Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 18 september 2019*

”Fördragsbrott – Artikel 258 FEUF – Direktiv 2004/18/EG – Samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster – Koncessioner avseende byggentreprenader – Förlängning av en befintlig koncession för byggande och drift av en motorväg, utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling”

I mål C-526/17,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 4 september 2017,

Europeiska kommissionen, företrädd av G. Gattinara, P. Ondrůšek och A. Tokár, samtliga i egenskap av ombud,

sökande,

mot

Republiken Italien, företrädd av ombudet G. Palmieri, biträdd av V. Nunziata, E. De Bonis och P. Pucciariello, avvocati dello Stato,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan samt domarna C. Lycourgos, E. Juhász (referent), M. Ilešič och I. Jarukaitis,

generaladvokat: E. Sharpston,

justitiesekreterare: handläggaren R. Schiano,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 12 december 2018,

och efter att den 21 mars 2019 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

* Rättegångsspråk: italienska.

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1422/2007 av den 4 december 2007 (EUT L 317, 2007, s. 34) (nedan kallad direktiv 2004/18), genom att förlänga giltighetstiden för kontraktet avseende koncessionen för motorväg A 12 mellan Livorno och Civitavecchia till att gälla perioden 31 oktober 2028–31 december 2046 utan att offentliggöra något meddelande om upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

2 I artikel 1.2 b i direktiv 2004/18 definieras ”offentliga byggentreprenadkontrakt” som ”offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”. Med byggentreprenad avses ”ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion”.

3 I bilaga I till detta direktiv, som har rubriken ”Förteckning över verksamheter som omfattas av artikel 1.2 b”, anges anläggning av bland annat vägar [klass 45.23, enligt den allmänna näringsgrensindelningen inom Europeiska gemenskapen (NACE-nomenklaturen)], en klass som omfattar bland annat anläggning av motorvägar.

4 I artikel 1.3 definieras ”byggkoncession” som ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.

5 I artikel 2 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, anges följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

6 Enligt artikel 56 ska reglerna om koncessioner avseende byggentreprenader tillämpas på alla koncessionsavtal avseende byggentreprenader som en upphandlande myndighet ingår om upphandlingskontrakten har ett värde på minst 5 150 000 euro.

7 I artikel 58 i direktivet, med rubriken ”Offentliggörande av meddelande om koncessioner avseende byggentreprenader”, föreskrivs följande:

”1. En upphandlande myndighet som önskar tilldela en koncession avseende byggentreprenader skall informera om detta genom ett meddelande.

2. Meddelanden om koncessioner avseende byggentreprenader skall innehålla de upplysningar som anges i bilaga VII C och i förekommande fall varje annan upplysning som den upphandlande myndigheten anser vara till nytta i överensstämmelse med de standardformulär som kommissionen antagit i enlighet med förfarandet i artikel 77.2.

3. Meddelandena skall offentliggöras enligt bestämmelserna i artikel 36.2–36.8.

4. Artikel 37 om offentliggörande av meddelanden skall också tillämpas för koncessioner avseende byggentreprenader.”

8 Enligt artikel 80.1 i direktiv 2004/18 skulle medlemsstaterna senast den 31 januari 2006 ha genomfört direktivet genom att anta de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet.

Bakgrund till tvisten

1969 års koncessionsavtal

9 Den 23 oktober 1969 ingicks ett avtal om byggkoncession (nedan kallat 1969 års koncessionsavtal) mellan Nazionale Autonoma delle Strade SpA (ANAS), som är den upphandlande myndigheten för motorvägskoncessioner, och den ekonomiska aktören Società Autostrade Tirrenica SpA (SAT). I artikel 1 i avtalet föreskrivs att avtalet syftar till att bygga och driva en motorväg mellan Livorno och Civitavecchia, med en total längd på cirka 237 km.

10 I artikel 5 i 1969 års koncessionsavtal föreskrivs bland annat, i punkt 1, att koncessionshavaren vid byggandet av sträckorna ska iaktta de tidsfrister som fastställs i den allmänna planen för genomförande av arbetena. I artikel 5.2 i nämnda avtal föreskrivs att koncessionshavaren har rätt att tidigarelägga byggandet av sträckorna dock utan att har rätt till motsvarande ersättning i förtid. Enligt artikel 5.3 i avtalet ska koncessionshavaren, efter godkännande av projekten, inleda arbetet med att bygga sträckorna de datum som har fastställts i den allmänna planen för arbetenas utförande och leverera de fullständiga byggnadsarbetena inom de tidsfrister som anges i dessa särskilda specifikationer. ANAS kan, med stöd av artikel 5.4 i nämnda avtal, på begäran av koncessionshavaren och av skäl som inte kan tillskrivas denne, förlänga de frister som fastställts för varje projekt, både med avseende på den tidpunkt då projektet ska påbörjas och när det ska vara färdigställt. I artikel 5.5 i samma avtal föreskrivs att i det sistnämnda fallet kan koncessionen förlängas med en period som inte överstiger den förlängning som anges i föregående punkt. I artikel 5.6 i avtalet anges att styrningen av projektet regleras av bestämmelserna om statliga byggnationer och av förfrågningsunderlaget.

11 I artikel 7 i 1969 års koncessionsavtal föreskrivs att koncessionen löper ut vid utgången av det trettionde året efter det att hela motorvägen har tagits i bruk. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 5.5 och 5.6 i avtalet får dock inte tidsgränsen överskrida 30 år från den dag då de anläggningsarbeten som beskrivs i den allmänna genomförandeplan för byggentreprenaden som det hänvisas till i artikel 5.1 och 5.2 i avtalet slutfördes.

12 Den koncession som tilldelades genom 1969 års koncessionsavtal godkändes och avtalet trädde i kraft den 7 november 1969.

1987 års tilläggsavtal

13 ANAS och SAT undertecknade den 14 oktober 1987 ett tilläggsavtal till 1969 års koncessionsavtal (nedan kallat 1987 års tilläggsavtal).

14 I artikel 14 i detta tilläggsavtal föreskrivs att ”denna koncession ska gälla i 30 år från och med den dag då hela motorvägen är öppen för trafik”.

1999 års avtal

15 ANAS och SAT ingick den 7 oktober 1999 ett avtal (nedan kallat 1999 års avtal), vars artikel 2 har rubriken ”Syfte”.

16 I artikel 2.1 i detta avtal föreskrivs att avtalet reglerar förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och koncessionshavaren avseende driften av sträckan på 36,6 km mellan Livorno och Cecina, som öppnades för trafik den 3 juli 1993 och som är en del av motorväg A 12 mellan Livorno och Civitavecchia, och för vilken SAT har tilldelats bygg- och driftskoncessionen.

17 Koncessionshavaren tilldelas i enlighet med artikel 2.2 i avtalet den verksamhet och de uppgifter som är nödvändiga för driften av denna motorväg enligt de föreskrifter och villkor som regleras i artikel 14 i legge n. 531 – Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (lag nr 531 om upprättande av en tioårig plan för stora kommunikationsvägars farbarhet och åtgärder för omstrukturering av motorvägssektorn), av den 12 augusti 1982 (GURI nr 223, av den 14 augusti 1982).

18 I artikel 2.3 i samma avtal föreskrivs vidare att ”när de rättsliga och faktiska villkoren är uppfyllda för att fortsätta de byggentreprenader avseende vilka koncessionen har tilldelats, ska ytterligare ett avtal (tilläggsavtal) ingås i syfte att upprätta de avtalsmässiga ramarna för byggandet och driften av två ytterligare sträckor: Cecina–Grosseto och Grosseto–Civitavecchia”.

19 I artikel 23 i 1999 års avtal, som har rubriken ”Koncessionens giltighetstid”, föreskrivs i punkt 1 att ”koncessionsavtalet upphör att gälla den 31 oktober 2028”.

2009 års ersättande avtal

20 ANAS och SAT undertecknade den 11 mars 2009 ett förslag till avtal (nedan kallat det 2009 års ersättande avtal), i vilket det i artikel 1.4 föreskrivs att ”parterna är överens om att de varken nu eller i framtiden har några rättigheter, intressen eller anspråk som de kan göra gällande med stöd av [1999 års avtal] eller annat avtal eller åtgärd som vidtagits före ingåendet av detta avtal”.

21 I artikel 2.1 i avtalet, som har rubriken ”Syfte”, föreskrivs att ”[d] etta är det enda avtal som till fullo och uteslutande ska reglera förhållandet mellan upphandlande myndighet och koncessionshavaren för utformningen, konstruktionen och driften av alla de arbeten som tidigare tilldelats genom kontrakt som ingåtts med ANAS den 7 oktober 1999:

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

(öppnad för trafik den 3 juli 1993);

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

c) Grosseto-Civitavecchia, 95,5 km,

	Totalt: 242,6 km”.

22 I artikel 4 i avtalet, som har rubriken ”Koncessionens giltighetstid”, föreskrivs i punkt 1 att ”slutdatum för koncessionen, avseende färdigställandet av motorvägen Cecina (Rosignano)–Civitavecchia, ska med beaktande av de perioder under vilka arbetena suspenderades, enligt vad som anges i inledningen till och i artikel 143 i lagstiftningsdekret nr 163 från år 2006, fastställas till den 31 december 2046. …”

Överträdelseförfarandet

23 Under år 2009 mottog kommissionen ett klagomål angående förlängningen av koncessionsavtalet avseende motorväg A 12 mellan Livorno och Civitavecchia från den 31 oktober 2028 till den 31 december 2046, enligt 2009 års ersättande avtal.

24 Med anledning av detta hade kommissionen och de italienska myndigheterna kontakt flera gånger, utan att för den skull finna en lösning.

25 Efter flera resultatlösa kontakter med de italienska myndigheterna sände kommissionen den 22 april 2014 en formell underrättelse till Republiken Italien med stöd av artikel 258 FEUF, och anmodade medlemsstaten att yttra sig över denna förlängning, vilken skulle kunna utgöra en överträdelse av artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18.

26 Eftersom kommissionen inte ansåg att de svar som lämnades var tillfredsställande, skickades ett motiverat yttrande till Republiken Italien den 17 oktober 2014.

27 Efter det att det motiverade yttrandet hade skickats ägde diskussioner rum mellan kommissionen och Republiken Italien angående en eventuell förkortning av den aktuella koncessionens löptid och en eventuell anbudsinfordran i fråga om de arbeten som skulle utföras inom ramen för koncessionen.

28 Genom en skrivelse av den 8 mars 2016 till Republiken Italien uppmanade kommissionen denna medlemsstat att vidta alla nödvändiga åtgärder för att följa det motiverade yttrandet så att koncessionen kunde avslutas den 31 oktober 2028, såsom hade föreskrivits i 1999 års avtal.

29 Eftersom kommissionen ansåg att Republiken Italien inte hade vidtagit nödvändiga åtgärder för att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18 och att det påstådda åsidosättandet av artiklarna 2 och 58 i direktivet inte hade upphört, väckte kommissionen den nu aktuella talan.

Prövning av talan

Parternas argument

Kommissionens argument

30 Kommissionen har gjort gällande att Republiken Italien har åsidosatt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18. Åsidosättandet består i att giltighetstiden för koncessionen avseende motorväg A 12 mellan Civitavecchia och Livorno har förlängts, genom 2009 års ersättande avtal, med mer än 18 år till den 31 december 2046 utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling. Enligt 1999 års avtal skulle avtalet gälla till den 31 oktober 2028.

31 Kommissionen anför att det i detta fall är fråga om en byggkoncession i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 2004/18, eftersom ersättningen till koncessionshavaren garanteras genom driften av den infrastruktur som denne åtar sig att genomföra och att värdet av byggkoncessionen uppgår till 66 631 366,93 euro, vilket överskrider det tröskelvärde som anges i artikel 56 i direktivet. Kommissionen hävdar att koncessionen, enligt artikel 58.1 i direktiv 2004/18, borde ha varit föremål för offentliggörande av ett meddelande om upphandling. Något meddelande om upphandling offentliggjordes dock inte, vare sig under år 1969, när avtalet om den ursprungliga koncessionen ingicks eller under år 1999 då koncessionen förlängdes till och med år 2028.

32 Kommissionen har, med hänvisning till dom av den 7 september 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 28 och där angiven praxis), för det första gjort gällande att den aktuella löptiden, från den 31 oktober 2028 till den 31 december 2046, för koncessionen i fråga är likvärdig med en ny tilldelning av en koncession på så sätt att den innebär en betydande ändring av en koncession för ett pågående arbete, och borde ha blivit föremål för ett meddelande om upphandling och ett upphandlingsförfarande enligt artikel 58 i direktiv 2004/18. En sådan betydande ändring skulle i själva verket ha krävt att ett nytt upphandlingsförfarande hade inletts eftersom andra anbudsgivare, om den blivit känd på förhand, skulle ha haft möjlighet att delta i anbudsförfarandet. Vidare framgår det av dom av den 5 april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 70 och där angiven rättspraxis), att avsaknaden av ett anbudsförfarande för tilldelning av den ursprungliga koncessionen, i än högre grad, kräver att ett anbudsförfarande ska organiseras vid en betydande ändring av denna koncession.

33 Kommissionen har tillagt att omförhandlingen av den aktuella koncessionen i detta fall i sig utgör ett bevis för att ändringen är betydande och att parterna tydligt uttryckt en vilja att ändra de grundläggande villkoren i denna koncession, i den mening som avses i punkt 37 i domen av den 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182). Kommissionen har vidare understrukit att i den mån koncessionshavaren utför driften av den infrastruktur som denne har byggt, skulle en förlängning av koncessionen med 18 år göra det möjligt att höja ersättningen, vilket avsevärt ändrar den ekonomiska jämvikten till förmån för koncessionshavaren.

34 Kommissionen har för det andra anfört att en ändring av de grundläggande villkoren såsom en förlängning med 18 år av den aktuella koncessionen, utan ett meddelande om upphandling, utgör en överträdelse av principerna om likabehandling och öppenhet enligt artikel 2 i direktiv 2004/18. Med åberopande av domen av den 22 april 2010, kommissionen/Spanien (C-423/07, EU:C:2010:211, punkt 56) har kommissionen erinrat om att en upphandlande myndighet är skyldig att, särskilt när det gäller en koncession för arbete avseende anläggande och driften av en motorväg, offentliggöra sin intention att tilldela en sådan koncession och försäkra sig om en sådan nivå på konkurrensen som unionslagstiftaren bedömer tillfredsställande såvitt gäller koncessioner för offentliga anläggningsarbeten.

35 Vad gäller Republiken Italiens argument har kommissionen för det första bestritt den kontinuitet som denna medlemsstat har gjort gällande föreligger mellan 1969 års koncessionsavtal och 2009 års avtal, på grund av att det sistnämnda avtalet utgör en fristående ordning. Enligt kommissionen ska bestämmelserna i 2009 års ersättande avtal inte tolkas mot bakgrund av 1969 års avtal. Förlängningen genom detta ersättande avtal avsåg ”den befintliga koncessionen” vid den tidpunkt då avtalet ingicks, det vill säga den koncession som reglerades genom 1999 års avtal.

36 Dessutom, även om den ursprungliga koncessionen ingicks vid en tidpunkt då unionsrätten inte innehöll några bestämmelser på området, ska en ändring eller omarbetning av den ursprungliga koncessionen bedömas mot bakgrund av de unionsrättsliga bestämmelser som trätt i kraft under tiden (dom av den 27 oktober 2005, kommissionen/Italien, C-187/04 och C-188/04, ej publicerad, EU:C:2005:652).

37 Kommissionen har för det andra bestritt de påstådda svårigheterna som följer av genomförandet av den ursprungliga koncessionen och de olika ändringarna av den nationella lagstiftningen och anfört att ett eventuellt behov av att utföra viktiga byggnadsarbeten, som inte reglerades i 1999 års avtal, också förutsätter att en anbudsinfordran offentliggörs genom ett meddelande om upphandling. Dessutom är det inte heller konsekvent att åberopa det faktum att förekomsten av betydande ändringar av koncessionen i fråga, till följd av ökningen av de investeringar som ska genomföras, en avgiftshöjning med 51,42 procent och behovet av att förlänga koncessionen, samtidigt som det påstås att föremålet för koncessionen har varit oförändrat sedan år 1969. Dessutom var påståendet att tidsfristen på 30 år i

den ursprungliga koncessionen var en ”rörlig” frist som inte skulle börja löpa förrän efter det att arbetena hade slutförts, inte förenlig med vare sig principen om insyn eller ändamålsenligheten med direktiv 2004/18.

38 För det tredje anser kommissionen att Republiken Italien har förbisett innebörden av domen av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), genom att inte fullgöra sin skyldighet att inleda ett konkurrensutsatt anbudsförfarande, med motiveringen att de nya föreskrifterna i 2009 års ersättningsavtal syftar till att, mot bakgrund av den ursprungliga koncessionen, skapa jämvikt i avtalsförhållandet.

39 För det fjärde anser kommissionen att det i detta fall saknades anledning att bringa jämvikt i ett ömsesidigt förhållande då koncessionshavaren, inom ramen för en koncession, tar betalt genom driften av infrastrukturen och tar den risk som är förenad med driften. Ett bevarande av jämvikten mellan parterna skulle utgöra ett åsidosättande av syftet med koncessionsavtalet. Dessutom, när det gäller ett eventuellt rättfärdigande av frånvaron av konkurrens vid ingåendet av 2009 års ersättande avtal på grund av ”nödvändigheten att garantera jämvikten i kontraktet” har kommissionen anfört att domen av den 14 juli 2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 och C-67/15, EU:C:2016:558) som åberopats av Republiken Italien, inte är relevant i detta fall. Den domen avser möjligheten att tillämpa de principer som följer av EUF-fördraget på koncessioner som fram till ikraftträdandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1), inte omfattades av något direktiv. Direktiv 2004/18 var emellertid i kraft när 2009 års ersättande avtal ingicks. Kommissionen har, med hänvisning till domen av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland (C-250/07, EU:C:2009:338, punkt 38), understrukit att direktiv 2004/18 inte innehåller något undantag från likabehandlingsprincipen, vilken grundar sig på att det är nödvändigt att ”säkerställa en jämvikt i avtalsförhållanden”, men att det i direktivet föreskrivs andra undantag från denna princip vilka ska tolkas restriktivt. Det framgår vidare av domen av den 14 november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 40), att principen om rättssäkerhet inte kan åberopas för att ett ge ett avtal ett mer omfattande innehåll som strider mot principen om likabehandling och icke-diskrimineringsprincipen och den skyldighet att lämna insyn som följer av denna.

Republiken Italiens argument

40 Republiken Italien har i detalj beskrivit de relevanta omständigheterna i kronologisk ordning. Av denna beskrivning framgår bland annat att SAT inte kunde påbörja de planerade arbetena förrän efter 13 år, eftersom det i lagstiftningsakter föreskrevs att beviljandet av koncessioner avseende byggnationer av motorvägar och anläggande av nya motorvägar eller vägsträckor skulle skjutas upp samt att allt byggande av nya motorvägar eller motorvägssträckor skulle suspenderas. Det var på grund av detta som SAT först år 1982 tilläts påbörja arbetena avseende motorväg A 12, inom ramen för de beviljade anslagen och under förutsättning att det offentliga stödet till koncessionshavaren ändrades. Republiken Italien har tillagt att det var i detta sammanhang som ANAS och SAT undertecknade 1987 års tilläggsavtal, i vilket det bekräftades att koncessionen skulle gälla i 30 år från och med den dag då motorvägen i sin helhet öppnades för trafik. Detta tillägg skulle ha gjort det möjligt att förverkliga sträckan mellan Livorno och Cecina, som endast motsvarar ungefär 15 procent av den totala längden på motorväg A 12.

41 Republiken Italien har preciserat att 2009 års ersättande avtal har till syfte att ersätta 1969 års koncessionsavtal, liksom de akter som det ändrat genom att uppdatera och omarbeta de avtalsklausuler som var i kraft år 2009 och som föreskrev ett fullständigt slutförande av motorväg A 12.

42 I sak har Republiken Italien gjort gällande att kommissionens talan grundar sig på ett felaktigt faktiskt antagande, i den mån kommissionen anser att 1999 års avtal avser byggandet och driften av motorväg A 12 över hela dess längd, mellan Livorno och Civitavecchia.

43 I själva verket fastställdes i artikel 23.1 i 1999 års avtal att det datum då koncessionen löpte ut, den 31 oktober 2028, enbart avsåg den sträcka som förbinder Livorno med Cecina. Enligt artikel 2.1 i avtalet skulle avtalet nämligen endast reglera driften av denna sträcka på 36,6 kilometer, som öppnades för trafik den 3 juli 1993, och inte andra sträckor av motorväg A 12, beträffande vilka slutförandet av arbetet hade suspenderats.

44 När det gäller den återstående delen av motorväg A 12 föreskrevs det tydligt i artikel 2.3 i 1999 års avtal att när de rättsliga och faktiska villkoren för att fullfölja byggplanerna var uppfyllda, skulle ett särskilt tilläggsavtal ingås för att fastställa avtalet för byggandet och driften av sträckorna från Cecina till Grosseto och från Grosseto till Civitavecchia.

45 Enligt Republiken Italien ingicks 2009 års ersättande avtal på grundval av sistnämnda bestämmelse, när villkoren för att fullgöra motorvägen A 12 över hela dess längd var uppfyllda.

46 Förutom att åberopa detta felaktiga faktiska antagande har Republiken Italien anfört flera argument som syftar till att visa att kommissionens talan är ogrundad.

47 För det första har den gjort gällande att det i detta fall inte har beslutats om någon ”förlängning” av koncessionen med 18 år.

48 Republiken Italien hävdar att begreppet ”rörlig” frist på 30 år räknad från det ”att driften av hela motorvägen har inletts”, i artikel 7 i 1969 års koncessionsavtal, aldrig har aktualiserats. Dessutom avsåg 2009 års ersättande avtal arbeten som i samtliga fall redan var reglerade i 1969 års ursprungliga koncession och innehöll endast en nödvändig översyn av bestämmelserna i 1969 års koncessionsavtal för att motorväg A 12 helt skulle kunna färdigställas och för att säkerställa den ursprungliga jämvikten i avtalet.

49 Republiken Italien har gjort gällande att 2009 års ersättande avtal reglerar koncessionen i sin helhet vad gäller planering, utförande och drift av alla de arbeten som redan hade tilldelats genom de tidigare avtalen. Vidare preciseras att detta enda avtal föreskriver slutförandet av motorvägen i fråga, i motsats till 1999 års avtal, som endast innehåller ett förbehåll i detta avseende. Domen av den 27 oktober 2005, kommissionen/Italien (C-187/04 och C-188/04, ej publicerad, EU:C:2005:652), är inte relevant i förevarande mål, eftersom det i de mål som avgjordes genom denna dom var fråga om ett nytt avtal om utförande av nya arbeten, medan det i förevarande mål avser samma arbeten som dem som avses i 1969 års koncessionsavtal.

50 Enligt Republiken Italien har kommissionen felaktigt dragit slutsatsen att det i detta fall är fråga om en ”betydande ändring av den befintliga koncessionen”. Enligt denna medlemsstat har nämligen föremålet för koncessionen inte ändrats i förhållande till det ursprungliga avtalet och 2009 års ersättande avtal, vilket är en följd av en skyldighet som infördes genom lagar och andra författningar under år 2006, i syfte att införa samtliga avtalsvillkor för varje motorvägskoncession i en enda rättshandling, som ska sammanfatta, revidera och utgör en förnyelse (novation) av de föregående avtalen. Republiken Italien har preciserat att det är decreto-legge n. 262 – Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria (lagdekret nr 262 om brådskande åtgärder på skatte- och finanseringsområdet), av den 3 oktober 2006 (GURI nr 230, av den 3 oktober 2006), omvandlad till lag, med ändringar, genom legge nr 286 [(lag nr 286), av den 24 november 2006 (ordinarie tillägg genom GURI nr 277, av den 28 november 2006), senare ändrad genom artikel 1.1030 i lag nr 296 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (finanziaria 2007) lag nr 296 om bestämmelser avseende statens årliga och fleråriga budget (finanslagen år 2007)] av den 27 december 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 299, av den 27 december 2006), vilken föreskrev nya bestämmelser inom området motorvägskoncessioner.

51 Republiken Italien har följaktligen gjort gällande att kommissionen felaktigt har åberopat bestämmelsen i 2009 års ersättande avtal enligt vilken parterna inte kan åberopa ”rättigheter, anspråk, intressen eller förväntningar” på grundval av rättsakter eller åtgärder som vidtogs före ingåendet av detta avtal, för att visa att det inte förelåg kontinuitet med den ursprungliga koncessionen och att det inte ska tas hänsyn till rättsförhållanden före år 2009.

52 Republiken Italien har påpekat att 2009 års ersättande avtal inte ger koncessionshavaren någon omotiverad eller ytterligare fördel. Republiken Italien har tillagt att de priser som fastställdes under den period då investeringarna genomfördes sattes till en nivå som skulle leda till ohållbara priser för användarna och leda till att den berörda infrastrukturen skulle behöva överges. Den jämvikt som föreskrevs i 1969 års koncessionsavtal krävde följaktligen att slutdatumet för koncessionen fastställdes till år 2046, vilket också förklaras av att projektet inte kunnat slutföras i tid, en brist som inte kan tillskrivas någon av parterna.

53 För det andra har Republiken Italien understrukit att direktiv 2004/18 inte är tillämpligt i förevarande fall, med hänsyn till kontinuiteten i avtalsförhållandena som inleddes under år 1969.

54 För det tredje framgår det under alla förhållanden att koncessionens slutdatum sköts upp kan rättfärdigas med stöd av principen om skydd för berättigade förväntningar, principen om iakttagandet av avtalsförpliktelserna (*pacta sunt servanda*) och principen om rättssäkerhet. Republiken Italien gör gällande att dessa principer innebär att det med nödvändighet krävs en adekvat bedömning av SAT:s ekonomiska intresse, i en situation som ursprungligen inte var oförenlig med unionsrätten. Vidare görs, med åberopande av domen av den 14 juli 2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 och C-67/15, EU:C:2016:558, punkterna 71–73), gällande att undantag från principen om likabehandling kan rättfärdigas av nödvändigheten att garantera jämvikt i avtalsförhållandet bland annat ur ekonomisk synpunkt. Republiken Italien anser dessutom att domen av den 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) och domen av den 5 april 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), i den del de avser andra omständigheter än de i förevarande mål, inte kan överföras på förevarande fall.

Domstolens bedömning

55 Kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18, på grund av att koncessionen för motorväg A 12 har förlängts till att avse perioden 31 oktober 2028–31 december 2046 utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

56 Det ska kontrolleras om direktiv 2004/18 är tillämpligt i förevarande mål, vilket Republiken Italien har bestritt, och därefter, i förekommande fall, pröva det påstådda åsidosättandet av dessa bestämmelser i direktiv 2004/18.

Tillämpligheten av direktiv 2004/18

57 Enligt Republiken Italien kan inte direktiv 2004/18 tillämpas på förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och koncessionshavaren, som följer av det koncessionsavtal som ingåtts under år 1969, det vill säga före utvecklingen av EU-domstolens praxis på området för offentlig upphandling och antagandet av unionens sekundärrättsliga bestämmelser på detta område.

58 Det framgår av EU-domstolens praxis att principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer, utgör hinder för den upphandlande myndigheten och koncessionshavaren att efter tilldelningen av ett koncessionsavtal avseende byggentreprenad ändra bestämmelserna i koncessionsavtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet. Så är fallet om de avsedda ändringarna antingen resulterar i att koncessionen

avseende byggentreprenad i väsentlig utsträckning utvidgas till delar som inte ursprungligen föreskrivits eller i att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren, eller också om dessa ändringar innebär att kontraktstilldelningen kan ifrågasättas på så sätt att om dessa ändringar hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

59 I princip ska en väsentlig ändring av ett koncessionsavtal avseende byggentreprenad leda till ett nytt upphandlingsförfarande för det kontrakt som således ändrats (se för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

60 I detta syfte ska det preciseras att, i enlighet med domstolens praxis, är tillämplig unionslagstiftning den som är i kraft det datum då ändringen görs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54). Den omständigheten att det ursprungliga koncessionsavtalet ingicks innan unionens bestämmelser på området antogs medför alltså inte några konsekvenser.

61 I detta mål har kommissionen gjort gällande att 2009 års ersättande avtal innehåller betydande ändringar i förhållande till det ursprungliga koncessionsavtalet för byggentreprenad och att avsaknaden av ett meddelande om upphandling i syfte att ingå detta ersättande avtal utgör en överträdelse av vissa bestämmelser i direktiv 2004/18.

62 Det är ostridigt mellan parterna att koncessionen avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten och 2009 års ersättande avtal omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2004/18. Med hänsyn till detta kan de ändringar som gjorts i det befintliga avtalsförhållandet mellan ANAS och SAT genom det ersättande avtalet, i princip bedömas med beaktande av bestämmelserna i detta direktiv.

Huruvida direktiv 2004/18 har åsidosatts

63 Enligt kommissionens ansökan har Republiken Italien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18, med motiveringen att koncessionen avseende motorväg A 12 som förbinder Livorno med Civitavecchia har förlängts med 18 år till och med den 31 december 2046, trots att denna koncession enligt 1999 års avtal löper ut den 31 oktober 2028.

64 Det ska i detta hänseende påpekas att även om kommissionen i sin replik har kvalificerat 2009 års ersättande avtal som en ”fristående ordning” samt hävdat att den inte kan betraktas som en ren uppdatering eller ändring av en redan befintlig koncession, anser kommissionen icke desto mindre att fastställandet, i artikel 4.1 i 2009 års ersättande avtal, av den aktuella koncessionens slutdatum utgör en ”förlängning” av den i 1999 års avtal fastställda perioden, vilket avtal alltså är nödvändigt för att tolka 2009 års ersättande avtal.

65 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 46 i sitt förslag till avgörande, har kommissionen inte ifrågasatt förenligheten av 1999 års avtal med unionsrätten, utan endast 2009 års ersättande avtal.

66 Vad beträffar de ändringar som gjorts i avtalsförhållandet mellan ANAS och SAT genom bestämmelserna i 1999 års avtal, har Republiken Italien gjort gällande att det i avtalet görs en åtskillnad mellan den motorvägssträcka som redan var öppen för trafik vid den tidpunkt då nämnda avtal ingicks och övriga sträckor på motorväg A 12, vars konstruktion ännu varken hade påbörjats eller färdigställts.

67 Denna medlemsstat har hävdat att 1999 års avtal endast reglerade driften av sträckan mellan Livorno och Cecina, med en längd på 36,6 km, vilken öppnades för trafik under år 1993, som en del av motorväg A 12 som förbinder Livorno med Civitavecchia. Fastställandet av koncessionens slutdatum till den 31 oktober 2028 i artikel 23.1 i avtalet avsåg endast denna del.

68 Domstolen konstaterar att denna ståndpunkt stöds av ordalydelsen i artikel 2.1 i 1999 års avtal, där det anges att denna ska ”reglera förhållandet mellan upphandlande myndighet och koncessionshavare vad gäller driften av sträckan Livorno-Cecina, 36,6 km, öppnad för trafik den 3 juli 1993 och som utgör en integrerad del av motorväg A 12 Livorno-Civitavecchia, upplåten som en koncession för byggnation och drift till SAT”.

69 Detta bekräftas även av artikel 2.3 i nämnda avtal, där det anges att ”när de rättsliga och faktiska villkoren för att fullfölja byggnadsplanerna är uppfyllda kommer en särskild tilläggshandling (tilläggsavtal) att ingås för att definiera de kontraktsmässiga ramarna för byggandet och driften av de två andra sträckorna Cecina-Grosseto och Grosseto-Civitavecchia”.

70 Beträffande dessa båda sträckor ska för övrigt tilläggas följande. Koncessionens giltighetstid bestod *dels* av en icke bestämd period för uppförande och ibruktagande: en period som var osäker enligt de erfarenheter som redan hade förvärvats på grund av lagstiftningsåtgärder men som kunde vara mycket lång, *dels* av en fast period på 30 år för den aktuella motorvägens drift. Det vore ologiskt att anse att de avtalsslutande parterna hade för avsikt att ersätta denna giltighetstid för koncessionen med en fast period på 29 år, med ett slutdatum som bestämdes till den 31 oktober 2028 och som omfattade de perioder som var nödvändiga för att bygga och iordningställa de aktuella motorvägarna för drift.

71 Det kan konstateras att kommissionen varken i repliken eller vid förhandlingen har ifrågasatt de uppgifter som Republiken Italien har framfört för att visa att inte bara sträckan mellan Livorno och Cecina berördes av den förlängning som beslutades genom 2009 års ersättande avtal utan även de sträckor som förbinder Cecina med Grosseto och Grosseto med Civitavecchia.

72 Kommissionens talan ska därför ogillas i den del den avser de sträckor av motorväg A 12 som förbinder Cecina med Grosseto och Grosseto med Civitavecchia, eftersom den inte har kunnat styrka att byggkoncessionen har förlängts med 18 år för dessa sträckor.

73 Kommissionen har emellertid, mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv 2004/18, ifrågasatt artikel 4.1 i 2009 års ersättande avtal, i den del den innebär att koncessionen för hela motorväg A 12 fastställdes till den 31 december 2046, det vill säga även för sträckan mellan Livorno och Cecina.

74 Slutdatum för koncessionen, som omfattar den sista sträckan, vilken öppnades för trafik den 3 juli 1993, och som innebar en separat förvaltning för koncessionshavaren, borde därför, i enlighet med artikel 23.1 i 1999 års avtal, ha fastställts till den 31 oktober 2028.

75 Det är ostridigt att ändringen av giltighetstiden för koncessionen, som gällde till den 31 december 2046 med stöd av 2009 års ersättande avtal, ger SAT en betydande tidsrymd för att säkerställa driften av sträckan mellan Livorno och Cecina och att, i den mån denna koncessionshavare erhåller ersättning för denna drift, ersättningen höjs avsevärt.

76 Denna förlängning på 18 år och två månader av den ursprungliga giltighetstiden för denna koncession utgör följaktligen, enligt de principer som det erinras om i punkt 58 i denna dom, en betydande ändring av villkoren för den befintliga koncessionen.

77 I den del artikel 4.1 i 2009 års ersättande avtal förlänger koncessionen avseende den del av motorväg A 12 som förbinder Livorno med Cecina från och med den 31 oktober 2028 till och med den 31 december 2046 innebär den en överträdelse av det krav på likabehandling som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18 och den skyldighet att offentliggöra ett meddelande om upphandling som föreskrivs i artikel 58 i direktivet.

78 Denna slutsats påverkas inte av de argument som Republiken Italien har anfört. De argument som avser behovet av att upprätthålla den ekonomiska jämvikten i det ursprungliga koncessionsavtalet mellan parterna, i den mån den avser koncessionsavtalet som helhet, kan under inga omständigheter godtas. I 1999 års avtal, som ingicks mellan den upphandlande myndigheten och koncessionshavaren, fastställdes att koncessionen, såvitt avsåg sträckan mellan Livorno och Cecina, skulle upphöra att gälla den 31 oktober 2028 i enlighet med artikel 23.1 i avtalet. Med hänsyn till detta kan det inte med framgång göras gällande att förlängningen av koncessionen för den sträckan var nödvändig med hänsyn till principerna om skydd för berättigade förväntningar, iakttagandet av avtalsförpliktelserna (*pacta sunt servanda*) och rättssäkerheten.

79 Mot bakgrund av det anförda konstaterar domstolen att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18 genom att för tiden från den 31 oktober 2028 till den 31 december 2046 förlänga koncessionen för sträckan Livorno-Civitavecchia på motorväg A 12, den del som förbinder Livorno med Cecina utan att offentliggöra ett meddelande om upphandling.

80 Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

81 Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

82 I detta fall har både kommissionen och Republiken Italien yrkat att motparten ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

83 Enligt artikel 138.3 i nämnda rättegångsregler får domstolen besluta att en part ska ersätta en del av den andra partens rättegångskostnader, om det framstår som skäligt med hänsyn till omständigheterna i målet. I förevarande fall har kommissionens talan endast bifallits i den del den avser sträckan Livorno-Civitavecchia på motorväg A 12, som förbinder Livorno med Cecina. Det finns därför skäl att med tillämpning av denna bestämmelse besluta att kommissionen, förutom att bära sina egna rättegångskostnader, ska ersätta tre fjärdedelar av Republiken Italiens rättegångskostnader och att den sistnämnda ska bära en fjärdedel av sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

1) **Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1422/2007 av den 4 december 2007, genom att förlänga koncessionen för sträckan Livorno-Civitavecchia på motorväg A 12, som förbinder Livorno med Cecina (Italien), från den 31 oktober 2028 till den 31 december 2046, utan att offentliggöra ett meddelande om upphandling.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Europeiska kommissionen ska, förutom sina egna kostnader, betala tre fjärdedelar av Republiken Italiens kostnader. Republiken Italien ska bära en fjärdedel av sina kostnader.**

Underskrifter