ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

18 september 2019*

„Niet-nakoming – Artikel 258 VWEU – Richtlijn 2004/18/EG – Coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – Concessies voor openbare werken – Verlenging van een bestaande concessie voor de aanleg en exploitatie van een autosnelweg zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht”

In zaak C-526/17,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU, ingesteld op 4 september 2017,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en A. Tokár als gemachtigden,

verzoekster,

tegen

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door V. Nunziata, E. De Bonis en P. Pucciariello, avvocati dello Stato,

verweerster,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, C. Lycourgos, E. Juhász (rapporteur), M. Ilešič en I. Jarukaitis, rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 december 2018,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 maart 2019,

het navolgende

* Procestaal: Italiaans.

Arrest

1 De Europese Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door de concessie voor de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia (Italië) te hebben verlengd van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046 zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007 (PB 2007, L 317, blz. 34) (hierna: „richtlijn 2004/18").

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 definieert „overheidsopdrachten voor werken" als „overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet". Volgens deze bepaling wordt onder „werk" verstaan „het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

3 Bijlage I bij deze richtlijn draagt het opschrift „Lijst van werkzaamheden in de zin van artikel 1, lid 2, onder b)" en vermeldt wegenbouw [klasse 45.23 volgens de statistische nomenclatuur van de economische activiteiten in de Europese Gemeenschap (NACE)], die als klasse de bouw van autowegen omvat.

4 Artikel 1, lid 3, van deze richtlijn definieert de „concessieovereenkomst voor werken" als „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs".

5 Artikel 2 van richtlijn 2004/18 heeft als opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten", en luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

6 Overeenkomstig artikel 56 van deze richtlijn zijn de op concessies voor openbare werken toepasselijke regels van toepassing op alle door aanbestedende diensten gesloten concessieovereenkomsten voor openbare werken waarvan de waarde 5 150 000 EUR of meer bedraagt.

7 In artikel 58 van deze richtlijn, met het opschrift „Bekendmaking van de aankondiging betreffende concessieovereenkomsten voor openbare werken", wordt bepaald:

„1. De aanbestedende diensten die van concessies voor de uitvoering van openbare werken gebruik willen maken, geven hun voornemen hiertoe te kennen in een aankondiging.

2. De aankondigingen betreffende concessieovereenkomsten voor openbare werken bevatten de in bijlage VII C bedoelde inlichtingen en in voorkomend geval ook alle door de aanbestedende dienst nuttig geachte inlichtingen in de vorm van de standaardformulieren die door de Commissie overeenkomstig de in artikel 77, lid 2, bedoelde procedure zijn vastgesteld.

3. De aankondigingen worden overeenkomstig artikel 36, leden 2 tot en met 8, bekendgemaakt.

4. Artikel 37 betreffende de bekendmaking van aankondigingen is ook op concessieovereenkomsten voor openbare werken van toepassing."

8 Ingevolge artikel 80, lid 1, van richtlijn 2004/18 moesten de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen.

Voorgeschiedenis van het geding

Concessieovereenkomst van 1969

9 Op 23 oktober 1969 is tussen Azienda Nazionale Autonoma delle Strade SpA (ANAS), de aanbestedende dienst die verantwoordelijk is voor de concessies voor autowegen, en de onderneming Società Autostrada Tirenica SpA (SAT) een concessieovereenkomst voor openbare werken (hierna: „concessieovereenkomst van 1969") gesloten. In artikel 1 ervan is bepaald dat de overeenkomst betrekking heeft op de aanleg en de exploitatie van de autosnelweg tussen Livorno en Civitavecchia, met een totale lengte van ongeveer 237 km.

10 Artikel 5 van de concessieovereenkomst van 1969 bepaalt onder meer in lid 1 dat de concessiehouder bij de aanleg van de deeltrajecten de termijnen in acht moet nemen die in het algemene uitvoeringsplan zijn vastgesteld en in lid 2 dat hij de aanleg van de deeltrajecten kan vervroegen zonder evenwel vroeger recht te hebben op de betreffende tegenprestatie. Volgens artikel 5, lid 3, moet de concessiehouder, na goedkeuring van de uitvoeringsprojecten, op de in het algemene uitvoeringsplan vastgestelde data met de bouwwerkzaamheden beginnen en de volledige werken binnen de door de respectieve bijzondere bestekken vastgestelde termijnen opleveren. Overeenkomstig artikel 5, lid 4, kan ANAS op verzoek van de concessiehouder en om redenen die de concessiehouder niet kunnen worden toegerekend, de termijnen voor de uitvoering van elk project verlengen, zowel voor de aanvang als voor de voltooiing van de werkzaamheden in verband met het project. Artikel 5, lid 5, bepaalt dat in het laatstgenoemde geval de einddatum van de concessie kan worden uitgesteld met een termijn die niet langer is dan de overeenkomstig de vorige alinea toegestane verlenging. Volgens artikel 5, lid 6, wordt het beheer van de werken geregeld door de bepalingen betreffende overheidswerken en door het algemeen bestek.

11 Artikel 7 van de concessieovereenkomst van 1969 bepaalt dat de concessie eindigt na het verstrijken van het dertigste jaar na de aanvang van de exploitatie van de gehele autosnelweg. Onverminderd het bepaalde in artikel 5, leden 5 en 6, van deze overeenkomst, loopt de termijn hoe dan ook niet langer dan het dertigste jaar vanaf de datum van voltooiing van de werkzaamheden die is vastgesteld in het algemene uitvoeringsplan als bedoeld in artikel 5, leden 1 en 2, van deze overeenkomst.

12 De bij de concessieovereenkomst van 1969 verleende concessie werd op 7 november 1969 goedgekeurd en uitvoerbaar verklaard.

Addendum van 1987

13 Op 14 oktober 1987 hebben ANAS en SAT een addendum bij de concessieovereenkomst van 1969 (hierna: „addendum van 1987") ondertekend.

14 Artikel 14 van dit addendum bepaalt dat „de duur van deze concessie wordt vastgesteld op 30 jaar vanaf de datum waarop de gehele autosnelweg voor het verkeer is opengesteld".

Overeenkomst van 1999

15 Op 7 oktober 1999 hebben ANAS en SAT een overeenkomst gesloten (hierna: „overeenkomst van 1999"), waarvan artikel 2 het opschrift „Voorwerp" draagt.

16 Deze overeenkomst regelt volgens artikel 2, lid 1, ervan de rechtsverhouding tussen de concessiegever en de concessiehouder voor de exploitatie van het 36,6 km lange traject tussen Livorno en Cecina, dat op 3 juli 1993 voor het verkeer is opengesteld en een integraal deel uitmaakt van de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia, waarvan de concessie voor de aanleg en exploitatie aan SAT is verleend.

17 Krachtens artikel 2, lid 2, van deze overeenkomst is de concessiehouder belast met de werkzaamheden en taken die nodig zijn voor de exploitatie van deze autosnelweg, volgens de bepalingen en voorwaarden van de overeenkomst en overeenkomstig artikel 14 van legge n. 531 – Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (wet nr. 531 betreffende het tienjarenplan voor het hoofdwegennet en herstructureringsmaatregelen in de autosnelwegsector) van 12 augustus 1982 (GURI nr. 223 van 14 augustus 1982).

18 Artikel 2, lid 3, van deze overeenkomst bepaalt dat „wanneer aan de juridische en feitelijke voorwaarden is voldaan voor de voortzetting van het bouwprogramma waarvoor de concessie is verleend, een bijzondere aanvullende rechtshandeling (addendum) zal worden vastgesteld om het contractueel kader vast te leggen voor de aanleg en exploitatie van de twee andere gedeelten van de autosnelweg: Cecina-Grosseto en Grosseto-Civitavecchia".

19 Artikel 23 van de overeenkomst van 1999, met als opschrift „Duur van de concessie", bepaalt in lid 1 dat „de concessie afloopt op 31 oktober 2028".

Enkelvoudige overeenkomst van 2009

20 Op 11 maart 2009 hebben ANAS en SAT een ontwerpovereenkomst ondertekend (hierna: „enkelvoudige overeenkomst van 2009"), waarin in artikel 1, lid 4, is bepaald dat „de partijen erkennen dat zij uit hoofde van [de overeenkomst van 1999] of van vóór de sluiting van de onderhavige overeenkomst vastgestelde handelingen of maatregelen geen enkel bestaand of toekomstig recht, belang of vordering hebben".

21 Artikel 2 van deze enkelvoudige overeenkomst draagt het opschrift „Voorwerp" en bepaalt in lid 1 dat „de onderhavige enkelvoudige overeenkomst volledig en uitsluitend de verhouding tussen de concessiegever en de concessiehouder beheerst met betrekking tot het ontwerp, de aanleg en de exploitatie van alle werken die eerder zijn toegewezen in het kader van de met ANAS op 7 oktober 1999 gesloten concessieovereenkomst:

a) A12 Livorno-Cecina (Rosignano), 36,6 km

(opengesteld voor het verkeer op 3 juli 1993);

b) Cecina (Rosignano)-Grosseto, 110,5 km;

c) Grosseto-Civitavecchia, 95,5 km,

	in totaal 242,6 km".

22 Artikel 4 van deze enkelvoudige overeenkomst heeft als opschrift „Duur van de concessie" en bepaalt in lid 1 dat „rekening houdend met de in de preambule en artikel 143 van wetsbesluit nr. 163 van 2006 bedoelde periodes van opschorting van de werkzaamheden, verstrijkt de concessie voor de voltooiing van de autosnelweg Cecina (Rosignano)-Civitavecchia op 31 december 2046. [...]"

Precontentieuze procedure

23 In de loop van 2009 is bij de Commissie een klacht ingediend met betrekking tot de in de enkelvoudige overeenkomst van 2009 vastgestelde verlenging van de looptijd van de concessie voor de autosnelweg A12 tussen Livorno en Civitavecchia van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046.

24 De Commissie en de Italiaanse autoriteiten hebben hierover contact gehad, maar er is geen oplossing gevonden.

25 Na verscheidene vruchteloze contacten met de Italiaanse autoriteiten heeft de Commissie op 22 april 2014 op grond van artikel 258 VWEU een schriftelijke aanmaning aan de Italiaanse Republiek gezonden, waarin zij deze lidstaat verzocht haar opmerkingen te maken over deze verlenging, die in strijd kon zijn met de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18.

26 Aangezien de Commissie de antwoorden op deze aanmaningsbrief niet bevredigend achtte, heeft zij op 17 oktober 2014 een met redenen omkleed advies aan de Italiaanse Republiek gezonden.

27 Na de verzending van dit met redenen omkleed advies hebben de Commissie en de Italiaanse Republiek besprekingen gevoerd met het oog op een eventuele verkorting van de looptijd van de betrokken concessie en de eventuele organisatie van een openbare aanbesteding voor de werkzaamheden die in het kader van deze concessie moesten worden uitgevoerd.

28 Bij brief van 8 maart 2016 aan de Italiaanse Republiek heeft de Commissie deze lidstaat verzocht alle nodige maatregelen te nemen om te voldoen aan dit met redenen omkleed advies door de concessie op 31 oktober 2028 te beëindigen, zoals in de overeenkomst van 1999 was bepaald.

29 Aangezien de Commissie van mening was dat de Italiaanse Republiek niet de maatregelen had vastgesteld die nodig waren om te voldoen aan de uit richtlijn 2004/18 voortvloeiende verplichtingen en dat de gestelde inbreuk op de artikelen 2 en 58 van deze richtlijn niet was beëindigd, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

Beroep

Argumenten van partijen

Argumenten van de Commissie

30 Met haar beroep verwijt de Commissie de Italiaanse Republiek de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18 te hebben geschonden door bij de enkelvoudige overeenkomst van 2009 de concessie voor de autosnelweg A12 tussen Livorno en Civitavecchia – die volgens de overeenkomst van 1999 verstrijkt op 31 oktober 2028 – zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht met meer dan 18 jaar te hebben verlengd, namelijk tot 31 december 2046.

31 De Commissie merkt op dat het in casu gaat om een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18, aangezien de vergoeding van de concessiehouder wordt gewaarborgd door de exploitatie van de infrastructuur tot de verwezenlijking waarvan hij zich verbindt,

en de in artikel 56 van deze richtlijn vastgestelde drempel is overschreden, daar de waarde van deze concessieovereenkomst voor werken 66 631 366,93 EUR bedraagt. Volgens deze instelling had op grond van artikel 58, lid 1, van richtlijn 2004/18 een aankondiging van een opdracht moeten worden bekendgemaakt voor deze concessieovereenkomst voor werken. Geen enkele aankondiging is evenwel gepubliceerd, noch in 1969, toen de overeenkomst met betrekking tot de oorspronkelijke concessie is gesloten, noch in 1999, toen deze concessie tot 2028 is verlengd.

32 In het bijzonder betoogt de Commissie ten eerste, onder verwijzing naar het arrest van 7 september 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak), dat het uitstel van de einddatum van de betrokken concessieovereenkomst van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046 – die gelijkstaat aan de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst, aangezien dit uitstel leidt tot een aanzienlijke wijziging van een bestaande concessieovereenkomst voor werken – overeenkomstig artikel 58 van richtlijn 2004/18 had moeten worden bekendgemaakt en voorwerp had moeten zijn van een openbare aanbesteding. Voor een dergelijke wezenlijke wijziging diende namelijk een nieuwe openbare aanbesteding te worden georganiseerd, aangezien andere inschrijvers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben deelgenomen indien deze wijziging van tevoren bekend was. Wanneer geen openbare aanbesteding voor de gunning van de oorspronkelijke concessie is uitgeschreven, is het volgens het arrest van 5 april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak), nog meer vereist een aanbestedingsprocedure te organiseren in geval van een wezenlijke wijziging van deze concessie.

33 De Commissie voegt hieraan toe dat in het onderhavige geval de heronderhandeling over de duur van de betrokken concessie als zodanig het bewijs vormt dat de wijziging wezenlijk was, en dat de partijen hun wil tot wijziging van de wezenlijke voorwaarden van deze concessie duidelijk te kennen hebben gegeven in de zin van punt 37 van het arrest van 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182). Voorts benadrukt zij dat, aangezien de concessiehouder wordt vergoed door de exploitatie van de door hem aangelegde infrastructuur, een verlenging van de concessie met 18 jaar een verhoging van de vergoeding mogelijk maakt, hetgeen het economische evenwicht aanzienlijk in het voordeel van de concessiehouder wijzigt.

34 Ten tweede stelt de Commissie dat een wijziging van wezenlijke onderdelen van een concessie zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht – zoals het geval is voor de verlenging met 18 jaar van de betrokken concessie – een schending vormt van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2004/18. Onder verwijzing naar het arrest van 22 april 2010, Commissie/Spanje (C-423/07, EU:C:2010:211, punt 56), herinnert zij eraan – juist met betrekking tot een concessieovereenkomst voor werken inzake de aanleg en exploitatie van een autosnelweg – dat de verplichting tot bekendmaking, op grond waarvan de aanbestedende diensten hun voornemen tot gunning van deze concessie te kennen moeten geven, een door de Uniewetgever bevredigend geacht concurrentieniveau garandeert op het gebied van concessies voor openbare werken.

35 Met betrekking tot de argumenten van de Italiaanse Republiek betwist de Commissie in de eerste plaats de door deze lidstaat aangevoerde continuïteit tussen de concessieovereenkomst van 1969 en de enkelvoudige overeenkomst van 2009, op grond dat laatstgenoemde overeenkomst een autonome regeling vormt. Volgens de Commissie moeten de bepalingen van de enkelvoudige overeenkomst van 2009 niet worden uitgelegd in het licht van de concessieovereenkomst van 1969. De door deze enkelvoudige overeenkomst ingevoerde verlenging heeft betrekking op de „bestaande concessie” ten tijde van de sluiting van deze overeenkomst, namelijk de concessie die werd geregeld door de overeenkomst van 1999.

36 Bovendien moet, ook al is de oorspronkelijke concessie gesloten op een moment waarop het Unierecht niet in regels ter zake voorzag, een wijziging of herziening van deze oorspronkelijke concessie worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van het Unierecht die sindsdien in werking zijn getreden (arrest van 27 oktober 2005, Commissie/Italië, C-187/04 en C-188/04, niet gepubliceerd, EU:C:2005:652).

37 In de tweede plaats betwist de Commissie de relevantie van de vermeende moeilijkheden die het gevolg zouden zijn van de uitvoering van de oorspronkelijke concessie en van de verschillende wijzigingen van de nationale wetgeving en merkt zij op dat de eventuele noodzaak om grote bouwwerkzaamheden uit te voeren die niet door de overeenkomst van 1999 waren voorzien, ook de organisatie van een openbare aanbesteding met bekendmaking van een aankondiging van opdracht impliceert. Voorts is het niet logisch zich te beroepen op het bestaan van wezenlijke wijzigingen van de betrokken concessie, die het gevolg zijn van de toename van de te verrichten investeringen, een tariefverhoging van 51,42 % en de noodzaak om de looptijd van de concessie te verlengen, en tegelijkertijd te beweren dat het voorwerp van deze concessie sinds 1969 ongewijzigd is gebleven. Bovendien doet de bewering dat de in de oorspronkelijke concessie vastgestelde termijn van 30 jaar een „variabele" termijn was, die pas na de voltooiing van de werken ingaat, afbreuk aan het transparantiebeginsel en aan de nuttige werking van richtlijn 2004/18.

38 In de derde plaats gaat de Italiaanse Republiek volgens de Commissie voorbij aan de draagwijdte van het arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), doordat zij de in casu bestaande verplichting om een openbare aanbesteding uit te schrijven niet is nagekomen, op grond dat de nieuwe bepalingen van de enkelvoudige overeenkomst van 2009 beogen het evenwicht in de contractuele relatie te verzekeren in het licht van de oorspronkelijke concessie.

39 In de vierde plaats is de Commissie van mening dat het in casu niet nodig was het evenwicht van een synallagmatisch verband te verzekeren, aangezien de concessiehouder in het kader van een concessie wordt vergoed door de exploitatie van de infrastructuur en het aan de exploitatie verbonden risico op zich neemt, en het behoud van het contractuele evenwicht dit risico dus volledig zou wegnemen en het voorwerp van de concessieovereenkomst zou wijzigen. Aangaande het feit dat het ontbreken van een openbare aanbesteding ten tijde van het sluiten van de enkelvoudige overeenkomst van 2009 mogelijk kan worden gerechtvaardigd door de „noodzaak om het contractuele evenwicht te waarborgen", stelt de Commissie bovendien dat het door de Italiaanse Republiek aangehaalde arrest van 14 juli 2016, Promoimpresa e.a. (C-458/14 en C-67/15, EU:C:2016:558), in casu niet relevant is, aangezien dit arrest de mogelijkheid betreft om de uit het VWEU voortvloeiende beginselen van toepassing te maken op concessies die tot de inwerkingtreding van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende de gunning van concessieopdrachten (PB 2014, L 94, blz. 1) onder geen enkele richtlijn vielen, terwijl richtlijn 2004/18 van kracht was ten tijde van de sluiting van de enkelvoudige overeenkomst van 2009. Onder verwijzing naar het arrest van 4 juni 2009, Commissie/Griekenland (C-250/07, EU:C:2009:338, punt 38), benadrukt deze instelling dat richtlijn 2004/18 geen afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling bevat die gebaseerd zouden zijn op de vermeende noodzaak om „het contractuele evenwicht te waarborgen", maar dat zij voorziet in andere uitzonderingen op dit beginsel, die strikt moeten worden uitgelegd. Bovendien blijkt uit het arrest van 14 november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, punt 40), dat het rechtszekerheidsbeginsel niet kan worden ingeroepen om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.

Argumenten van de Italiaanse Republiek

40 De Italiaanse Republiek beschrijft in detail de chronologie van de relevante feiten. Zij legt met name uit dat SAT gedurende een periode van 13 jaar niet met de geplande werkzaamheden kon beginnen omdat wetgevingshandelingen voorzagen in de opschorting van de verlening van concessies voor de aanleg

van autosnelwegen en in de algemene opschorting van de aanleg van nieuwe autosnelwegen of gedeeltes van autosnelwegen, zodat SAT pas in 1982 toestemming kreeg om de werkzaamheden met betrekking tot de autosnelweg A12 uit te voeren, binnen de grenzen van de toegekende kredieten en op voorwaarde dat de overheidsparticipatie in het kapitaal van de concessiehouder werd gewijzigd. Deze lidstaat voegt hieraan toe dat ANAS en SAT in deze context het addendum van 1987 hebben ondertekend, waarin werd bevestigd dat de looptijd van de concessie was vastgesteld op 30 jaar vanaf de datum waarop de gehele autosnelweg voor het verkeer is opengesteld. Dankzij dit addendum kon dus het gedeelte van de autosnelweg tussen Livorno en Cecina worden aangelegd, dat slechts ongeveer 15 % van de totale lengte van de autosnelweg A12 uitmaakt.

41 De Italiaanse Republiek wijst erop dat de enkelvoudige overeenkomst van 2009 tot doel heeft de concessieovereenkomst van 1969 en de rechtshandelingen tot wijziging daarvan te vervangen, waarbij de in 2009 geldende contractuele clausules worden geactualiseerd en herzien en wordt voorzien in de volledige voltooiing van de autosnelweg A12.

42 Ten gronde voert de Italiaanse Republiek aan dat het beroep van de Commissie berust op een feitelijk onjuist uitgangspunt, aangezien deze instelling van mening is dat de overeenkomst van 1999 betrekking heeft op de werkzaamheden en de exploitatie van de autosnelweg A12 over de gehele lengte van deze autosnelweg tussen Livorno en Civitavecchia.

43 Artikel 23, lid 1, van de overeenkomst van 1999 heeft in feite de einddatum van de concessie alleen voor het gedeelte tussen Livorno en Cecina vastgesteld op 31 oktober 2028. Volgens artikel 2, lid 1, ervan heeft deze overeenkomst immers alleen betrekking op de exploitatie van dit gedeelte van 36,6 km, dat op 3 juli 1993 voor het verkeer was opengesteld, en niet op de exploitatie van de andere gedeelten van de autosnelweg A12, waarvan de voltooiingswerkzaamheden zijn opgeschort.

44 Wat het resterende gedeelte van de A12 betreft, is in artikel 2, lid 3, van de overeenkomst van 1999 duidelijk bepaald dat, wanneer aan de juridische en feitelijke voorwaarden voor de voortzetting van het bouwprogramma zou zijn voldaan, een bijzonder addendum zou worden ondertekend om het contractueel kader vast te stellen voor de aanleg en de exploitatie van de gedeelten die Cecina met Grosseto en Grosseto met Civitavecchia verbinden.

45 Volgens de Italiaanse Republiek is de enkelvoudige overeenkomst van 2009 gesloten op basis van laatstgenoemde bepaling, toen aan de voorwaarden voor de voltooiing van de gehele autosnelweg A12 was voldaan.

46 Naast dit feitelijk onjuist uitgangspunt voert de Italiaanse Republiek verschillende argumenten aan om aan te tonen dat het beroep van de Commissie ongegrond is.

47 In de eerste plaats stelt zij dat in casu niet is besloten tot een „verlenging” van de concessie met 18 jaar.

48 De Italiaanse Republiek stelt dat de „variabele” termijn van 30 jaar vanaf de „aanvang van de exploitatie van de gehele autosnelweg”, zoals gedefinieerd in artikel 7 van de concessieovereenkomst van 1969, niet is verstreken. Bovendien heeft de enkelvoudige overeenkomst van 2009 betrekking op werken die alle reeds in de oorspronkelijke concessie van 1969 waren voorzien en bevat zij slechts een noodzakelijke herziening van de bepalingen van de concessieovereenkomst van 1969, met het oog op de volledige voltooiing van de autosnelweg A12 en het waarborgen van het oorspronkelijke contractuele evenwicht.

49 De Italiaanse Republiek betoogt dat de enkelvoudige overeenkomst van 2009 de volledige concessie regelt met betrekking tot het ontwerp, de uitvoering en de exploitatie van alle werken die reeds in de eerdere overeenkomsten zijn toegekend. Zij stelt dat deze enkelvoudige overeenkomst voorziet in de voltooiing van de betrokken autosnelweg, in tegenstelling tot de overeenkomst van 1999, die slechts

een voorbehoudsclausule dienaangaande bevatte. Bovendien kan het arrest van 27 oktober 2005, Commissie/Italië (C-187/04 en C-188/04, niet gepubliceerd, EU:C:2005:652), in de onderhavige zaak niet worden toegepast, aangezien de zaak die tot dat arrest heeft geleid betrekking had op een nieuwe overeenkomst betreffende de uitvoering van nieuwe werken, terwijl de onderhavige zaak dezelfde werken betreft als die waarop de concessieovereenkomst van 1969 betrekking had.

50 Volgens de Italiaanse Republiek komt de Commissie ten onrechte tot de slotsom dat er in casu sprake is van een „wezenlijke wijziging van de bestaande concessie". Volgens deze lidstaat is het voorwerp van deze concessie immers niet gewijzigd ten opzichte van het oorspronkelijk vastgestelde voorwerp ervan en vloeit de sluiting van de enkelvoudige overeenkomst van 2009 voort uit de in 2006 bij wetgevings- en regelgevingsbesluiten ingevoerde verplichting om alle contractuele clausules van elke autosnelwegconcessie in één enkel rechtsinstrument op te nemen, dat een samenvatting, herziening en novatie van de vorige overeenkomsten vormt. Zij voert aan dat nieuwe bepalingen inzake autosnelwegconcessies zijn ingevoerd bij decreto-legge n. 262 – Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria (wetsbesluit nr. 262 houdende dringende bepalingen in fiscale en financiële aangelegenheden) van 3 oktober 2006 (GURI nr. 230 van 3 oktober 2006), met wijzigingen omgezet in wet bij legge n. 286 (wet nr. 286) van 24 november 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 277 van 28 november 2006), vervolgens gewijzigd bij artikel 1, lid 1030, van legge n. 296 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (finanziaria 2007) [wet nr. 296 – Bepalingen met betrekking tot de jaar- en meerjarenbegroting van de Staat (begrotingswet 2007)] van 27 december 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 299 van 27 december 2006).

51 Bijgevolg stelt de Italiaanse Republiek dat de Commissie zich ten onrechte beroept op de bepaling van de enkelvoudige overeenkomst van 2009, volgens welke de partijen „geen enkel recht, belang, vordering of vertrouwen" kunnen doen gelden op grond van handelingen of maatregelen die vóór de sluiting van deze overeenkomst zijn vastgesteld, om aan te tonen dat er geen sprake is van continuïteit met de oorspronkelijke concessie en dat geen rekening moet worden gehouden met de rechtsbetrekkingen van vóór 2009.

52 De Italiaanse Republiek merkt op dat de enkelvoudige overeenkomst van 2009 de concessiehouder geen ongerechtvaardigd en aanvullend voordeel verschaft. Zij voegt daaraan toe dat de tarieven voor de investeringsperiode werden opgetrokken tot een niveau waarboven het door de gebruikers betaalde tarief sociaal onaanvaardbaar zou worden en de betrokken infrastructuur zou moeten worden opgegeven. Bijgevolg verlangt het evenwicht van de concessieovereenkomst van 1969 dat het einde van de concessie wordt vastgesteld op 2046. Deze einddatum wordt ook verklaard door het feit dat het project niet tijdig kon worden uitgevoerd om redenen waarvoor de partijen niet verantwoordelijk zijn.

53 In de tweede plaats benadrukt de Italiaanse Republiek dat richtlijn 2004/18, gelet op de continuïteit van de contractuele verhouding die in 1969 is begonnen, in casu niet van toepassing is.

54 In de derde plaats is het uitstel van de einddatum van de betrokken concessie hoe dan ook gerechtvaardigd op grond van de beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, de naleving van de contractuele verplichtingen (pacta sunt servanda) en de rechtszekerheid. Volgens de Italiaanse Republiek vereisen deze beginselen een passende beoordeling van het economische belang van SAT, a fortiori in een situatie die aanvankelijk niet in strijd was met het Unierecht. Onder verwijzing naar het arrest van 14 juli 2016, Promoimpresa e.a. (C-458/14 en C-67/15, EU:C:2016:558, punten 71-73), voert zij aan dat afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling kunnen worden gerechtvaardigd door de noodzaak om het contractuele evenwicht, met name uit economisch oogpunt, te waarborgen. Voorts is de Italiaanse Republiek van mening dat de arresten van 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), en 5 april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), in casu niet van toepassing zijn aangezien zij betrekking hebben op andere omstandigheden dan die van de onderhavige zaak.

Beoordeling door het Hof

55 Met haar beroep verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat de Italiaanse Republiek de krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen doordat de enkelvoudige overeenkomst van 2009 de concessie voor de autosnelweg A12 zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht heeft verlengd van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046.

56 Er moet worden nagegaan of richtlijn 2004/18 van toepassing is op het onderhavige geding – hetgeen door de Italiaanse Republiek wordt betwist – en in voorkomend geval of voornoemde bepalingen van richtlijn 2004/18 zijn geschonden, zoals wordt beweerd.

Toepasselijkheid van richtlijn 2004/18

57 Volgens de Italiaanse Republiek kan richtlijn 2004/18 niet van toepassing zijn op de relatie tussen de concessiegever en de concessiehouder die voortvloeit uit de concessieovereenkomst die is gesloten in 1969, dat wil zeggen vóór de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof inzake overheidsopdrachten en de vaststelling van afgeleid Unierecht op dit gebied.

58 In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting zich ertegen verzetten dat de aanbestedende dienst en de concessiehouder na de gunning van een concessieovereenkomst voor openbare werken aan de bepalingen van hun concessieovereenkomst zodanige wijzigingen aanbrengen dat deze bepalingen kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst. Dit is het geval wanneer de voorgenomen wijzigingen tot gevolg hebben dat hetzij de concessieovereenkomst voor openbare werken in belangrijke mate wordt uitgebreid tot elementen die niet waren voorzien, hetzij het economisch evenwicht van deze overeenkomst in het voordeel van de concessiehouder wordt gewijzigd, hetzij deze wijzigingen de gunning van de concessieovereenkomst voor openbare werken ter discussie kunnen stellen, in die zin dat in het geval waarin deze wijzigingen waren opgenomen in de documenten die de procedure voor de oorspronkelijke gunning regelden, een andere inschrijving zou zijn gekozen of andere inschrijvers hadden kunnen worden toegelaten (zie in die zin arrest van 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 Een wezenlijke wijziging van een concessieovereenkomst voor openbare werken moet dus in beginsel leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde overeenkomst (zie in die zin arrest van 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 Daartoe moet worden opgemerkt dat volgens de rechtspraak van het Hof de ten tijde van deze wijziging geldende wetgeving van de Unie van toepassing is (zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Commissie/Nederland, C-576/10, EU:C:2013:510, punt 54). In dit opzicht is het feit dat de oorspronkelijke concessieovereenkomst is gesloten vóór de vaststelling van de Unievoorschriften ter zake dus niet van belang.

61 In de onderhavige zaak stelt de Commissie dat de enkelvoudige overeenkomst van 2009 wezenlijke wijzigingen bevat ten aanzien van de oorspronkelijke concessieovereenkomst voor openbare werken en dat het ontbreken van een aankondiging van opdracht voor de sluiting van deze enkelvoudige overeenkomst derhalve in strijd is met een aantal bepalingen van richtlijn 2004/18.

62 Aangezien tussen partijen vaststaat dat de betrokken concessieovereenkomst voor openbare werken en de enkelvoudige overeenkomst van 2009 binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2004/18 vallen, kunnen de wijzigingen die door deze enkelvoudige overeenkomst in de bestaande contractuele verhouding tussen ANAS en SAT zijn aangebracht, in beginsel dus aan de bepalingen van deze richtlijn worden getoetst.

Schending van richtlijn 2004/18

63 Volgens het verzoekschrift van de Commissie is de Italiaanse Republiek de krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18 op haar rustende verplichtingen niet nagekomen doordat de concessie voor de autosnelweg A12 tussen Livorno en Civitavecchia met 18 jaar is verlengd tot 31 december 2046, terwijl in de overeenkomst van 1999 de einddatum van deze concessie op 31 oktober 2028 was vastgesteld.

64 Dienaangaande zij erop gewezen dat de Commissie in haar memorie van repliek de enkelvoudige overeenkomst van 2009 weliswaar als een „autonome regeling" kwalificeert en aanvoert dat deze niet kan worden beschouwd als een loutere actualisering of herziening van een reeds bestaande concessie, maar dat zij niettemin van mening is dat de vaststelling in artikel 4, lid 1, van de enkelvoudige overeenkomst van 2009 van de einddatum van de betrokken concessie een „verlenging" vormt van de looptijd die eerder was vastgesteld door de overeenkomst van 1999, die derhalve in aanmerking moet worden genomen bij de uitlegging van de enkelvoudige overeenkomst van 2009.

65 Zoals de advocaat-generaal in punt 46 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft de Commissie niet de verenigbaarheid met het Unierecht betwist van de overeenkomst van 1999, maar enkel van de enkelvoudige overeenkomst van 2009.

66 Wat de wijzigingen in de contractuele relatie tussen ANAS en SAT betreft die bij de bepalingen van de overeenkomst van 1999 zijn aangebracht, betoogt de Italiaanse Republiek dat deze overeenkomst een onderscheid maakt tussen het gedeelte van de autosnelweg dat op de datum van sluiting van deze overeenkomst reeds voor het verkeer was opengesteld en de andere gedeelten van de autosnelweg A12, waarvan de aanleg op deze datum nog steeds noch van start was gegaan noch was voltooid.

67 Deze lidstaat stelt dat de overeenkomst van 1999 alleen de exploitatie regelde van het traject van 36,6 km tussen Livorno en Cecina, dat in 1993 voor het verkeer was opengesteld als onderdeel van de autosnelweg A12 tussen Livorno en Civitavecchia, en dat de vaststelling krachtens artikel 23, lid 1, van deze overeenkomst van het einde van de concessie op 31 oktober 2028 alleen betrekking had op dat traject.

68 Vastgesteld moet worden dat dit standpunt wordt ondersteund door de bewoordingen van artikel 2, lid 1, van de overeenkomst van 1999, waarin is bepaald dat deze overeenkomst „tussen de concessiegever en de concessiehouder de exploitatie regelt van het 36,6 km lange traject tussen Livorno en Cecina, dat op 3 juli 1993 voor het verkeer is opengesteld en een integraal deel uitmaakt van de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia, waarvan de concessie voor de aanleg en exploitatie aan SAT is verleend".

69 Dit standpunt wordt ook bevestigd door artikel 2, lid 3, van deze overeenkomst, waarin is bepaald dat „wanneer aan de juridische en feitelijke voorwaarden is voldaan voor de voortzetting van het bouwprogramma waarvoor de concessie is verleend, een bijzondere aanvullende rechtshandeling (addendum) zal worden vastgesteld om het contractueel kader vast te leggen voor de aanleg en exploitatie van de twee andere gedeelten van de autosnelweg: Cecina-Grosseto en Grosseto-Civitavecchia".

70 Bovendien moet hieraan worden toegevoegd dat het voor deze twee andere gedeelten onlogisch zou zijn om ervan uit te gaan dat de partijen bij de overeenkomst van 1999 voornemens waren de looptijd van de concessie, die bestaat uit, ten eerste, een niet-vastgestelde periode voor de aanleg en de inbedrijfstelling, waarvan de duur – op basis van de reeds opgedane ervaring – onzeker was als gevolg van de wetgevende maatregelen maar zeer lang kon zijn en, ten tweede, een vaste periode van 30 jaar voor de exploitatie van de betrokken autosnelweg, te vervangen door een vaste concessielooptijd van 29 jaar, waarvan de einddatum is vastgesteld op 31 oktober 2028 en die de perioden omvat die nodig zijn voor de aanleg en de ingebruikneming maar ook voor de exploitatie van de autosnelweg.

71 Vastgesteld moet worden dat de Commissie in haar memorie van repliek en ter terechtzitting geen kritiek heeft geformuleerd ten aanzien van de door de Italiaanse Republiek overgelegde elementen ten bewijze dat de in de enkelvoudige overeenkomst van 2009 vastgestelde verlenging niet alleen betrekking had op het gedeelte tussen Livorno en Cecina, maar ook op het gedeelte tussen Cecina en Grosseto en het gedeelte tussen Grosseto en Civitavecchia.

72 Bijgevolg moet het beroep van de Commissie worden verworpen voor zover het betrekking heeft op de gedeelten van de autosnelweg A12 tussen Cecina en Grosseto en tussen Grosseto en Civitavecchia, aangezien niet rechtens genoegzaam is aangetoond dat de concessieovereenkomst voor openbare werken met 18 jaar is verlengd voor deze gedeelten.

73 De Commissie betwist evenwel artikel 4, lid 1, van de enkelvoudige overeenkomst van 2009 in het licht van de bepalingen van richtlijn 2004/18, voor zover daarin 31 december 2046 als einddatum voor de concessie voor de gehele autosnelweg A12 – dus ook voor het gedeelte tussen Livorno en Cecina – is vastgesteld.

74 De einddatum van de concessie voor het laatstgenoemde gedeelte, dat op 3 juli 1993 voor het verkeer is opengesteld en dat afzonderlijk door de concessiehouder wordt beheerd, had dus overeenkomstig artikel 23, lid 1, van de overeenkomst van 1999 vastgesteld moeten blijven op 31 oktober 2028.

75 Vast staat dat de wijziging van de einddatum van de concessie – die bij de enkelvoudige overeenkomst van 2009 op 31 december 2046 is vastgesteld – SAT een aanzienlijke verlenging van de exploitatieduur van het gedeelte tussen Livorno en Cecina oplevert, en dat de vergoeding van deze concessiehouder aanzienlijk wordt verhoogd, aangezien hij zijn inkomsten haalt uit deze exploitatie.

76 Deze verlenging van de oorspronkelijke looptijd van deze concessie met 18 jaar en 2 maanden vormt derhalve op grond van de in punt 58 van dit arrest in herinnering gebrachte beginselen een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de bestaande concessie.

77 Bijgevolg is artikel 4, lid 1, van de enkelvoudige overeenkomst van 2009, voor zover hierbij de concessie voor het gedeelte van de autosnelweg A12 tussen Livorno en Cecina wordt verlengd van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046, in strijd met de verplichting van gelijke behandeling van artikel 2 van richtlijn 2004/18 en met de verplichting tot bekendmaking van een aankondiging van opdracht van artikel 58 van deze richtlijn.

78 Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door de argumenten van de Italiaanse Republiek. Ten eerste kunnen de argumenten betreffende de noodzaak om het economisch evenwicht van de oorspronkelijke concessieovereenkomst tussen de partijen in stand te houden, voor zover zij betrekking hebben op de gehele concessie, hoe dan ook niet worden aanvaard. Ten tweede kan, aangezien de einddatum van de concessie voor het gedeelte tussen Livorno en Cecina op grond van artikel 23, lid 1, van de overeenkomst van 1999 tussen de concessiegever en de concessiehouder was vastgesteld op 31 oktober 2028, niet worden aangevoerd dat het uitstel van deze einddatum voor dit gedeelte noodzakelijk was om de beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, de naleving van de contractuele verplichtingen (pacta sunt servanda) en de rechtszekerheid in acht te nemen.

79 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door de concessie voor het gedeelte van de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia tussen Livorno en Cecina te hebben verlengd van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046 zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18.

80 Het beroep wordt verworpen voor het overige.

Kosten

81 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd.

82 In casu hebben de Commissie en de Italiaanse Republiek beiden gevorderd de andere partij te verwijzen in de kosten.

83 Op grond van artikel 138, lid 3, van dat Reglement kan het Hof beslissen dat een partij naast in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen, indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt. Aangezien het beroep van de Commissie slechts is toegewezen voor zover het betrekking heeft op het gedeelte van de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia dat Livorno met Cecina verbindt, moet worden beslist dat de Commissie krachtens deze bepaling, naast haar eigen kosten, drie vierde van de kosten van de Italiaanse Republiek zal dragen en dat de Italiaanse Republiek één vierde van haar eigen kosten zal dragen.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart:

1) Door de concessie voor het gedeelte van de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia tussen Livorno en Cecina (Italië) te hebben verlengd van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046 zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) De Europese Commissie zal naast haar eigen kosten drie vierde van de kosten van de Italiaanse Republiek dragen. De Italiaanse Republiek zal één vierde van haar eigen kosten dragen.

ondertekeningen