Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

18. september 2019*

»Traktatbrud – artikel 258 TEUF – direktiv 2004/18/EF – samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter – koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder – forlængelse af en eksisterede koncession på anlæggelse og drift af en motorvej uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse«

I sag C-526/17,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF, anlagt den 4. september 2017,

Europa-Kommissionen ved G. Gattinara, P. Ondrůšek og A. Tokár, som befuldmægtigede,

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato V. Nunziata, E. De Bonis og P. Pucciariello,

sagsøgt,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, E. Regan, og dommerne C. Lycourgos, E. Juhász (refererende dommer), M. Ilešič og I. Jarukaitis,

generaladvokat: E. Sharpston,

justitssekretær: fuldmægtig R. Schiano,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 12. december 2018,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. marts 2019,

afsagt følgende

* Processprog: italiensk.

Dom

1 I stævningen har Europa-Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1422/2007 af 4. december 2007 (EUT 2007, L 317, s. 34) (herefter »direktiv 2004/18«), idet den forlængede koncessionen på A 12-motorvejen Livorno – Civitavecchia (Italien) fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046 uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse.

Retsforskrifter

2 Artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18 definerer offentlige bygge- og anlægskontrakter som »offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed«. I henhold til samme bestemmelse forstås ved »bygge- og anlægsarbejde« »resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion«.

3 Bilag I til direktivet med overskriften »Liste over de i artikel 1, stk. 2, litra b), omhandlede aktiviteter« omfatter anlæg af veje (klasse 45.23 i henhold til den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i De Europæiske Fællesskaber (NACE)), der som en klasse omfatter anlæggelse af motorveje.

4 Direktivets artikel 1, stk. 3, definerer en »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« som »en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

5 Artikel 2 i direktiv 2004/18 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

6 Artikel 56 bestemmer, at reglerne for koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder finder anvendelse på alle koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder, der indgås af de ordregivende myndigheder, når kontrakternes værdi er på 5 150 000 EUR.

7 Direktivets artikel 58 med overskriften »Offentliggørelse af bekendtgørelsen om koncession om offentlige bygge- og anlægsarbejder« bestemmer:

»1. Ordregivende myndigheder, der ønsker at anvende en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.

2. Bekendtgørelserne om koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder skal indeholde de oplysninger, der er nævnt i bilag VII C, og eventuelle andre oplysninger, som den ordregivende myndighed måtte finde hensigtsmæssige, i de standardformularer, der vedtages af Kommissionen efter proceduren i artikel 77, stk. 2.

3. Disse bekendtgørelser offentliggøres i overensstemmelse med artikel 36, stk. 2-8.

4. Artikel 37 om offentliggørelse af bekendtgørelser finder ligeledes anvendelse på koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder.«

8 I henhold til artikel 80, stk. 1, i direktiv 2004/18 sætter medlemsstaterne de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest 31. januar 2006.

Tvistens baggrund

1969-koncessionskontrakten

9 Den 23. oktober 1969 blev der indgået en kontrakt om koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder (herefter »1969-koncessionskontrakten«) mellem Azienda Nazionale Autonoma delle Strade SpA (»ANAS«), der er den ordregivende myndighed, som er ansvarlig for motorvejskoncessioner, og Società Autostrada Tirrenica SpA (»SAT«), der er en økonomisk aktør. I henhold til kontraktens artikel 1 er formålet med kontrakten anlæggelse og drift af motorvejen fra Livorno til Civitavecchia, der har en samlet længde på ca. 237 km.

10 Artikel 5 i 1969-koncessionskontrakten bestemmer bl.a. i stk. 1, at koncessionshaverens anlæggelse af strækningerne skal overholde de frister, der er fastsat i den generelle gennemførelsesplan for arbejderne, og i stk. 2, at koncessionshaveren har mulighed for at påbegynde anlæggelsen af strækninger uden imidlertid at være berettiget til den dertil svarende modydelse. I henhold til artikel 5, stk. 3, skal koncessionshaveren efter godkendelse af gennemførelsesprojekterne påbegynde arbejderne med anlæggelse af trancherne på de datoer, der er fastsat i den generelle gennemførelsesplan, og levere de fuldstændige bygge- og anlægsarbejder inden for de frister, der er fastsat i de særlige respektive udbudsbetingelser. I henhold til artikel 5, stk. 4, kan ANAS på begæring fra koncessionshaveren og af grunde, der ikke kan tilregnes denne, forlænge de frister, der er fastsat for fremlæggelse af hvert enkelt projekt, for såvel påbegyndelsen som afslutningen af arbejderne vedrørende projektet. Samme artikel 5 bestemmer i stk. 5, at i dette sidstnævnte tilfælde kan datoen for koncessionens udløb udsættes med en periode, der ikke overstiger den forlængelse, der blev givet i henhold til det foregående stykke, og i stk. 6, at styringen af arbejderne reguleres af bestemmelserne om statslige bygge- og anlægsarbejder og af de almindelige udbudsbetingelser.

11 Artikel 7 i 1969-koncessionskontrakten bestemmer, at koncessionen ophører 30 år efter det tidspunkt, hvor driften af hele motorvejen indledes. Perioden kan dog ikke overstige 30 år fra den dato, hvor de arbejder, der er beskrevet i den generelle gennemførelsesplan for de arbejder, der henvises til i den pågældende kontrakts artikel 5, stk. 1 og 2, er fuldendt, dog med forbehold af bestemmelserne i artikel 5, stk. 5 og 6.

12 Den koncession, der blev tildelt ved 1969-koncessionskontrakten, blev godkendt og trådte i kraft den 7. november 1969.

1987-tillægget

13 Den 14. oktober 1987 undertegnede ANAS og SAT et tillæg til 1969-koncessionskontrakten (herefter »1987-tillægget«).

14 Tillæggets artikel 14 bestemmer, at »[v]arigheden af nærværende koncession fastsættes til 30 år fra den dato, hvor hele motorvejen åbnes for trafik«.

1999-kontrakten

15 Den 7. oktober 1999 indgik ANAS og SAT en kontrakt (herefter »1999-kontrakten«), hvis artikel 2 har overskriften »Formål«.

16 I henhold til denne kontrakts artikel 2, stk. 1, finder kontrakten anvendelse mellem den koncessionsgivende myndighed og koncessionshaveren på driften af strækningen på 36,6 km mellem Livorno og Cecina, der blev åbnet for trafik den 3. juli 1993, og som udgør en integrerende del af A12-motorvejen Livorno – Civitavecchia, i henhold til den til SAT tildelte koncession på anlæggelsen og driften deraf.

17 I henhold til kontraktens artikel 2, stk. 2, overdrages koncessionshaveren de aktiviteter og opgaver, der er nødvendige for at drive denne motorvej i henhold til de vilkår og betingelser, der er fastsat i kontrakten samt i henhold til artikel 14 i legge nr. 531 – Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (lov nr. 531 om indførelse af en tiårs plan for større vejes rentabilitet og genoprettelsesforanstaltninger for sektoren for motorveje) af 12. august 1982 (GURI nr. 223 af 14.8.1982).

18 Samme kontrakts artikel 2, stk. 3, bestemmer, at »såfremt de retlige og faktiske betingelser for at fortsætte anlæggelsesprogrammet, som er genstand for en tildelt koncession, er opfyldt, skal der indgås en særlig supplerende retsakt (tillæg) med henblik på at fastlægge de kontraktmæssige rammer for anlæggelsen og driften af to yderligere strækninger: Cecina – Grosseto og Grosseto – Civitavecchia«.

19 1999-kontraktens artikel 23 med overskriften »Koncessionens varighed« bestemmer i stk. 1, at »koncessionen udløber den 31. oktober 2028«.

2009-enkeltkontrakten

20 Den 11. marts 2009 undertegnede ANAS og SAT en kontrakt (herefter »2009-enkeltkontrakten«), som i artikel 1, stk. 4, bestemmer, at »parterne er enige om, at de ikke har aktuel eller potentiel ret, interesse eller krav for så vidt angår [1999-kontrakten] eller enhver retsakt eller foranstaltning, der er vedtaget forud for indgåelsen af nærværende kontrakt«.

21 Kontraktens artikel 2 med overskriften »Formål« bestemmer i stk. 1, at »[n]ærværende kontrakt skal fuldt ud og udelukkende finde anvendelse på forholdet mellem den koncessionsgivende myndighed og koncessionshaveren for så vidt angår udformningen, anlæggelsen og driften af samtlige arbejder, der tidligere er blevet givet i koncessionen ved den kontrakt, der blev indgået med ANAS den 7. oktober 1999:

a) A 12 Livorno – Cecina (Rosignano), 36,6 km

(åben for trafik den 3.7.1993);

b) Cecina (Rosignano) – Grosseto, 110,5 km

c) Grosseto – Civitavecchia, 95,5 km

	i alt 242,6 km«.

22 Kontraktens artikel 4 med overskriften »Koncessionens varighed« bestemmer i stk. 1, at »[i]det der skal tages hensyn til de perioder, hvor udførelsen af arbejderne blev suspenderet, således som der henvises til i præamblen og artikel 143 i lovdekret nr. 163/2006, udløber koncessionen på fuldførelsen af motorvejen Cecina (Rosignano) – Civitavecchia den 31. december 2046. […]«

Den administrative procedure

23 I 2009 blev der indgivet en klage til Kommissionen vedrørende den forlængelse, der var fastsat i 2009-enkeltkontrakten, af løbetiden af koncessionen vedrørende A 12-motorvejen mellem Livorno og Civitavecchia fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046.

24 Kommissionen og de italienske myndigheder var i denne forbindelse i kontakt med hinanden, uden at dette førte til en løsning.

25 Efter flere resultatløse kontakter med de italienske myndigheder fremsendte Kommissionen den 22. april 2014 en åbningsskrivelse til Den Italienske Republik i henhold til artikel 258 TEUF med henblik på, at denne medlemsstat kunne fremsætte sine bemærkninger vedrørende denne forlængelse, som kunne udgøre en overtrædelse af artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18.

26 Eftersom Kommissionen ikke fandt svarene på denne åbningsskrivelse tilfredsstillende, fremsendte Kommissionen den 17. oktober 2014 Den Italienske Republik en begrundet udtalelse.

27 Efter fremsendelsen af denne begrundede udtalelse blev der afholdt nogle møder mellem Kommissionen og Den Italienske Republik, som vedrørte en mulig nedsættelse af løbetiden for den omhandlede koncession og en eventuel udbudsprocedure for de arbejder, der skulle foretages inden for rammerne af denne koncession.

28 Ved skrivelse fremsendt til Den Italienske Republik den 8. marts 2016 opfordrede Kommissionen denne medlemsstat til at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at efterkomme den pågældende begrundede udtalelse ved at bringe den pågældende koncession til ophør den 31. oktober 2028, således som fastsat i 1999-kontrakten.

29 Idet Kommissionen var af den opfattelse, at Den Italienske Republik ikke havde truffet de nødvendige foranstaltninger til at opfylde de forpligtelser, der udspringer af direktiv 2004/18, og at den angivelige overtrædelse af direktivets artikel 2 og 58 ikke var blevet bragt til ophør, har nævnte institution anlagt det nærværende søgsmål.

Om søgsmålet

Parternes argumenter

Kommissionens argumentation

30 Med sit søgsmål har Kommissionen foreholdt Den Italienske Republik, at den har tilsidesat artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18 som følge af forlængelsen uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til 2009-enkeltkontrakten med mere end 18 år, dvs. indtil den 31. december 2046, af løbetiden for koncessionen på A 12-motorvejen mellem Livorno og Civitavecchia, for hvilken udløbsdatoen i henhold til 1999-kontrakten var blevet fastsat til den 31. oktober 2028.

31 Kommissionen har anført, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en koncession om offentlige bygge- og anlægsarbejder som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18, eftersom koncessionshaverens vederlag sikres ved driften af den infrastruktur, som han forpligter sig til at anlægge, og eftersom koncessionens værdi er 66 631 366,93 EUR, er den tærskel, der er fastsat i dette direktivs artikel 56, overskredet. Institutionen har gjort gældende, at den pågældende koncession i henhold til artikel 58, stk. 1, i direktiv 2004/18 skulle have været genstand for en offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Der blev imidlertid hverken i 1969, da kontrakten vedrørende den oprindelige koncession blev indgået, eller i 1999, da koncessionen blev forlænget indtil 2028, offentliggjort nogen udbudsbekendtgørelse.

32 Særligt har Kommissionen, som har henvist til dom af 7. september 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis), gjort gældende for det første, at forlængelsen af den omhandlede koncessions løbetid fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046, som svarer til en tildeling af en ny koncession, for så vidt som den giver anledning til en væsentlig ændring af en eksisterende koncession på bygge- og anlægsarbejder, skulle have været genstand for en udbudsbekendtgørelse og en udbudsprocedure i henhold til artikel 58 i direktiv 2004/18. En sådan væsentlig ændring nødvendiggør nemlig, at en ny udbudsprocedure indledes, eftersom andre tilbudsgivere, såfremt denne ændring havde været kendt på forhånd, ville have kunnet deltage i udbudsproceduren. Endvidere følger det af dom af 5. april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis), at det forhold, at der ikke er blevet afholdt en udbudsprocedure ved tildelingen af den oprindelige koncession, så meget desto mere kræver, at der afholdes en udbudsprocedure i tilfælde af en væsentlig ændring af denne koncession.

33 Kommissionen har tilføjet, at i det foreliggende tilfælde udgør genforhandlingen af den omhandlede koncessions varighed i sig selv et bevis for, at ændringen er væsentlig, og at parterne klart har udtrykt ønske om at ændre koncessionens grundlæggende elementer som omhandlet i præmis 37 i dom af 13. april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182). Kommissionen har endvidere fremhævet, at en forlængelse af koncessionen med 18 år, for så vidt som koncessionshaveren modtager vederlag gennem driften af den infrastruktur, han har anlagt, muliggør en forøgelse af vederlaget, hvilket i betydelig grad ville ændre den økonomiske balance til fordel for koncessionshaveren.

34 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at en ændring af grundlæggende elementer ved en koncession uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse såsom forlængelsen med 18 år af den omhandlede koncession, udgør en tilsidesættelse af de principper om ligebehandling og gennemsigtighed, der er omhandlet i artikel 2 i direktiv 2004/18. Kommissionen har under henvisning til dom af 22. april 2010, Kommissionen mod Spanien (C-423/07, EU:C:2010:211, præmis 56), anført, at hvad netop angår en koncession på arbejder vedrørende anlæggelse og drift af en motorvej sikrer den forpligtelse til offentlighed, som pålægger ordregivende myndigheder at tilkendegive, at de agter at tildele en koncession, et konkurrenceniveau, som EU-lovgiver anser for tilfredsstillende på området for koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder.

35 Hvad angår Den Italienske Republiks argumenter har Kommissionen anfægtet for det første den kontinuitet, som denne medlemsstat har gjort gældende, mellem 1969-koncessionskontrakten og 2009-enkeltkontrakten med den begrundelse, at denne sidstnævnte udgør en selvstændig ordning. Ifølge Kommissionen skal bestemmelserne i 2009-enkeltkontrakten ikke fortolkes i lyset af 1969-koncessionskontrakten. Den forlængelse, der blev indført ved denne kontrakt, vedrørte »den eksisterende koncession« på tidspunktet for indgåelsen af den pågældende kontrakt, dvs. den koncession der blev reguleret af 1999-kontrakten.

36 Endvidere gælder, at selv om den oprindelige koncession er blevet tildelt på et tidspunkt, hvor EU-retten ikke fastsatte bestemmelser på området, skal en ændring eller revision af denne oprindelige koncession vurderes i lyset af de EU-retlige bestemmelser, der efterfølgende er trådt i kraft (dom af 27.10.2005, Kommissionen mod Italien, C-187/04 og C-188/04, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:652).

37 For det andet har Kommissionen anfægtet relevansen af de angivelige vanskeligheder ved gennemførelsen af den oprindelige koncession og diverse ændringer i den nationale lovgivning og har anført, at et eventuelt behov for at gennemføre betydelige anlægsarbejder, der ikke var fastsat i 1999-kontrakten, ligeledes forudsætter afholdelse af en udbudsprocedure efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Det ville endvidere ikke være konsekvent at gøre gældende, at der foreligger væsentlige ændringer ved den omhandlede koncession som følge af forøgelsen af de investeringer, der skal foretages, en afgiftsforøgelse på 51,42% og af behovet for at forlænge koncessionens løbetid, samtidigt med at det hævdes, at formålet med den pågældende koncession er forblevet uændret siden 1969. Endvidere er det hævdet, at den frist på 30 år, som var fastsat i den oprindelige koncession, var en »variabel« frist, der først skulle løbe efter arbejdernes færdiggørelse, hverken var i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet eller den effektive virkning af direktiv 2004/18.

38 For det tredje har Den Italienske Republik ifølge Kommissionen undladt at tage hensyn til rækkevidden af dom af 19. juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), ved at undlade at iagttage forpligtelsen i det foreliggende tilfælde til at iværksætte en udbudsprocedure med den begrundelse, at de nye bestemmelser i 2009-enkeltkontrakten tilsigter at skabe balance i kontraktforholdet på baggrund af den oprindelige koncession.

39 For det fjerde er Kommissionen af den opfattelse, at der ikke i det foreliggende tilfælde skal skabes et gensidighedsforhold, eftersom sikringen af den kontraktmæssige balance inden for rammerne af en koncession, hvor koncessionshaveren modtager vederlag for at drive infrastrukturen og for at påtage sig risikoen forbundet dermed, fuldstændigt ville fjerne denne risiko og fordreje koncessionskontraktens formål. Endvidere hvad angår den eventuelle berettigelse af den manglende udbudsprocedure i forbindelse med indgåelsen af 2009-enkeltkontrakten, der er begrundet i »behovet for at sikre den kontraktmæssige balance«, har Kommissionen gjort gældende, at dom af 14. juli 2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558), som Den Italienske Republik har påberåbt sig, ikke er relevant i det foreliggende tilfælde, henset til, at den vedrører muligheden for at undergive koncessioner, som indtil ikrafttrædelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1) ikke faldt ind under noget direktiv, de principper, der følger af EUF-traktaten, mens direktiv 2004/18 var gældende på tidspunktet for indgåelsen af 2009-enkeltkontrakten. Denne institution har under henvisning til dom af 4. juni 2009, Kommissionen mod Grækenland (C-250/07, EU:C:2009:338, præmis 38), fremhævet, at direktiv 2004/18 ikke indeholder undtagelser til ligebehandlingsprincippet, som er støttet på et angiveligt behov for at »sikre den kontraktmæssige ligevægt«, men at det fastsætter andre undtagelser til dette princip, der skal fortolkes indskrænkende. Det fremgår endvidere af dom af 14. november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, præmis 40), at retssikkerhedsprincippet ikke kan påberåbes for at give en kontrakt et mere omfattende indhold, som er i strid med ligebehandlingsprincippet og det princip om ikkeforskelsbehandling og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger deraf.

Den Italienske Republiks argumentation

40 Den Italienske Republik har detaljeret beskrevet det tidsmæssige forløb for de relevante faktiske omstændigheder. Den har bl.a. forklaret, at SAT i en periode på tretten år ikke kunne påbegynde de planlagte arbejder, idet en række lovgivningsmæssige retsakter foreskrev en suspension af tildeling af koncessioner på anlæggelse af nye motorveje og en generel suspension af anlæggelse af nye motorveje eller motorvejsstrækninger, således at det først var i løbet af 1982, at SAT fik godkendelse til at gennemføre arbejderne vedrørende A 12-motorvejen inden for rammerne af de tildelte bevillinger og på betingelse af, at den offentlige ejerandel i det selskab, der er indehaver af koncessionen, blev ændret. Denne medlemsstat har tilføjet, at det var i denne sammenhæng, at ANAS og SAT undertegnede 1987-tillægget, som bekræftede, at koncessionens løbetid var blevet fastsat til 30 år regnet fra tidspunktet for åbningen for trafik på hele motorvejsstrækningen. Dette tillæg tillod således en anlæggelse af strækningen mellem Cecina og Civitavecchia, som kun udgør ca. 15% af den samlede længde af A 12-motorvejen.

41 Den Italienske Republik har præciseret, at 2009-enkeltkontrakten har til formål at erstatte 1969-koncessionskontrakten samt de retsakter, der ændrede denne kontrakt, ved at opdatere og revidere de aftaleklausuler, der var gældende i 2009, og foreskrive en fuldstændig færdiggørelse af A12-motorvejen.

42 Hvad angår realiteten har Den Italienske Republik gjort gældende, at Kommissionens søgsmål er støttet på en fejlagtig faktuel forudsætning, for så vidt som institutionen er af den opfattelse, at 1999-kontrakten vedrører arbejderne på og driften af A12-motorvejen vedrørende hele dens længde mellem Livorno og Civitavecchia.

43 Artikel 23, stk. 1, i 1999-kontrakten fastsatte nemlig koncessionens udløbsdato til den 31. oktober 2028 udelukkende for så vidt angår strækningen mellem Livorno og Cecina. I henhold til kontraktens artikel 2, stk. 1, regulerer kontrakten udelukkende driften af denne strækning på 36,6 km, der blev åbnet for trafik den 3. juli 1993, og ikke driften af A 12-motorvejens øvrige strækninger med hensyn til hvilke, arbejderne blev udsat.

44 Hvad angår den resterende del af A 12-motorvejen fastsatte 1999-kontraktens artikel 2, stk. 3, klart, at såfremt de retlige og faktiske betingelser for at fortsætte anlæggelsesprogrammet er opfyldt, skal der indgås et særligt tillæg med henblik på at fastlægge de kontraktmæssige rammer for anlæggelsen og drift af strækningerne mellem Cecina og Grosseto og mellem Grosseto og Civitavecchia.

45 Ifølge Den italienske Republik blev 2009-enkeltkontrakten indgået på grundlag af denne sidstnævnte bestemmelse, da betingelserne for færdiggørelse af hele A 12-motorvejen var opfyldt.

46 Ud over at påberåbe sig en fejlagtig faktuel forudsætning har Den Italienske Republik fremført en række argumenter, der tilsigter at godtgøre, at Kommissionen søgsmål er ugrundet.

47 Den Italienske Republik har for det første gjort gældende, at der i det foreliggende tilfælde ikke er blevet besluttet nogen »forlængelse« af koncessionen med 18 år.

48 Den Italienske Republik har anført, at den »variabele løbetid« på 30 år regnet fra »det tidspunkt, hvor driften af hele motorvejen indledes«, der er defineret i artikel 7 i 1969-koncessionskontrakten, aldrig er blevet nået. Endvidere vedrører 2009-enkeltkontrakten arbejder, der allerede alle var fastsat i den oprindelige koncession af 1969, og omfattede kun en nødvendig revision af 1969-koncessionkontraktens bestemmelser med henblik på en fuldstændig fuldførelse af A 12-motorvejen med henblik på at sikre den oprindelige kontraktmæssige balance.

49 Den Italienske Republik har gjort gældende, at 2009-enkeltkontrakten regulerer den samlede koncession for så vidt angår udformningen, anlæggelsen og driften af samtlige arbejder, der var blevet tildelt i de tidligere kontrakter. Denne medlemsstat har præciseret, at 2009-enkeltkontrakten foreskrev færdiggørelse af den omhandlede motorvej i modsætning til 1999-kontrakten, som udelukkende indeholdt et forbehold i denne henseende. Endvidere kan dom af 27. oktober 2005, Kommissionen mod Italien (C-187/04 og C-188/04, ikke trykt i Sml., EU:C:2005:652), ikke overføres på det foreliggende tilfælde, eftersom der i den sag, der gav anledning til denne dom, var tale om en ny kontrakt vedrørende gennemførelse af nye arbejder, mens der i nærværende sag er tale om de samme arbejder som dem, der er omhandlet i 1969-koncessionskontrakten.

50 Ifølge Den Italienske Republik var det med urette, at Kommissionen fastslog, at der i det foreliggende tilfælde forelå en »væsentlig ændring af en eksisterede koncession«. Ifølge denne medlemsstat blev formålet med denne koncession nemlig ikke ændret i forhold til det oprindeligt fastsatte formål, og indgåelsen af 2009-enkeltkontrakten fulgte af en forpligtelse, der blev indført ved lovgivningsmæssige retsakter i 2006 med henblik på at indføre alle kontraktklausulerne for hver enkelt motorvejskoncession i et enkelt juridisk dokument, som sammenfatter, reviderer og udgør en fornyelse af de tidligere kontrakter. Den Italienske Republik har præciseret, at decreto-legge n. 262 –

Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria (lovdekret nr. 262 om hastebestemmelser på skatte- og finansområdet) af 3. oktober 2006 (GURI nr. 230 af 3.10.2006) ophøjet til lov, med ændringer, ved legge n. 286 (lov nr. 286) af 24. november 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 277 af 28.11.2006), siden ændret ved artikel 1, stk. 1030, i legge n. 296 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (finanziaria 2007) (lov nr. 296 om bestemmelser vedrørende statens årlige og flerårige budget (finansloven af 2007)) af 27.december 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 299 af 27.12.2006), som fastsatte nye bestemmelser på området for motorvejskoncessioner.

51 Følgelig har Den Italienske Republik gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt har påberåbt sig bestemmelsen i 2009-enkeltkontrakten i henhold til hvilken, parterne ikke kan påberåbe sig »nogen ret, noget krav, nogen interesse eller forventning« på grundlag af retsakter eller foranstaltninger, der lå forud for kontraktens indgåelse, med henblik på at godtgøre, at der ikke foreligger nogen kontinuitet med den oprindelige koncession, og den omstændighed, at der ikke skal tages hensyn til retsforhold før 2009.

52 Den Italienske Republik har anført, at 2009-enkeltkontrakten ikke indrømmer koncessionshaveren nogen uberettiget og yderligere fordel. Den har tilføjet, at de priser, der er fastsat for perioden for gennemførelsen af investeringerne, er blevet bragt på et niveau, over hvilket den pris, der skal betales af brugerne, ville være socialt uholdbar, og at den pågældende infrastruktur ville skulle opgives. Følgelig kræver den balance, der er foreskrevet i 1969-koncessionen, at ophøret for koncessionen fastsættes til 2046, hvilket også forklares af den brist, der ikke kunne tilregnes parterne, med hensyn til projektets rettidige gennemførelse.

53 For det andet har Den Italienske Republik anført, at direktiv 2004/18 på baggrund af den kontinuitet i det kontraktforhold, der blev indledt i 1969, ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

54 For det tredje og under alle omstændigheder er udskydelsen af den omhandlede koncessions ophør begrundet i princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, princippet om overholdelse af kontraktlige forpligtelser (pacta sunt servanda) og retssikkerhedsprincippet. Den italienske Republik har gjort gældende, at der i henhold til disse principper skal foretages en behørig bedømmelse af SAT's økonomiske interesse og det så meget desto mere i en situation, som ikke oprindeligt var i strid med EU-retten. Den Italienske Republik har under henvisning til dom af 14. juli 2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 71-73), gjort gældende, at undtagelserne til ligebehandlingsprincippet kan begrundes i behovet for at sikre den kontraktmæssige balance, bl.a. ud fra et økonomisk synspunkt. Endvidere er Den Italienske Republik af den opfattelse, at dom af 13. april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), og af 5. april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), for så vidt som de vedrører omstændigheder, der er forskellige fra omstændighederne i nærværende sag, ikke kan overføres på det foreliggende tilfælde.

Domstolens bemærkninger

55 Kommissionen har med søgsmålet nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18 som følge af, at 2009-enkeltkontrakten forlængede koncessionen på A12 fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046 uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

56 Der skal foretages en undersøgelse af, om direktiv 2004/18 kan anvendes på nærværende tvist, hvilket er bestridt af Den Italienske Republik, og dernæst af den påståede tilsidesættelse af bestemmelserne i direktiv 2004/18.

Spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2004/18 finder anvendelse

57 Ifølge Den Italienske Republik kan direktiv 2004/18 ikke anvendes på forholdet mellem koncessionsgiveren og koncessionshaveren i henhold til den koncessionskontrakt, der blev indgået i 1969, dvs. inden Domstolen udviklede sin praksis på området for offentlige udbud, og inden vedtagelsen af afledte EU-retsakter på området.

58 I denne forbindelse bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er til hinder for, at den ordregivende myndighed, der giver koncessionen, og koncessionshaveren efter tildelingen af en kontrakt om koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder foretager ændringer i bestemmelserne i deres koncessionskontrakt, således at disse bestemmelser bliver afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt. Dette er tilfældet, når de påtænkte ændringer enten udvider koncessionen på offentlige bygge- og anlægsarbejder i betydeligt omfang til at omfatte elementer, der ikke var fastsat heri, eller ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for koncessionshaveren, eller hvis disse ændringer kan rejse tvivl om tildelingen af koncessionskontrakten om offentlige arbejder forstået på den måde, at såfremt de nævnte ændringer havde været indeholdt i det materiale, der lå til grund for indgåelsen af den oprindelige kontrakt, ville et andet tilbud kunne være blevet antaget, eller andre tilbudsgivere ville have kunnet deltaget (jf. i denne retning dom af 7.9.2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 28 og den deri nævne retspraksis).

59 En væsentlig ændring af en kontrakt om koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder skal således i princippet give anledning til en ny udbudsprocedure vedrørende den således ændrede kontrakt (jf. i denne retning dom af 7.9.2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

60 Det skal herved præciseres, at det følger af Domstolens praksis, at den EU-lovgivning, der skal anvendes, er den, der er gældende på tidspunktet for ændringen (jf. i denne retning dom af 11.7.2013, Kommissionen mod Nederlandene, C-576/10, EU:C:2013:510, præmis 54). I denne forbindelse har den omstændighed, at indgåelsen af den oprindelige koncessionskontrakt ligger forud for vedtagelsen af EU-reglerne på området, således ingen betydning.

61 I denne sag har Kommissionen hævdet, at 2009-enkeltkontrakten indeholder væsentlige ændringer i forhold til den pågældende oprindelige koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder, og at det forhold, at der ikke foreligger udbudsbekendtgørelse med henblik på indgåelse af denne enkeltkontrakt, udgør en tilsidesættelse af visse bestemmelser i direktiv 2004/18.

62 Følgelig, og henset til, at det er ubestridt mellem parterne, at den omhandlede koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder og 2009-enkeltkontrakten falder ind under det materielle anvendelsesområde for direktiv 2004/18, kan de ændringer, der blev foretaget ved denne kontrakt til det eksisterende kontraktforhold mellem ANAS og SAT, i princippet bedømmes på baggrund af dette direktivs bestemmelser.

Den påståede tilsidesættelse af direktiv 2004/18

63 Ifølge Kommissionens stævning har Den Italienske Republik tilsidesat sine forpligtelser i henhold artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18 med den begrundelse, at koncessionen på A 12-motorvejen mellem Livorno og Civitavecchia blev forlænget med 18 år indtil den 31. december 2046, mens 1999-kontrakten fastsatte koncessionens udløb til den 31. oktober 2028.

64 I denne forbindelse bemærkes, at selv om Kommissionen i replikken har kvalificeret 2009-enkeltkontrakten som en »selvstændig ordning« og anført, at denne ikke kan anses for en ren opdatering eller revision af en allerede eksisterende koncession, forholder det sig ikke desto mindre

således, at Kommissionen er af den opfattelse, at fastsættelsen i 2009-enkeltkontraktens artikel 4, stk. 1, af den omhandlede koncessions udløb udgør en »forlængelse« af den forudgående i 1999-kontrakten fastsatte løbetid, som altså er nødvendig ved fortolkningen af 2009-enkeltkontrakten.

65 Som anført af generaladvokaten i punkt 46 i forslaget til afgørelse, havde Kommissionen ikke anført, at 1999-kontrakten er uforenelig med EU-retten, men udelukkende, at 2009-enkeltkontrakten er uforenelig med denne ret.

66 Hvad angår ændringerne til det eksisterende kontraktforhold mellem ANAS og SAT ved bestemmelserne i 1999-kontrakten har Den Italienske Republik gjort gældende, at denne kontrakt indfører en sondring mellem den motorvejsstrækning, der allerede var åben for trafik på tidspunktet for indgåelsen af den pågældende kontrakt, og de øvrige strækninger på A 12-motorvejen, hvoraf anlæggelsen på dette tidspunkt hverken var påbegyndt eller færdiggjort.

67 Medlemsstaten har gjort gældende, at 1999-kontrakten kun regulerede driften af strækningen på 36,6 km mellem Livorno og Cecina, der blev åbnet for trafik i 1993 som en del af A 12-motorvejen mellem Livorno og Civitavecchia, og at fastsættelsen af koncessionens løbetid til den 31. oktober 2028 i henhold til denne kontrakts artikel 23, stk. 1, kun vedrørte en del af denne strækning.

68 Det skal konstateres, at dette standpunkt understøttes af ordlyden af 1999-kontraktens artikel 2, stk. 1, som bestemmer, at kontrakten »finder anvendelse mellem den koncessionsgivende myndighed og koncessionshaveren på driften af strækningen på 36,6 km mellem Livorno og Cecina, der blev åbnet for trafik den 3. juli 1993, og som udgør en integrerende del af A12-motorvejen Livorno – Civitavecchia, i henhold til den til SAT tildelte koncession på anlæggelsen og driften deraf«.

69 Det pågældende standpunkt bekræftes ligeledes af kontraktens artikel 2, stk. 3, som bestemmer, at »såfremt de retlige og faktiske betingelser for at fortsætte anlæggelsesprogrammet, som er genstand for en tildelt koncession, er opfyldt, skal der indgås en særlig yderligere aftale (tillæg) med henblik på at fastlægge de kontraktmæssige rammer for anlæggelsen og driften af to yderligere strækninger: Cecina – Grosseto og Grosseto – Civitavecchia«.

70 Det skal endvidere tilføjes, at for så vidt angår disse to andre strækninger ville det være ulogisk at antage, at parterne i 1999-kontrakten havde til hensigt at ændre koncessionens løbetid, som bestod dels af en tidsubegrænset periode for anlæggelsen og ibrugtagningen, hvis løbetid i henhold til de allerede indvundne erfaringer som følge af de lovgivningsmæssige indgreb var usikker, men kunne være meget lang, dels en periode fastsat til 30 år for driften af den omhandlede motorvej, til en fast løbetid for koncessionen på 29 år, hvis udløbsdato blev fastsat til den 31. oktober 2028, og som omfattede de perioder, som var nødvendige for såvel anlæggelsen og ibrugtagningen som for driften.

71 Det skal konstateres, at Kommissionen ikke i sin replik eller i retsmødet har rejst tvivl om de oplysninger, som Den Italienske Republik har fremlagt med henblik på at godtgøre, at ikke kun strækningen mellem Livorno og Cecina, men ligeledes strækningen mellem Cecina og Grosseto og mellem Grosseto og Civitavecchia, var berørt af den forlængelse, der blev fastsat i 2009-enkeltkontrakten.

72 Følgelig skal Kommissionens søgsmål forkastes, for så vidt som det vedrører A 12-motorvejens strækning mellem Cecina og Grosseto og mellem Grosseto og Civitavecchia, idet Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at koncessionen på offentlige bygge- og anlægsarbejder var blevet forlænget med 18 år for disse strækninger.

73 Kommissionen har imidlertid på baggrund af bestemmelserne i direktiv 2004/18 anfægtet 2009-enkeltkontrakten artikel 4, stk. 1, for så vidt som den fastsatte udløbsdatoen for koncessionen for hele A 12-motorvejen og således ligeledes for strækningen mellem Livorno og Cecina til 31. december 2046.

74 Koncessionens udløbsdato for så vidt angår denne sidstnævnte strækning, der blev åbnet for trafik den 3. juli 1993, og som indebærer en særskilt forvaltning fra koncessionshaverens side, skulle derfor i overensstemmelse med 1999-kontraktens artikel 23, stk. 1, fortsat have været fastsat til den 31. oktober 2028.

75 Det er ubestridt, at ændringen af koncessionens løbetid som i henhold til 2009-enkeltkontrakten blev forlænget til den 31. december 2046, giver SAT et yderligere betydeligt tidsrum til at sikre driften af strækningen mellem Livorno og Cecina, og at den, for så vidt som denne koncessionshaver modtager vederlag gennem denne drift, forøger vederlaget betydeligt.

76 Denne forlængelse med 18 år og 2 måneder af koncessionens oprindelige løbetid udgør i medfør af de principper, der er nævnt i denne doms præmis 58, følgelig en væsentlig ændring af den eksisterende koncession.

77 2009-enkeltkontrakten artikel 4, stk. 1, er derfor, for så vidt som den forlænger koncessionen på strækningen på A12-motorvejen mellem Livorno og Cecina fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046, i strid med ligebehandlingsforpligtelsen i artikel 2 i direktiv 2004/18 og forpligtelsen i direktivets artikel 58 til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse.

78 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl af de argumenter, som Den Italienske Republik har fremført. For det første kan argumenterne vedrørende behovet for at opretholde den økonomiske balance i parternes oprindelige koncessionskontrakt, for så vidt som de vedrører koncessionen samlet set, under alle omstændigheder ikke tiltrædes. For det andet kan det, henset til, at 1999-kontrakten, der blev indgået mellem koncessionsgiveren og koncessionshaveren for strækningen mellem Livorno og Cecina, i kontraktens artikel 23, stk. 1, fastsatte koncessionens udløbsdato til den 31. oktober 2028, ikke hævdes, at forlængelsen af den pågældende løbetid for denne strækning var nødvendig for at overholde princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, princippet om overholdelse af kontraktlige forpligtelser (pacta sunt servanda) og retssikkerhedsprincippet.

79 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det konstateres, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18, idet den forlængede koncessionen på A12-motorvejsstrækningen (Livorno – Civitavecchia) mellem Livorno og Cecina fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046 uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse.

80 I øvrigt frifindes Den Italienske Republik.

Sagsomkostninger

81 Ifølge Rettens procesreglements artikel 138, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

82 I den foreliggende sag har Kommissionen og Den Italienske Republik begge nedlagt påstand om, at den anden part i sagen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

83 Det nævnte procesreglements artikel 138, stk. 3, bestemmer, at Domstolen, hvis dette efter omstændighederne findes begrundet, kan beslutte, at en part, ud over at bære sine egne omkostninger, skal betale en del af modpartens omkostninger. Da Kommissionen i den foreliggende sag kun har fået medhold i sit søgsmål for så vidt angår strækningen af A 12-motorvejen (Livorno og Civitavecchia) mellem Livorno og Cecina, bestemmes det i medfør af denne bestemmelse, at Kommissionen ud over at bære sine egne omkostninger skal betale tre fjerdedele af Den Italienske Republiks omkostninger, og at denne sidstnævnte bærer en fjerdedel af sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Femte Afdeling):

1) **Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1422/2007 af 4. december 2007, idet den forlængede koncessionen på A12-motorvejsstrækningen (Livorno – Civitavecchia) mellem Livorno og Cecina (Italien) fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046 uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse.**

2) **I øvrigt frifindes Den Italienske Republik.**

3) **Europa-Kommissionen skal ud over at bære sine egne omkostninger betale tre fjerdedele af Den Italienske Republiks omkostninger. Den Italienske Republik bærer en fjerdedel af sine egne omkostninger.**

Underskrifter