izboljšave pogojev, navedenih v členu 10 navedenega sporazuma“. Ta sporazum se mi zdi torej zadostno obrazložen, sam po sebi in z napotitvami, kolikor podpira (širšo) obrazložitev, vključeno v sporazum o poravnavi. En akt je treba brati v povezavi z drugim aktom.

60. Za razlago te določbe je treba uporabiti uvodno izjavo 77 Direktive 2014/23, ki se nanaša na *strukturne spremembe*, kot so izključno notranje reorganizacije, prevzemi ali združitve, med izvajanjem koncesije. Dodaja, da zaradi takih strukturnih sprememb „ne bi smeli biti samodejno potrebni novi postopki podelitve koncesije […]“.

61. Iz pisnih stališč, ki so jih na obravnavi predstavile stranke v sporu, pa tudi glede na podatke, predložene v predlogu za sprejetje predhodne odločbe,[27] izhaja, da koncesionar ni bil v celoti ali delno nadomeščen (družba ASPI je bila in je še vedno imetnica koncesije), temveč da je prišlo do notranjega prestrukturiranja lastništva,[28] pri katerem so novi delničarji nadomestili druge v okviru postopka, priglašenega Komisiji.[29]

62. Na obravnavi se je razpravljalo o tem, ali je vključitev, z večinsko udeležbo, družbe Cassa Depositi e Prestiti[30] v delniški kapital družbe ASPI zaradi svojih značilnosti pomenila[31] spremembo koncesionarja, za kar bi bil potreben postopek javnega razpisa.

63. Vendar načeloma zgolj nadomestitev enih delničarjev z drugimi v okviru prestrukturiranja lastništva, ki ne vključuje odstranitve imetnika koncesije, ne pomeni nove bistvene subjektivne novosti, za katero bi bil potreben nov javni razpis, v smislu člena 43(1)(d)(ii) Direktive 2014/23. To je potrdilo Sodišče, s tem ko je navedlo: „notranje reorganizacije prvotnega izvajalca lahko pomenijo nebistvene spremembe pogojev zadevnega javnega naročila, ki ne zahtevajo uvedbe novega postopka oddaje javnega naročila“.[32]

64. Z drugega vidika bo moral predložitveni organ upoštevati, ali je ta subjektivna sprememba dovoljena v členu 10a enotne pogodbe. V tem primeru bo moralo presoditi, ali so bili izpodbijani akti v skladu s previdnostnimi ukrepi iz člena 43(1)(d)(i) Direktive 2014/23,[33] torej ali je bila sprememba predvidena kot nedvoumna določba o reviziji ali opcija v prvotnem koncesijskem aktu.[34]

[27] Točka 2.5 predloga za sprejetje predhodne odločbe.

[28] V skladu s točko 2.5, prvi odstavek, predloga za sprejetje predhodne odločbe je družba Atlantia prodala 88-odstotni delež v družbi ASPI holdinški družbi (Holding Reti Autostradali), katere večinski delničar (51-odstotni) je bila družba Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. in v kateri sta imela dva tuja sklada, Macquarie Group Ltd in Blackstone Group Inc., v lasti vsak po 24,5-odstotni delež. Preostali kapital, v skladu z opombo 2 stališč družbe Holding Reti Autostradali, naj bi v 6,94-odstotnem deležu pripadal družbi Appia Investments Srl in 5-odstotni delež družbi Silk Road Fund Co. (na ta odstotka se nanaša predlog za sprejetje predhodne odločbe v točki 2.5, drugi odstavek).

[29] Komisija je v Sklepu C(2021) 8274 final odločila, da ne nasprotuje priglašenemu postopku, ki ga je razglasila za skladnega z notranjim trgom. V skladu s priglasitvijo nameravane koncentracije [v skladu s členom 4 Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 40) je bilo več družb (Cassa Depositi e Prestiti Equity, ki pripada skupini Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group in Blackstone Group) predlaganih za prevzem skupnega nadzora nad celotno družbo ASPI z nakupom delnic.

[30] Glede na razpoložljive podatke, ob upoštevanju nadaljnjega preverjanja, je imela družba Holding Reti Autostradali 88,06-odstotni delež v družbi ASPI, sama družba Holding Reti Autostradali pa je bila z 51-odstotnim deležem pod nadzorom družbe Cassa Depositi e Prestiti Equity, katere delniški kapital nazadnje v 100-odstotnem deležu pripada družbi Cassa Depositi e Prestiti.

[31] Eden od navedenih argumentov se je nanašal na spremembo narave (javne ali zasebne) koncesionarja, in sicer zaradi udeležbe ministrstva za gospodarstvo in finance v kapitalu družbe Cassa Depositi e Prestiti. Toda predložitveno sodišče trdi, da to ni javno podjetje. Razpravljalo se je tudi o tem, ali vključitev novih delničarjev v družbo ASPI pomeni ukrep *self cleaning* koncesionarja, ki ga je ta bolj ali manj ponudil ali so ga naložili italijanski organi, s čimer bi šlo za bistveno naravo subjektivne spremembe. Po mojem mnenju je treba zadnjenavedeno trditev zavrniti, saj samopopravne ukrepe sprejme ravno sam koncesionar (to je tisti subjekt, katerega istovetnost se ohrani), da bi sodeloval v nadaljnjem postopku podelitve koncesije na podlagi člena 38(9) Direktive 2014/23.

[32] Sodba z dne 3. februarja 2022, Advania Sverige in Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72), točka 34, z navedbo sodbe z dne 19. junija 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

[33] O uporabi tega pravila glej sodbo Sisal in drugi, točke od 39 do 43.

[34] Tako trdi družba Holding Reti Autostradali v točkah 10 in 40 svojih pisnih stališčih, s tem ko se sklicuje na člen 10a enotne pogodbe, ki določa merila za dovolitev sprememb koncesionarjev avtocest, ki izhajajo iz koncentracij na ravni Unije.

b) Druge (objektivne) spremembe

65. Po navedbah predložitvenega sodišča [35] spremembe enotne pogodbe niso rezultat „okoliščin, ki jih skrben naročnik ni mogel predvideti“.

66. Po njegovem mnenju nepredvidljiva okoliščina ni kršitev, ki lahko vpliva na varnost v cestnem prometu ali povzroči, sama po sebi ali skupaj z drugimi okoliščinami, tragičen dogodek, kot je zrušenje mostu Morandi.

67. Menim, da se je treba osredotočiti ne toliko na vprašanje, ali je bil dogodek nepredvidljiv, temveč na „potrebo“ po tem, da je sprememba pogodbe izhajala iz njega. Člen 43(1)(c)(i) Direktive 2014/23 se nanaša prav na *potrebo po spremembi* zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ali naročnik ni mogel predvideti.

68. Ne glede na vzrok sprejetih sprememb je v tem sporu pomembna njihova opredelitev kot bistvenih, da bi se, ne glede na njihov izvor, ugotovilo, ali je bilo treba izvesti postopek javnega razpisa, saj so te spremembe spremenile predmet ali splošno naravo koncesije.

69. Na obravnavi se je razpravljalo o tem, katere objektivne spremembe, natančneje, so izhajale iz sporazuma o poravnavi in dodatka, v zvezi z enotno pogodbo. Med njimi predložitveno sodišče navaja zavezanost družbe ASPI, da plača denarno nadomestilo v višini 3,4 milijarde EUR in zagotovi okrepitev varnostnih pogojev v mreži avtocest. Vendar ne omenja spremembe tarif niti drugih sprememb drugačne narave, ki so navedene v teh dveh sporazumih.

70. Ponovno bo moralo predložitveno sodišče presoditi, ali zavezanost družbe ASPI pomeni bistveno spremembo pogodbe v smislu člena 43(1), (2) in (4) Direktive 2014/23. Pri svoji presoji bo lahko upoštevalo, kot se je razpravljalo na obravnavi brez dokončnih ugotovitev, ali uvedene spremembe v resnici poslabšajo položaj koncesionarja, s tem ko zanj določajo težje pogoje [36] ali pa, nasprotno, krepijo njegove interese, s tem ko mu omogočajo kontinuiteto pri koncesiji. Presodilo bo tudi lahko, ali so te spremembe odgovor na uporabo novih splošnih zakonodajnih ukrepov [37] ali pa *ad hoc* odločitev javnega naročnika, ki jih je ta prosto sprejel v korist koncesionarja.

71. Po mojem mnenju, če se omejimo na spremembe, na katere se sklicuje predložitveno sodišče, se zdi, da nista bistveni dve objektivni spremembi, ki ju to sodišče navaja: po eni strani je namen finančnega prispevka družbe ASPI (ki kot tak bremeni koncesionarja) izravnati gospodarske posledice dogodka v okviru poravnave; po drugi strani se zavezanost k okrepitvi varnosti mreže avtocest ne razlikuje bistveno od obveznosti, določenih v enotni pogodbi.

[35] Točka 2.6, tretji in četrti odstavek, predloga za sprejetje predhodne odločbe.

[36] Zastopnik družbe Holding Reti Autostradali se je skliceval na sodbo Sisal in drugi, da bi poudaril, da je dobil koncesionar slabše pogoje od tistih, ki so bili določeni prvotno, zato ni prišlo do bistvene spremembe v korist koncesionarja. V točki 53 te sodbe navaja, da „kolikor bi predčasno izplačilo lahko povečalo znesek, ki ga je treba plačati, se zdi, da taka sprememba ne posega v ekonomsko ravnotežje koncesije v korist koncesionarja v smislu [člena 43(4) Direktive 2014/23]“.

[37] Tako je na obravnavi trdil zastopnik družbe ASPI, pri čemer je navedel, da spremembe sporazuma o poravnavi in dodatnega sporazuma, vsaj delno, izhajajo iz začetka veljavnosti Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (uredba-zakon št. 109 z dne 28. septembra 2018) (GURI št. 226 z dne 28. septembra 2018), ki naj bi se uporabljala za vse koncesije za avtoceste. Vendar se porajajo dvomi ob tem, da bi se vsebina te uredbe-zakona, kar zadeva družbo ASPI, lahko ločila od njegovega ravnanja kot koncesionarja, kot izhaja iz sodbe št. 168/2020 z dne 8. julija 2020 Corte Costituzionale (ustavno sodišče, Italija), točke v zvezi s pravnimi vidiki od 1.1 do 1.6.

C. Drugo vprašanje za predhodno odločanje

72. Predložitveno sodišče želi izvedeti, ali „je v nasprotju s pravom [Unije], če se nacionalna ureditev razlaga tako, da lahko javni organ, ki je koncedent, izvede postopek subjektivne in objektivne spremembe veljavne koncesije za avtoceste ali začne vnovična pogajanja glede takšne koncesije, ne da bi presodil zanesljivost koncesionarja, ki je storil hudo kršitev obveznosti“. [38]

73. Predpostavka, iz katere izhaja navedeno vprašanje, je ta, da je koncesionar hudo kršil svoje obveznosti vzdrževanja in ohranjanja avtocestne infrastrukture. Vendar javni naročnik ni *formalno* razglasil te kršitve, saj je bil postopek, uveden v zvezi s tem, predmet pogosto citiranega sporazuma o poravnavi.

74. Predložitveno sodišče upošteva mnenje, ki ga je 28. junija 2019 izdala medinstitucionalna delovna skupina [39] in v katerem se je štelo, da je koncesionar hudo kršil svoje obveznosti vzdrževanja in ohranjanja. Vendar je bilo v tem mnenju že izključeno, da bi se razglasila kršitev in da bi se namesto tega ponovno pogajalo o enotni pogodbi, [40] kot se je dejansko zgodilo.

75. Vprašanje je treba razumeti tako, da se nanaša na člen 38 Direktive 2014/23, ki je ena od določb navedene direktive, na katere se nanaša skupni uvodni del treh vprašanj.

76. Člen 38 Direktive 2014/23 ureja izbiro in kvalitativno oceno kandidatov. Ta člen je del naslova (II), ki se nanaša na podelitev koncesij. V tem kontekstu Direktiva 2014/23 vključuje zanesljivost kot ključno komponento prvotne izbire. V skladu z njeno uvodno izjavo 70 lahko javni naročniki izključijo „gospodarske subjekte, ki so se izkazali za nezanesljive“.

77. Element zanesljivosti tako prežema razloge za izključitev v zvezi s subjektivnimi pogoji kandidata in preostalih gospodarskih subjektov. [41] Obstajati mora povezava med (pomanjkanjem) zanesljivosti in dejanskimi razlogi za izključitev, določenimi v členu 38 Direktive 2014/23.

78. Razlogi za izključitev imajo svoj lastni obseg v fazi izbire pogodbenika, ne pa takrat, ko je bilo pogodbeno razmerje že sklenjeno in, kot je to v obravnavani zadevi, je koncesija več let imela svoje učinke. Čeprav nobeden od odstavkov člena 38 ne določa, da lahko javni naročnik določi izključitev *v katerem koli delu postopka* (podelitve koncesije), gre za postopek izbire in presoje kandidatur.

79. Trenutno obravnavana težava je, ali mora biti zanesljivost tudi upošteven element za spremembo določb veljavne pogodbe. Torej ali Direktiva 2014/23 zahteva, da se presodi zanesljivost koncesionarja za spremembo pogodbe.

[38] Kot je ugotovil eden od intervenientov, je drugo vprašanje za predhodno odločanje na določen način v protislovju s prvim vprašanjem: če vključitev novih delničarjev pomeni bistveno subjektivno spremembo, saj v resnici pomeni zamenjavo koncesionarja (prvo vprašanje), nima več pomena presojati o tem, ali je bil „stari“ koncesionar zanesljiv ali ne.

[39] Enajsti odstavek opisa dejstev in prvi odstavek točke 2.7 predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki zajema del preambule sporazuma o poravnavi. Predložitveno sodišče se opira tudi na sodbo Corte Costituzionale (ustavno sodišče, Italija) št. 168/2020 z dne 8. julija 2020.

[40] Po mnenju predložitvenega sodišča preambula sporazuma o poravnavi v tem mnenju zajema tisti del tega mnenja, v katerem se kot alternativa odpovedi predlaga, da se pristojnim organom prepusti „presoja, da se ponovno pogaja o navedeni enotni pogodbi, če bi to zagotovilo boljšo zaščito interesov države, s ciljem vzpostavitve ponovnega ravnovesja koncesije in ponovne vzpostavitve polne varnosti mreže avtocest, pri čemer so v točki 11 navedena potencialna tveganja sporov in operativnih posledic ukrepa odpovedi pogodbe“.

[41] To sem poudaril v svojih sklepnih predlogih v zadevi Tim (C-395/18, EU:C:2019:595), točka 44, v zvezi z Direktivo 2014/24/UE [Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65)], katere vsebina je podobna vsebini Direktive 2014/23. Glej sodbi z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826), točka 26, in z dne 19. junija 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), točki 29 in 30.

80. Odgovor na to vprašanje bo odvisen od narave predlaganih sprememb:

– če je sprememba bistvena glede na zgornjo analizo, mora javni naročnik začeti nov postopek podelitve koncesije in v njem presoditi zanesljivost vseh kandidatov, tudi prejšnjega koncesionarja (če se ta odloči sodelovati).[42] Presoja zanesljivosti bo torej izvedena v postopku javnega naročanja za podelitev nove koncesije;

– če pa spremembe niso bistvene, nič v Direktivi 2014/23 ne zahteva, da je treba opraviti novo presojo zanesljivosti koncesionarja. V tem primeru ni treba presojati razlogov za izključitev iz člena 38.

81. Razlika med obema položajema se presoja natančneje z upoštevanjem obravnave subjektivnih sprememb v Direktivi 2014/23. Njen člen 43(1)(d)(ii) za popolno ali delno nasledstvo prvotnega koncesionarja s strani drugega gospodarskega subjekta določa, da zadnjenavedeni „izpolnjuje prvotno določena merila za ugotavljanje sposobnosti“. Seveda mora javni naročnik pri presoji izpolnitve teh meril upoštevati zanesljivost novega gospodarskega subjekta, ki nadomesti prejšnjega.

82. Vendar kadar ni tovrstne subjektivne spremembe, temveč gre samo za notranje prestrukturiranje podjetja zaradi sprememb v lastništvu subjekta, ki je in ostaja koncesionar, javni naročnik ni obvezan ponovno presojati o njegovi zanesljivosti, ki je bila že potrjena v prvotnem postopku podelitve koncesije.

83. Kar zadeva nebistvene objektivne spremembe, se te obravnavajo podobno kot subjektivne ob upoštevanju ureditve sprememb pogodbe v Direktivi 2014/23.

84. Za razliko od do sedaj navedenega je koncesionar med veljavnostjo pogodbe hudo kršil svoje pogodbene obveznosti. Ta dejavnik bi lahko pod nekaterimi pogoji vplival na njegovo razmerje z javnim naročnikom, ker predpostavlja (izkazano) pomanjkanje integritete ali zanesljivosti. S tega, omejenega vidika je treba navesti, da mora koncesionar ohranjati svoj zanesljivost med celotnim trajanjem koncesije.

85. Nezanesljivost koncesionarja zaradi hude kršitve določb veljavne pogodbe je dejavnik, zaradi katerega se lahko odpove navedena pogodba, kot bom podrobneje navedel v nadaljevanju. V tem smislu je lahko odziv na hudo kršitev, po tem ko je ta dokazana in jo kot tako razglasi javni naročnik, odpoved koncesije, česar ne ureja člen 38 Direktive 2014/23.

86. Ta odziv pa ni nujen, če javni naročnik znotraj svojega polja proste presoje meni, da je iz razlogov javnega interesa bolje ustrezno spremeniti pogodbo (pod pogojem da spremembe niso bistvene).

[42] V tem primeru, v skladu s členom 38(9) Direktive 2014/23 gospodarski subjekt, ki je v enem od položajev iz odstavkov 4 in 7 tega člena, lahko predloži dokaze, da je sprejel zadostne (samopopravne) ukrepe, s katerimi lahko dokaže svojo zanesljivost kljub obstoju zadevnega razloga za izključitev. Če se ti dokazi štejejo za zadostne, ne bo izključen iz postopka.

D. Tretje vprašanje za predhodno odločanje

1. Dopustnost

87. Predložitveno sodišče želi izvedeti, ali „v primeru […] kršitve obveznosti izvedbe postopka oddaje javnega naročila ali ugotovitve, da je imetnik koncesije za avtoceste nezanesljiv“ pravo Unije nalaga obveznost „prekinitve razmerja“?

88. Šteti je treba, da se to vprašanje nanaša na člen 44 Direktive 2014/23, katerega predmet je odpoved [43] koncesij in ki je bil v italijansko pravo prenesen s členom 176 zakonika o javnih naročilih.

89. Ker je v vprašanju uporabljen ta izraz, je vprašanje po mojem mnenju nedopustno, ker ni potrebno za rešitev prvotnega spora. V tem sporu je bila vložena *tožba za razglasitev ničnosti* aktov, ki so bili že obravnavani (odobritev sprememb pogodbe), vendar se ne predlaga *prenehanje* koncesije. [44]

90. Ker je razprava pri predložitvenem sodišču omejena na zakonitost določb pogodbe, ni jasno, v kakšnem interesu bi bilo v obravnavani zadevi odgovoriti na vprašanje glede uporabe mehanizma odpovedi iz člena 44 Direktive 2014/23. [45]

2. Ozadje

91. Če bi Sodišče dopustilo vprašanje, bom na kratko analiziral učinek navedenega člena 44 v sporu.

92. V skladu s to določbo velja, da „[d]ržave članice zagotovijo, da imajo javni naročniki in naročniki možnost, da pod pogoji, določenimi v veljavnem nacionalnem pravu, odpovejo koncesijo med njeno veljavnostjo […]“, v treh natančno opredeljenih primerih. [46]

93. Seznam teh treh primerov ni izčrpen. Države članice lahko v svojem nacionalnem pravu določijo, da se koncesija v primeru hude kršitve določb pogodbe odpove, pri čemer je to kršitev mogoče pripisati eni od strani. [47]

[43] Izraz, uporabljen v različnih jezikovnih različicah, za ta pojem, ni vedno v skladu s pomenom izraza, ki se uporablja v državah članicah in drugih državah. Preveden je bil kot „résiliation“ (v francoščini); „termination“ (v angleščini); „risoluzione“ (v italijanšini); „Kündigung“ (v nemščini); „rescisão“ (v portugalščini); „beëindiging“ (v nizozemščini) ali „încetarea“ (v romunščini). V španski različici je uporabljen izraz „resolución“, toda v uvodni izjavi 80 Direktive je kot sopomenka naveden izraz „rescisión“.

[44] Združenje Adusbef je pri predložitvenem sodišču (peti tožbeni razlog iz njegove tožbe) navedlo kršitev, poleg drugih določb, člena 44 Direktive 2014/23, vendar je to uporabilo kot argument za to, da je treba zaradi bistvene spremembe koncesije izvesti nov postopek podelitve koncesije.

[45] Na obravnavi je italijanska vlada podobno trdila, da združenje Adusbef ni predlagalo odpovedi pri predložitvenem sodišču, zato bi to storilo procesno kršitev (odločitev *ultra petita*), če bi se izreklo o nečem, za kar ni bilo zaprošeno.

[46] Glej njen citat v točki 8 teh sklepnih predlogov.

[47] To, da je v uvodni izjavi 77 Direktive 2014/23 naveden primer, v katerem se „je koncesija na primer odpovedana zaradi pomanjkljivega izvajanja“, pomeni, da so priznani razlogi za odpoved, ki niso zajeti v njenem besedilu. Komisija je na obravnavi priznala, da državam članicam nič ne preprečuje, da uredijo te druge razloge za odpoved.

94. Nacionalne pravne ureditve namreč običajno vsebujejo določbe, na podlagi katerih je pravica odstopiti od obveznosti vsebovana v dvostranskih pogodbah, če ena od strank ne izpolni svoje obveznosti. To velja za člen 1453 italijanskega civilnega zakonika: kadar v primeru dvostranskih pogodb eden od pogodbenikov ne izpolnjuje svojih obveznosti, lahko drugi izbira med tem, da zahteva izpolnitev obveznosti ali odpoved pogodbe, razen seveda, če se povrne škoda.

95. Italijanski zakonodajalec je s členom 176 zakonika o javnih naročilih v svoje nacionalno pravo vključil člen 44 Direktive 2014/23,[48] vendar je zajel tudi odpoved koncesije v primeru kršitve koncesionarja. Za ta primer člen 176(7) zakonika o javnih naročilih napotuje na člen 1453 civilnega zakonika.

96. Iz navedenega izhaja (ob upoštevanju razlage nacionalnega prava s strani predložitvenega sodišča), da bi ne glede na člen 44 Direktive 2014/23 lahko bilo neizpolnjevanje koncesijskih obveznosti upravičen razlog za odpoved koncesijske pogodbe. Iz dokumentov, vloženih v spis, je mogoče razbrati, da je bil eden od možnih ukrepov v postopku proti družbi ASPI zaradi kršitve njenih obveznosti vzdrževanja in ohranjanja avtoceste odpoved koncesije.

97. Vendar želi predložitveno sodišče izvedeti, ali pravo Unije v primeru „kršitve obveznosti izvedbe postopka oddaje javnega naročila ali ugotovitve, da je imetnik koncesije za avtoceste nezanesljiv“, nalaga obveznost „prekinitve razmerja“?

98. Kot trdijo italijanska vlada, Komisija in ena od strank v sporu,[49] odgovor na to tretje vprašanje izhaja iz odgovora na drugo vprašanje. Iz zadnjenavedenega je mogoče sklepati, da noben od obeh dejavnikov, na katera se sklicuje predložitveno sodišče v obravnavani zadevi, ne vodi v odpoved koncesije:

– kar zadeva prvo vprašanje (neobstoj javnega razpisa), je treba izvesti nov postopek le v primeru bistvenih sprememb koncesije. V skladu s členom 44(a) Direktive 2014/23 odpoved nastopi, kadar je bila „[k]oncesija [...] spremenjena tako, da se v skladu s členom 43 zahteva nov postopek [...] podelitv[e] koncesije“, za kar se zdi, da ne gre v obravnavani zadevi, iz že navedenih razlogov;

– kar zadeva drugo vprašanje (nezanesljivost koncesionarja), sem že pojasnil, da bi to bilo treba presojati v fazi izbire in ocene koncesionarja, in ne pred nebistvenimi spremembami koncesije. Če je nezanesljivost povezana s hudo kršitvijo določb pogodbe, bo javni naročnik odpovedal pogodbo na podlagi te kršitve, in sicer iz razloga, ki ni naveden med razlogi iz člena 44 Direktive 2014/23.

[48] Člen 176 zakonika o javnih naročilih zajema ničnost po uradni dolžnosti zaradi kršitve, ki je ni mogoče pripisati koncesionarju (odstavek 3); odpoved zaradi kršitve koncedenta, ki odpove koncesijo iz razlogov javnega interesa, pri čemer navede gospodarske posledice, ki jih je utrpel (odstavki od 4 do 6); odpoved zaradi kršitve koncesionarja ali drugih razlogov, ki mu jih je mogoče pripisati (odstavka 7 in 8), in nadomestitev koncesionarja z novim gospodarskim subjektom, čigar pravice in obveznosti določa (odstavka 9 in 10).

[49] Točki 58 in 59 pisnih stališč italijanske vlade. Komisija se zavzema za enak pristop, kar zadeva zanesljivost koncesionarja (točka 65 njenih pisnih stališč). Po mnenju družbe ASPI je odgovor na tretje vprašanje podreden glede na dve prejšnji vprašanji (točki 27 in 76 njenih pisnih stališč).

V. Sklep

99. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj tretje vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Italia (deželno upravno sodišče za Lacij), razglasi za nedopustno, ter na prvo in drugo vprašanje odgovori:

„Člen 38 in člen 43(1), (4) in (5) Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb

je treba razlagati tako:

(1) V skladu s členom 43 Direktive 2014/23 se lahko koncesijska pogodba spremeni brez potrebe po izvedbi novega postopka javnega razpisa, kadar spremembe, uvedene v njene določbe, brez spremembe celotne narave koncesije, niso bistvene, kar mora ugotoviti predložitveno sodišče.

Javni naročniki ali naročniki bodo presodili, ali je treba izvesti nov postopek javnega razpisa na podlagi presoje bistvene ali nebistvene narave sprememb določb koncesijske pogodbe. Ustrezna odločitev bi morala zainteresiranim osebam omogočiti varstvo njihovih pravic in po potrebi sodni nadzor.

(2) Člen 38 Direktive 2014/23 javnim naročnikom ali naročnikom nalaga obveznost, da v postopku izbire in kvalitativne ocene kandidatov presodijo njihovo zanesljivost v povezavi z upoštevnimi razlogi za izključitev. Ta presoja je potrebna tako za podelitev prvotne koncesije kot tudi za vključitev bistvenih sprememb v koncesijsko pogodbo, ki zahtevajo izvedbo novega javnega razpisa.“