Teismo praktikos rinkinys

GENERALINĖS ADVOKATĖS
ELEANOR SHARPSTON IŠVADA,
pateikta 2019 m. kovo 21 d.[1]

Byla C-526/17

Europos Komisija
prieš

Italijos Respubliką

„Valstybės narės įsipareigojimų neįvykdymas – Direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo – Viešoji darbų koncesija – Esamos automagistralės tiesimo ir tvarkymo koncesijos pratęsimas nepaskelbus skelbimo apie pirkimą“

1. 1969 m. viešosios darbų koncesijos sutartis dėl automagistralės tiesimo tarp Livorno ir Čivitavekijos Italijos vakarinėje pakrantėje buvo sudaryta neatlikus viešojo pirkimo procedūros. Vėliau ši sutartis buvo iš dalies pakeista kitomis 1987, 1999 ir 2009 m. sutartimis. Nė dėl vienos iš šių sutarčių nebuvo vykdoma viešojo pirkimo procedūra.

2. Dabar Europos Komisija iškėlė bylą Italijos Respublikai dėl pažeidimo pagal SESV 258 straipsnį. Jos nuomone, 2009 m. sudaryta sutartimi iš esmės pakeista pradinė sutartis ir dėl to reikėjo atlikti viešojo pirkimo procedūrą pagal Direktyvą 2004/18/EB[2]. Italijos Respublika su tuo nesutinka.

Teisinis pagrindas

Sąjungos teisė

3. Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalyje viešojo darbų pirkimo sutartys apibrėžiamos kaip „viešosios [viešojo pirkimo] sutartys, kurių dalykas yra darbų arba darbo, susijusio su viena iš I priede [3] nurodytų veiklų, įvykdymas, arba įvykdymas ir suprojektavimas, arba darbo realizavimas bet kokiomis priemonėmis, atitinkančiomis perkančiosios organizacijos nustatytus reikalavimus“. 1 straipsnio 2 dalyje toliau numatyta, kad „darbas yra tam tikrų statybos arba civilinės inžinerijos darbų, kaip visumos, rezultatas, kurio pakanka ekonominei ar techninei funkcijai atlikti“. 1 straipsnio 3 dalyje „viešoji darbų koncesija“ apibrėžiama kaip „tos pačios rūšies sutartis kaip ir viešojo darbų pirkimo sutartis, išskyrus tai, kad atlygis už atliktus darbus yra tik teisė naudotis darbo rezultatais arba tokia teisė kartu su mokėjimu“.

4. Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje nurodyta, kad „perkančiosios organizacijos ūkio subjektams taiko vienodas sąlygas, jų nediskriminuoja ir veikia skaidriai“.

1 Originalo kalba: anglų.

2 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, 2004, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132), panaikinta ir pakeista 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų (OL L 94, 2014, p. 65).

3 Į I priedą įtrauktas „automagistralių tiesimas“.

5. 56 straipsnyje numatyta, kad viešąsias darbų koncesijas reglamentuojančios taisyklės „taikomos visoms perkančiųjų organizacijų sudarytoms viešosioms darbų koncesijų sutartims, kurių vertė lygi arba didesnė nei 5 150 000 eurų“ [4].

6. 58 straipsnyje numatyta, kad:

„1. Perkančiosios organizacijos, norinčios sudaryti viešųjų darbų koncesijų sutartis, savo ketinimą paskelbia skelbime.

2. Į 77 straipsnio 2 dalyje nustatyta tvarka Komisijos patvirtintos formos skelbimus dėl viešosios darbų koncesijos sutarties įtraukiama VII C priede nurodyta informacija, be to, jei reikia, bet kokia kita, perkančiosios organizacijos nuomone, naudinga informacija.

3. Skelbimai publikuojami 36 straipsnio 2–8 dalyse nustatyta tvarka.

4. 37 straipsnis, reglamentuojantis skelbimų publikavimą, taip pat taikomas ir viešosioms darbų koncesijoms“.

7. 61 straipsnyje numatyta, kad:

„Ši direktyva netaikoma papildomiems darbams, neįtrauktiems į pradinį svarstytą koncesijos projektą arba pradinę sutartį, tačiau kurie dėl nenumatytų aplinkybių tampa būtini sutartyje, sudarytoje su koncesininku, numatytam darbui įvykdyti, su sąlyga, kad sutartis yra sudaroma su ūkio subjektu, atliekančiu šį darbą: – kai tokie papildomi darbai negali būti techniškai arba ekonomiškai atskirti nuo pradinės sutarties, nesukeliant didelių sunkumų perkančiosioms organizacijoms, arba, – kai tokie darbai, nors jie ir gali būti atskirti nuo pradinės sutarties, yra būtinai reikalingi sutarčiai įvykdyti. Tačiau bendra papildomiems darbams sudarytų sutarčių vertė neturi viršyti 50 % pradinės darbų koncesijos sutarties vertės.“

8. 80 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad „valstybės narės ne vėliau kaip iki 2006 m. sausio 31 d. priima įstatymus ir kitus teisės aktus, būtinus, kad būtų laikomasi šios direktyvos“.

Faktinės ir procesinės aplinkybės

1969 m. sutartis

9. 1969 m. spalio 23 d. perkančioji organizacija *Azienda Nazionale Autonoma delle Strade* (toliau – ANAS) ir ūkio subjektas *Società Autostrada Tirrenica* (toliau – SAT) [5] sudarė viešosios darbų koncesijos sutartį (toliau – 1969 m. sutartis).

10. Minėtos sutarties 1 straipsnio 1 dalyje jos dalykas buvo apibūdintas kaip automagistralės A12 nuo Livorno (Čečina) iki Čivitavekijos (toliau – automagistralė) tiesimas ir tvarkymas [6]. 1 straipsnio 2 dalyje buvo nurodyta, kad visas automagistralės ilgis bus „apie 237 km“.

4 Iš dalies pakeistas 2007 m. gruodžio 4 d. Komisijos reglamentu (EB) Nr. 1422/2007, iš dalies keičiančiu Europos Parlamento ir Tarybos direktyvų 2004/17/EB ir 2004/18/EB nuostatas dėl ribų, taikomų viešojo pirkimo sutarčių tvarkai (OL L 317, 2007, p. 34).

5 Iš tiesų Tirėnų jūra (italų k. „il mar Tirreno“), iš kurios yra kilęs ūkio subjekto pavadinimas, yra Vidužemio jūros dalis, juosianti vakarinę Italijos pakrantę; pietuose ji ribojasi su Sicilija, vakaruose – su Sardinija ir Korsika, o šiaurėje – su Elbos sala, įskaitant Folonikos įlanką. Nuo ten iki paties Livorno driekiasi Ligūrijos jūra. Žr. *Istituto idrografico della Marina* interneto svetainę (http://www.marina.difesa.it).

6 Šioje išvadoje vartojama automagistralės sąvoka 1969 m. sutarties 1 straipsnio 2 dalyje apibrėžiama kaip „dviejų juostų kelias, kurio kiekviena juosta yra 7,5 metrų pločio, juostos atskirtos centrine skiriamąja juosta ir turi avarinę juostą“.

11. 7 straipsnyje buvo numatyta, kad „koncesija baigs galioti praėjus trisdešimčiai metų nuo pirmosios visos automagistralės eksploatavimo pradžios dienos; bet kuriuo atveju, nepažeidžiant 5 straipsnio 5 ir 6 punktų nuostatų, šis laikotarpis neturi būti ilgesnis nei trisdešimt metų nuo tos dienos, kai bus užbaigti 5 straipsnio 1 ir 2 dalyse nurodytame bendrajame darbų vykdymo plane nurodyti darbai“.

1987 m. sutartis

12. 1987 m. spalio 14 d. tos pačios šalys sudarė kitą sutartį (toliau – 1987 m. sutartis). Kaip teigia Italijos vyriausybė, šia sutartimi 1969 m. sutarties 7 straipsnis buvo pakeistas šia nuostata: „ši koncesija galioja trisdešimt metų nuo tos dienos, kai visa automagistralė bus atidaryta eismui“.

1999 m. sutartis

13. 1999 m. spalio 7 d. tos pačios šalys sudarė dar vieną sutartį (toliau – 1999 m. sutartis). Jos 2 straipsnio 1 punkte buvo numatyta, kad „ši sutartis tarp koncesiją suteikusios institucijos ir koncesininko reglamentuoja automagistralės A12 Livornas-Čivitavekija 36,6 km atkarpos tarp Livorno ir Čečinos, kuri buvo atidaryta eismui 1993 m. liepos 3 d. ir kurios statybos ir eksploatavimo koncesija buvo suteikta S.A.T., eksploatavimą“.

14. 2 straipsnio 3 punkte buvo numatyta, kad „jeigu yra įvykdomos teisinės ir faktinės sąlygos toliau tęsti statybos programą, dėl kurios buvo suteikta koncesija, sudaromas šios sutarties priedas, kuriame sutartimi reglamentuojama dviejų kitų atkarpų Čečina-Grosetas ir Grosetas-Čivitavekija statyba ir eksploatavimas“.

15. 23 straipsnis buvo pavadintas „Koncesijos trukmė“. Jame buvo numatyta, kad „koncesija baigia galioti 2028 m. spalio 31 d.“.

2009 m. sutartis

16. 2009 m. kovo 11 d. tos pačios šalys sudarė dar vieną sutartį (toliau – 2009 m. sutartis). Šios sutarties konstatuojamosiose dalyse buvo numatyta, be kita ko, kad 1999 m. spalio 7 d. ANAS ir SAT sudarė naują sutartį, patvirtintą 1999 m. gruodžio 21 d. dekretu ir 2000 m. balandžio 11 d. įregistruotą Audito Rūmuose, kuria buvo pakeista ankstesnė 1969 m. spalio 23 d. sutartis ir susijęs 1987 m. spalio 14 d. priedas ir kurioje, be kita ko, buvo numatyta, kad koncesija baigia galioti 2028 m. spalio 31 d.

17. 1.4 straipsnyje buvo numatyta, kad „šalys susitaria atsisakančios visų esamų ar būsimų teisių, interesų arba reikalavimų, kylančių iš 1999 m. spalio 7 d. sutarties ar bet kurio kito akto ar priemonės, priimtų prieš sudarant šią sutartį“.

18. 2.1 straipsnyje buvo numatyta, kad „ši viena sutartis išsamiai ir išimtinai reglamentuoja koncesiją suteikiančios institucijos ir koncesininko tarpusavio santykius, susijusius su visų anksčiau pagal 1999 m. spalio 7 d. su ANAS sudarytą koncesijos sutartį patikėtų darbų projektavimu, statyba ir eksploatavimu: a) A12 Livornas-Čečina (Rozinjano) 36,6 km (atidaryta eismui 1993 m. liepos 3 d.); b) Čečina (Rozinjano)-Grosetas, 110,5 km; c) Grosetas-Čivitavekija, 95,5 km, iš viso 242,6 km“.

19. 4.1 straipsnio pirmoje dalyje buvo numatyta, kad „atsižvelgiant į laikotarpius, kai darbų vykdymas buvo sustabdytas, kaip nurodyta Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 preambulėje ir 143 straipsnyje, Čečinos (Rozinjano)-Čivitavekijos automagistralės užbaigimo koncesija baigia galioti 2046 m. gruodžio 31 d.“.

20. 4.1 straipsnio antroje dalyje buvo numatyta, kad „jeigu koncesiją suteikusi institucija iki 2012 m. gruodžio 31 d. nepatvirtina Čečinos-Čivitavekijos atkarpos tiesimo galutinio projekto ir susijusio ekonominio ir finansinio plano (EFP), šalys nustato iš to kylančias ekonomines ir finansines pasekmes, įskaitant patirtas investicijų išlaidas, atsižvelgdamos į iš pradžių nustatytą koncesijos galiojimo pabaigos datą, t. y. 2028 m. spalio 31 d.“

Statybos darbų eiga

21. 2009 m. sutarties konstatuojamosiose dalyse nurodyta, kad statybos darbai automagistralėje buvo sustabdyti dėl 1971 m. balandžio 28 d. Įstatymo Nr. 287[7] 11 straipsnio ir 1975 m. rugpjūčio 13 d. Įstatyminio dekreto Nr. 376[8], vėliau pertvarkyto į 1975 m. spalio 16 d. Įstatymą Nr. 492[9], 18a straipsnio. Vėliau statybos darbų sustabdymas buvo atšauktas 1982 m. rugpjūčio 12 d. priimto Įstatymo Nr. 531/1982[10] 9 ir 14 straipsniais.

22. Neginčijama, kad pirmoji automagistralės atkarpa – 36,6 km nuo Livorno iki Čečinos (Rozinjano), buvo atidaryta eismui 1993 m. liepos 3 d. Antroji ir trečioji automagistralės atkarpos, atitinkamai nuo Čečinos (Rozinjano) iki Groseto ir nuo Groseto iki Čivitavekijos tuo metu dar nebuvo nutiestos. Vėliau buvo užbaigtos tik nedidelės jų dalys[11].

23. 2009 m. sutarties konstatuojamosiose dalyse taip pat nurodyta, kad statybos darbai automagistralėje buvo vėl sustabdyti pagal 1997 m. gruodžio 27 d. Įstatymo Nr. 449 55 straipsnio 12 punktą[12] ir kad šis sustabdymas buvo atšauktas 2001 m. gruodžio 21 d. Įstatymu Nr. 443[13]. Kaip teigia Italijos vyriausybė, pagal 2006 m. lapkričio 24 d. Įstatymą Nr. 286 ir 2008 m. birželio 6 d. Įstatymą Nr. 101 buvo papildomai reikalaujama, kad esamos koncesijų sutartys būtų išdėstytos suvestine redakcija. Šiuo pagrindu buvo susitarta dėl 2009 m. sutarties.

24. Nei Komisija, nei Italijos vyriausybė nepateikė informacijos apie paskesnius Italijos teisės aktų pakeitimus, kurie galėtų turėti poveikį koncesijos sutarties galiojimui[14].

Ikiteisminė procedūra

25. 2009 m. Komisija gavo skundą dėl darbų koncesijos sutarties, sudarytos su SAT, termino pratęsimo (nuo 2028 m. spalio 31 d. iki 2046 m. gruodžio 31 d.). Komisija priėmė nagrinėti šį skundą, užregistruotą numeriu 2009/4154. Iš Komisijos ir Italijos susirašinėjimo matyti, kad Italija įsipareigojo sutrumpinti terminą trejais metais iki 2043 m. ir taikydama viešojo pirkimo procedūrą sudaryti sutartį dėl visų statybos darbų automagistralėje. Remdamasi šiuo įsipareigojimu, Komisija nusprendė toliau nenagrinėti skundo Nr. 2009/4154.

7 *Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale* (Įstatymas Nr. 287, kuriuo iš dalies keičiami ir papildomi automagistralėms taikomi teisės aktai), GURI, Nr. 137, 1971 m. birželio 1 d..

8 *Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche* (Įstatyminis dekretas Nr. 376, kuriuo nustatomos eksporto, statybos ir viešųjų darbų ekonominio gaivinimo priemonės), GURI, Nr. 218, 1975 m. rugpjūčio 18 d.

9 *Legge n. 492, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 1975, n. 376, concernente provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche* (1975 m. rugpjūčio 13 d. Įstatyminio dekreto Nr. 376 dėl ekonomikos, susijusios su eksportu, statybomis ir viešaisiais darbais, gaivinimo priemonių pertvarkymas į įstatymą), GURI, 1975 m. spalio 17 d., Nr. 276.

10 *Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale* (Įstatymas Nr. 531, kuriuo nustatomas pagrindinių kelių ir restruktūrizavimo priemonių automagistralių sektoriuje gyvybingumo dešimties metų planas), GURI, Nr. 223, 1982 m. rugpjūčio 14 d..

11 Žr. šios išvados 36 punktą.

12 *Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica* (Įstatymas Nr. 449, kuriuo nustatomos viešųjų finansų stabilizavimo priemonės), GURI, Nr. 302, 1997 m. gruodžio 30 d..

13 *Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive* (Įstatymas Nr. 443, kuriuo vyriausybei perduodami įgaliojimai, susiję su strategine infrastruktūra ir gamybos įrenginiais, taip pat kitomis gamybos veiklos gaivinimo priemonėmis), GURI, Nr. 299, 2001 m. gruodžio 27 d.

14 Atrodo, kad dėl šios konkrečios automagistralės tiesimui pasiūlyto maršruto kilo nesutarimų ir kad buvo keliami klausimai, susiję, be kita ko, su jo poveikiu aplinkai (žr. wikivisually.com). Šioje išvadoje šios diskusijos nenagrinėsiu.

26. Atrodo, kad SAT apie 30 % darbų vertės pavedė atlikti savo kontroliuojamoms įmonėms, ir atitinkamai 2009 m. gruodžio 15 d. ir 2012 m. kovo 30 d. padarė tai dviem dalimis, kurių vertė atitinkamai buvo 34 724 661 EUR ir 117 323 225 EUR.

27. 2014 m. balandžio 22 d. Komisija nusiuntė Italijai laišką, kuriame išreiškė oficialią poziciją, kad, pratęsusi koncesijos sutarties terminą 2009 m. sutartyje ir nepradėjusi viešojo pirkimo procedūros, Italija pažeidė Direktyvą 2004/18, visų pirma jos 2 ir 58 straipsnius, ir kad šios direktyvos 61 straipsnis šiomis aplinkybėmis netaikytinas.

28. 2014 m. birželio mėn. Italija pasiūlė paskelbti konkursą dėl 70 % darbų ir pakartojo savo pasiūlymą sutrumpinti koncesijos galiojimo terminą trejais metais.

29. 2014 m. spalio 17 d. Komisija nusiuntė Italijai pagrįstą nuomonę. Ji nepritarė tam, kad dėl 30 % darbų *nebūtų* vykdoma viešojo pirkimo procedūra. Komisija laikėsi nuomonės, kad sutarties pratęsimas iki 2046 m. prilygo naujos sutarties sudarymui ir „kadangi ANAS sudarė sutartį su SAT, kuria A12 Čivitavekijos-Livorno koncesijos galiojimo terminas buvo pratęstas nu 2028 m. spalio 31 d. iki 2046 m. gruodžio 31 d., prieš tai nepaskelbus skelbimo apie pirkimą, Italijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal Direktyvos 2004/18/EB 2 ir 58 straipsnius“.

30. Gavusi pagrįstą nuomonę, Italija siūlė įvairius įsipareigojimus, kad išspręstų tarp jos ir Komisijos kilusį ginčą. Taigi:

– 2014 m. spalio 27 d. Italija nusiuntė Komisijai sutarties projektą, kuriame terminas buvo sutrumpintas trejais metais ir numatytas įsipareigojimas 100 % darbų konkurso būdu pavesti atlikti tretiesiems asmenims;

– 2015 m. birželio 26 d. Italija nusiuntė Komisijai sutarties projektą, kuriame terminas buvo sutrumpintas šešeriais metais ir numatytas įsipareigojimas skelbti konkursą dėl 100 % darbų;

– 2015 m. liepos 22 d. Italija nusiuntė Komisijai sutarties projektą, kuriame siūlė sutrumpinti terminą nuo 2046 m. iki 2040 m. ir taikant viešojo pirkimo procedūrą sudaryti sutartį dėl 100 % darbų. Be to, nepavedusi atlikti šių darbų tretiesiems asmenims, SAT netektų sutarties, o iki 2017 m. vasario 28 d. nepatvirtinus sutarties projekto galutinis terminas būtų sutrumpintas iki 2028 m.;

– 2015 m. liepos 24 d. Italija pateikė papildomus paaiškinimus dėl to, kodėl reikėjo pratęsti terminą, nurodydama, kad darbai vėlavo dėl, be kita ko, viešųjų lėšų trūkumo ir susirūpinimo, susijusio su viešuoju saugumu.

31. 2016 m. kovo 8 d. Komisija paprašė Italijos imtis visų būtinų priemonių, kad viešosios darbų koncesijos sutartis būtų nutraukta iki 2028 m. spalio 31 d., kaip buvo anksčiau numatyta 1999 m. sutartyje.

32. 2016 m. lapkričio 18 d. Italija atsakydama nusiuntė Komisijai įrodymus – notaro dokumentą, patvirtinantį, kad SAT įsipareigojo surengti konkursą dėl visų darbų. Italija taip pat paminėjo galimybę sutrumpinti koncesijos galiojimo terminą nuo 2046 m. iki 2038 m.

Teismo procesas

33. Komisija nusprendė, kad Italijos atsakymai jos netenkina. Taigi 2017 m. rugsėjo 4 d. ji pareiškė ieškinį dėl pažeidimo pagal SESV 258 straipsnį, prašydama pripažinti, kad „pratęsdama darbų sutarties dėl A12 Čivitavekijos-Livorno automagistralės galiojimą iki 2046 m. gruodžio 31 d., nepaskelbusi jokio skelbimo apie pirkimą, Italijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal Direktyvos 2004/18/EB (su vėlesniais pakeitimais) 2 ir 58 straipsnius <…>“. Komisija taip pat prašė priteisti iš Italijos Respublikos bylinėjimosi išlaidas.

34. Komisija ir Italijos vyriausybė pateikė rašytines pastabas, be to, Italijos vyriausybė raštu atsakė į Teisingumo Teismo raštu pateiktą klausimą, o Komisija dėl jo pateikė pastabas.

35. Šis klausimas buvo susijęs su investicijomis, kurias SAT jau atliko į automagistralės tiesimą, ir investicijomis, kurias numatoma atlikti iki 2028 m., kartu su visomis investicijomis, už kurias, kaip teigiama, SAT negautų tinkamos grąžos, jeigu koncesija būtų nutraukta 2028 metais. 2018 m. spalio 3 d. atsakyme Teisingumo Teismui Italijos vyriausybė paaiškino, kad:

(i) 2009–2017 m. SAT investavo 253,136 mln. EUR į dvi automagistralės atkarpas nuo Čečinos (Rozinjano) iki San Pjetro Palacyje ir nuo Pietų Tarkvinijos iki Čivitavekijos, abi jos nuo tada atidarytos eismui.

(ii) vadovaujantis 2009 m. sutartimi, 2011 m. ekonominiame ir finansiniame plane buvo numatyta, kad SAT investuos 3 411,7 mln. EUR į automagistralės tiesimo užbaigimą iki 2028 m., t. y. 253,136 mln. EUR daugiau nei buvo numatyta pagal 2009–2015 m. darbų planą. Jeigu sutartis būtų nutraukta 2028 m., SAT 2028–2046 m. neuždirbtų numatytų 1 135,7 EUR.

(iii) 2016 m. ekonominiame ir finansiniame plane, remiantis įsipareigojimais, kuriuos Italija pasiūlė Komisijai per ikiteisminę procedūrą, SAT iki 2023 m. iš viso investuotų 1 400 mln. EUR. Kadangi 253,136 mln. EUR jau buvo investuota, dar reikėjo investuoti 1 146,86 EUR. Jeigu sutartis būtų nutraukta 2028 m., SAT neuždirbtų numatytų 505,185 mln. EUR 2028–2038 m. (tai yra viena iš koncesijos galiojimo pabaigos datų, kurias Italija pasiūlė per ikiteisminę procedūrą) [15].

36. 2018 m. spalio 25 d. pastabose dėl šio raštu pateikto atsakymo Komisija pažymėjo, kad Italijos vyriausybės nurodytas investicijų laikotarpis neatitiko Teisingumo Teismo klausime nurodyto laikotarpio. Komisija taip pat pažymėjo, kad, remiantis pačios SAT interneto svetainės duomenimis, automagistralės atkarpa nuo Čečinos (Rozinjano) iki San Pjetro Palacyje buvo atidaryta 2012 m., o atkarpa nuo Pietų Tarkvinijos iki Čivitavekijos – 2016 m. Komisija pažymėjo, kad nurodomas šiuo metu užbaigtos visos atkarpos ilgis yra 54,6 km. Tai yra 18 km daugiau nei 1993 m. užbaigti 36,6 km. Galiausiai Komisija pažymėjo, kad pagal spaudoje pateiktą informaciją 2017 m. Italijos vyriausybė atsisakė toliau vykdyti darbus planuojamoje automagistralėje ir vietoj to nusprendė renovuoti esamus kelius [16].

37. 2018 m. gruodžio 12 d. buvo surengtas teismo posėdis, kuriame Italija ir Komisija pateikė papildomas pastabas ir atsakė į Teisingumo Teismo klausimus.

15 Žr. šios išvados 30 punktą.

16 Komisija nurodė 2017 m. balandžio 15 d. straipsnį *Il Fato quotidiano*, kurį pridėjo prie savo pastabų.

Įvadinės pastabos

Dėl Direktyvos 2004/18 taikymo

38. Italija ginčija Direktyvos 2004/18 taikymą sutarčiai, kuri pirmą kartą buvo sudaryta 1969 m., dar prieš atsirandant jurisprudencijai ar atitinkamiems antrinės teisės aktams dėl viešųjų pirkimų.

39. Nepritariu Italijos abejonėms. Nors viešųjų pirkimų taisyklės gali būti netaikomos pirmajai sutarčiai, tai nereiškia, kad viešųjų pirkimų taisyklės taip pat netaikomos visiems sutarties pakeitimams.

40. Sprendime *Belgacom*[17] Teisingumo Teismas konstatavo, kad „teisinio saugumo principu, kuris yra bendrasis Sąjungos teisės principas, gali būti pateisinama tai, kad būtų paisoma susitarimo teisinių pasekmių, įskaitant, kiek reikalaujama pagal šį principą, kai susitarimas sudarytas prieš Teisingumo Teismui priimant sprendimą dėl pirminės teisės pasekmių tokio pobūdžio susitarimams ir jis, kaip paaiškėtų, būtų nesuderinamas su kai kuriomis iš šių pasekmių“.

41. Taigi nors Teisingumo Teismas taip pat yra nusprendęs, kad tam tikromis aplinkybėmis pagrindiniai viešųjų pirkimų principai taikomi sutartims, kurios formaliai nepatenka į ES viešųjų pirkimų teisės aktų taikymo sritį[18], šie pagrindiniai principai (šiuo atveju konkrečiai tai yra vienodo požiūrio ir skaidrumo principai) negali būti taikomi sutarčiai, sudarytai prieš Teisingumo Teismui nustatant nagrinėjamus principus.

42. Pirmasis ES teisės aktas, reglamentuojantis viešųjų darbų koncesijų sutarčių sudarymo, buvo 1989 m. liepos 18 d. Tarybos direktyva 89/440/EEB, kuria buvo iš dalies pakeista Direktyva 71/305/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo[19]. Ši direktyva turėjo būti perkelta į nacionalinę teisę iki 1990 m. liepos 19 d.[20] Taigi akivaizdu, kad ji negalėjo būti taikoma 1969 m. sutarčiai.

43. Vis dėlto Teisingumo Teismas taip pat yra konstatavęs, kad jeigu sutartis buvo sudaryta prieš priimant ES viešųjų pirkimų teisės aktus ir todėl nepatenka į šių teisės aktų taikymo sritį ir *ratione materiae*, ir *ratione temporis*, bet koks esminis sutarties pakeitimas turi būti nagrinėjamas atsižvelgiant į pakeitimo metu galiojusius ES teisės aktus. Visų pirma jeigu šalys ketina iš naujo derėtis dėl esminių sutarties sąlygų, ES viešųjų pirkimų taisyklių taikymas gali būti pateisinamas. Byloje dėl pažeidimo (tokioje, kaip ši) įrodinėjimo pareiga tenka Komisijai[21].

44. Neginčijama, kad nagrinėjama sutartis patenka į Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 3 dalyje pateiktą viešosios darbų koncesijos sutarties sąvokos apibrėžtį. Taip pat akivaizdu, kad ji viršija direktyvos (su pakeitimais) 56 straipsnyje nustatytą ribinę vertę. Taigi 2009 m. sutartis patenka į Direktyvos 2004/18 taikymo sritį ir *ratione materiae*, ir *ratione temporis*.

45. Tuo remiantis darytina išvada, kad visi 2009 m. sutartimi padaryti pakeitimai turi būti vertinami pagal Direktyvą 2004/18. Kaip Teisingumo Teismas paaiškino Sprendime *pressetext Nachrichtenagentur*[22], lemiama yra tai, ar pakeitimas gali būti laikomas „esminiu“.

17 2013 m. lapkričio 14 d. Sprendimas, C-221/12, EU:C:2013:736, 40 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija.

18 Dėl nediskriminavimo dėl pilietybės principo žr. 2000 m. gruodžio 7 d. Sprendimo *Telaustria ir Telefonadress*, C-324/98, EU:C:2000:669, 60 punktą.

19 OL L 210, 1989, p. 1. Vėliau Direktyva 71/305 buvo pakeista Tarybos direktyva 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, 1993, p. 54; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 2 t., p. 163), o ši buvo pakeista Direktyva 2004/18.

20 Žr. Direktyvos 89/440 3 straipsnį.

21 2000 m. spalio 5 d. Sprendimo *Komisija / Prancūzija*, C-337/98, EU:C:2000:543, 41–45 punktai.

22 2008 m. birželio 19 d. Sprendimas, C-454/06, EU:C:2008:351; dar žr. šios išvados 66 ir paskesnius punktus.

46. Taip pat norėčiau pažymėti, kad nors galima kelti klausimus, ar 1987 m. ir 1999 m. sutartys atitiko ES viešųjų pirkimų teisės aktus, Teisingumo Teismas neturi pagrindo jų nagrinėti šioje byloje. Komisija ginčijo tik 2009 m. sutarties atitiktį ES teisei. Taigi ankstesnes sutartis šioje išvadoje nurodysiu ir prireikus jas aiškinsiu tik tiek, kiek jos gali padėti suprasti, ar 2009 m. sutartimi buvo padaryti esminiai ANAS ir SAT sutartinių santykių pakeitimai.

Teisinis vertinimas

Komisijos argumentai

47. Šioje byloje Komisijai tenka pareiga įrodyti kiekvieną jos pateikiamą kaltinimą[23]. Taigi svarbu išsiaiškinti, dėl ko Komisija kaltina Italiją.

48. Komisija teigia, kad Italija pažeidė Direktyvos 2004/18 2 ir 58 straipsnius, nes neatliko viešojo pirkimo procedūros siekdama iš esmės pakeisti sutartį[24]. Šio kaltinimo faktinis pagrindas yra gana lakoniškas, t. y. kad 2009 m. sutartimi viešosios darbų koncesijos galiojimo terminas pratęstas nuo 2028 m., t. y. 1999 m. sutartyje nustatytos galiojimo pabaigos datos, iki 2046 metų. Italijos vyriausybė kritikuoja, kad šis kaltinimas pernelyg paprastas. Jos nuomone, 1999 m. sutartyje nustatyta 2028 m. data buvo susijusi tik su viena automagistralės atkarpa, o likusioms atkarpoms buvo numatytas kitas, vėliau nustatytinas terminas. Vis dėlto Italijos vyriausybė pripažįsta, kad dabar 2009 m. sutartyje nustatytas visos automagistralės koncesijos terminas, t. y. iki 2046 m.

49. Nemanau, kad toks Italijos vyriausybės argumentas turi poveikį Komisijos argumentų priimtinumui. Komisija aiškiai pateikė savo poziciją ir taip leido Italijos vyriausybei pateikti gynybinius argumentus dėl „Bendrijos teisės aktų, galiojusių termino, kurį Komisija nustatė atitinkamai valstybei narei atsakyti į jos pagrįstą nuomonę, pabaigoje“[25].

50. Teisingumo Teismas gali atlikti kaltinimų dėl pažeidimų teisinę analizę tik susidaręs aiškų vaizdą apie nagrinėjamas sutartis. Taigi būtina išanalizuoti pirmosios 1969 m. sutarties taikymo sritį, visų pirma joje nustatytą galiojimo pabaigos datą, o tada apsvarstyti paskesnėmis sutartimis nustatytus pakeitimus.

Dėl sutarčių aiškinimo

51. 1969 m. sutarties 7 straipsnyje buvo nustatytas galutinai neapibrėžtas koncesijos terminas „iki 30 metų“, skaičiuotinas nuo „visos automagistralės nuo Livorno iki Čivitavekijos užbaigimo“. Šis terminas buvo iš dalies pakeistas 1987 m. sutartimi, kad tai būtų lygiai 30 metų terminas, o ne „iki 30 metų“.

52. Ar galutinės galiojimo pabaigos datos (2028) nustatymas 1999 m. sutartyje buvo taikomas visai sutarčiai („platus“ aiškinimas), ar tik pirmajai automagistralės atkarpai nuo Livorno iki Čečinos (Rozinjano), kuri buvo atidaryta eismui 1993 m., tačiau kuri apėmė tik 36,6 km iš visai automagistralei numatytų 240 km („siauras“ aiškinimas)? Nors paprastai dėl sutarties pabaigos datos neturėtų kilti abejonių, šiuo atveju kyla abejonių dėl to, kuriems 1969 m. sutarties aspektams buvo taikoma ši nauja galiojimo pabaigos data.

53. Italijos vyriausybė renkasi siaurą aiškinimą; Komisija – platų aiškinimą.

23 Žr., be kita ko, 1982 m. gegužės 25 d. Sprendimo *Komisija / Nyderlandai*, 96/81, EU:C:1982:192, 6 punktą ir 2018 m. liepos 11 d. Sprendimo *Komisija / Belgija*, C-356/15, EU:C:2018:555, 25 punktą.

24 Žr. šios išvados 27 punktą.

25 1997 m. lapkričio 9 d. Sprendimo *Komisija / Italija*, C-365/97, EU:C:1999:544, 32 punktas.

54. Siaurą aiškinimą skatina rinktis tai, kad 1999 m. sutarties 2 straipsnio 1 punkte aiškiai nurodyta, kad ši sutartis taikoma tik pirmai automagistralės atkarpai nuo Livorno iki Čečinos, o 2 straipsnio 3 punkte nurodyta, kad reikės susitarti dėl būtinų sąlygų, susijusių su likusiomis dviem automagistralės atkarpomis, po to, kai bus priimti teisės aktai, kurie leistų toliau tęsti darbus šiose atkarpose. Taigi, remiantis tokiu aiškinimu, darytina išvada, kad 1999 m. sutartis taikoma tik tai pirmai automagistralės atkarpai, bet ne visam maršrutui.

55. Platų aiškinimą skatina rinktis tai, kad 1999 m. sutarties 23 straipsnyje numatyta, jog koncesija baigia galioti 2028 m., niekaip neišskiriant atskirų automagistralės atkarpų. Atrodo, kad tai patvirtina 2009 m. sutarties konstatuojamosios dalys, kuriose paaiškinta, kad 1969 ir 1987 m. sutartys, kurios buvo taikomos visai automagistralei be jokių išimčių, turėjo būti iš dalies pakeistos 1999 m. sutartimi, kad koncesijos galiojimo pabaigos data būtų nustatyta 2028 metais [26].

56. 2009 m. sutarties 4.1 straipsnio antroje dalyje aiškiai nurodyta, kad „pradinė“ 2028 m. galiojimo pabaigos data taikoma likusioms atkarpoms nuo Čečinos (Rozinjano) iki Čivitavekijos [27]. 2009 m. sutarties 4.1 straipsnio pirmoje dalyje taip pat numatyta nauja galiojimo pabaigos data 2046 m., taip pat neišskiriant atskirų automagistralės atkarpų [28].

57. Galiausiai iš Italijos vyriausybės atsakymo į Teisingumo Teismo klausimą ir dėl jo pateiktų Komisijos pastabų tapo aišku, kad darbai likusiose automagistralės atkarpose buvo pradėti prieš sudarant 2009 m. sutartį. Ši aplinkybė suteikia pagrindą nesirinkti siauro aiškinimo.

58. Taigi pritarčiau Komisijos siūlomam platesniam 1999 m. sutarties aiškinimui ir manau, kad 2009 m. sutarties 23 straipsniu visos automagistralės koncesijos galiojimo pabaigos data vietoj 2028 m., nustatytų 1999 m. sutartyje, buvo pakeista į 2046 m.

59. Vis dėlto, net jei būtų pasirinktas siauresnis aiškinimas, derėtų pažymėti, kad 2009 m. sutartyje galiojimo pabaigos data pakeičiama ir antrajai, ir trečiajai automagistralės atkarpai. Galima manyti, kad tai buvo grindžiama 1999 m. sutarties 2 straipsnio 3 punktu, kuriame buvo numatyta, kad antrosios ir trečiosios automagistralės atkarpos tiesimo sąlygos bus nustatytos vėliau.

60. Tai reiškia, kad 1969 ir 1987 m. sutartyse nustatytos galiojimo pabaigos datos po to nebebuvo taikomos nė vienai automagistralės atkarpai. Taigi nustačius galiojimo pabaigos datą 2009 m. sutartyje, pakeitimai taip pat buvo nustatyti antrajai ir trečiajai automagistralės atkarpai.

61. Čia reikėtų priminti, kad teiginys, jog prieš tai buvusi sutartis negali būti ginčijama remiantis paskesniais teisės aktais arba vėliau nustatytais teisės principais, turi būti laikomas išimtimi, kuri pagal suformuotą Teisingumo Teismo jurisprudenciją turi būti aiškinama siaurai [29]. Taigi po to, kai 1969 m. sutartis buvo iš dalies pakeista 1999 m. sutartimi, jos sąlygos nebegalėjo būti pakeistos atgal į palankesnes pagal pradinę sutartį.

62. Todėl manyčiau, kad 1999 m. sutartimi iš dalies pakeitus 1969 ir 1987 m. sutartis, numatant, kad dėl sąlygų bus susitarta vėliau, Italijos vyriausybė negali teigti, kad šios sąlygos, nustatytos 2009 m. sutartyje, daugiau ar mažiau atitinka pradines 1969 ir 1987 m. sutarčių sąlygas ir dėl šios priežasties joms neturėtų būti taikomi viešųjų pirkimų srityje nustatyti reikalavimai.

26 Žr. šios išvados 16 punktą.

27 Žr. šios išvados 20 punktą.

28 Žr. šios išvados 19 punktą.

29 2005 m. sausio 13 d. Sprendimo *Komisija / Ispanija*, C-84/03, EU:C:2005:14, 58 punktas.

63. Vis dėlto, net jeigu būtų laikomasi vadinamojo „labai siauro“ požiūrio, pagal kurį 2009 m. sutarties sąlygos, susijusios su antrąja ir trečiąja automagistralės atkarpa, būtų lyginamos tik su 1969 ir 1987 m. sutartyse nustatytomis sąlygomis, negalima paneigti to fakto, kad galiojimo pabaigos data vietoj neapibrėžto 30 metų termino buvo pakeista galutiniu 37 metų terminu. Taigi net vadovaujantis šiuo labai siauru aiškinimu, Komisijos kaltinimų esmė nesikeičia. Sutarties sąlygos buvo pakeistos.

64. Tiesiog norėčiau pridurti, kad jeigu kyla sunkumų ir neaiškumų dėl įvairių sutarčių tinkamų formuluočių ir reikšmės, ANAS, o per ją ir Italijos vyriausybė turi prisiimti atsakomybę už suderėtas sutartis. Kilus abejonių, dviprasmiškas tekstas neturėtų būti automatiškai aiškinamas jų naudai.

65. Dabar sugrįšiu prie klausimo, ar 2009 m. sutartimi padarytus pakeitimus galima laikyti esminiais.

Esminiai pakeitimai

66. Teisingumo Teismas yra nustatęs neišsamų sąrašą aplinkybių ir sąlygų, kuriomis pakeitimas laikytinas esminiu. Taigi Teisingumo Teismas sprendime *pressetext Nachrichtenagentur* konstatavo, kad pakeitimas gali būti laikomas esminiu:

– jeigu jis numato iš esmės skirtingas sąlygas nei nustatytosios pradinėje sutartyje ir taip parodo šalių valią sudaryti naują susitarimą dėl esminių tokios sutarties sąlygų; arba

– jei jis būtų nustatytas pradinės sutarties sudarymo procedūros metu, būtų suteikęs galimybę dalyvauti kitiems, nei dalyvavo, konkurso dalyviams arba laimėjusiu pripažinti kito nei pasirinktasis asmens pasiūlymą; arba

– jeigu juo į sutartį įtraukiama daug iš pradžių nenumatytų paslaugų; arba

– jeigu dėl jo pakeičiama sutarties ekonominė pusiausvyra rangovo naudai taip, kaip nebuvo numatyta pradinėje sutartyje [30].

67. Mano nuomone, šioje byloje yra įvykdyti du iš esminio pakeitimo kriterijų, kuriuos Teisingumo Teismas nustatė Sprendime *pressetext Nachrichtenagentur*. Šalys aiškiai ketino iš naujo susitarti dėl esminių sutarties sąlygų. Jos tai padarė taip, kad ekonominė pusiausvyra pasikeitė rangovo naudai.

68. Pradėčiau nuo to, ar sutarties galiojimo pabaigos data gali būti laikoma „esmine šios sutarties sąlyga“, kuria „pakeičiama ekonominė pusiausvyra“. Šioje byloje nagrinėjamos viešosios darbų koncesijos sutartys. Kuo ilgiau koncesininkas gali naudotis šia koncesija, tuo daugiau jis gali tikėtis gauti pelno užbaigęs darbus ir susigrąžinęs statybos išlaidas iš kelių mokesčių, mokamų už naudojimąsi automagistrale.

69. Mano nuomone, visiškai akivaizdu, kad termino trukmė, dėl kurios susitarė šalys, yra esminis bet kurios tokią koncesiją reglamentuojančios sutarties aspektas. 1999 m. sutartyje nustatytas 29 metų eksploatavimo terminas (iki 2028 m.) 2009 m. sutartyje buvo pratęstas dar 18 metų (iki 2046 m.). Tai reikia laikyti esminių sąlygų pakeitimu ir kartu sutarties ekonominės pusiausvyros pakeitimu koncesininko naudai.

30 2008 m. birželio 19 d. sprendimas, C-454/06, EU:C:2008:351, 34–37 punktai. Ši byla buvo susijusi su 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyvos 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, 1992, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 332) taikymu, tačiau Direktyvos 2004/18 kontekste nematau pagrįstos priežasties taikyti kitokio kriterijaus, susijusio su „esminiu pakeitimu“. Taip pat žr. 2000 m. spalio 5 d. Sprendimo *Komisija / Prancūzija*, C-337/98, EU:C:2000:543, 46 punktą ir 2013 m. liepos 11 d. Sprendimo *Komisija / Nyderlandai*, C-576/10, EU:C:2013:510, 46 punktą.

70. Žinoma, jeigu būtų laikomasi labai siauro požiūrio ir 2009 m. sutartyje nustatytas fiksuotas 37 metų eksploatavimo terminas būtų palygintas su 1969 m. sutartyje nustatytu neapibrėžtu 30 metų eksploatavimo terminu, būtų sunkiau įvertinti, kuris iš jų yra ekonomiškai naudingesnis koncesininkui.

71. Visgi pirmiau nurodžiau priežastis, dėl kurių manau, kad formuluotės nepatvirtina labai siauro aiškinimo [31]. Be to, jeigu, kaip šioje byloje, pakeitimas *bet kuriuo atveju* iš esmės pakeičia sutartį, manau, kad Italijos vyriausybė turi įrodyti, kad toks pakeitimas vis dėlto *neturėtų* būti laikomas „esminiu pakeitimu“, kaip tai suprantama pagal Sprendimą *pressetext Nachrichtenagentur* [32]. Nemanau, kad Italijos vyriausybė tai padarė šioje byloje.

72. Be to, jeigu Teisingumo Teismas nuspręstų, kad esminis pakeitimas susijęs tik su pirmąja automagistralės atkarpa (apie 36 km), Komisijos kaltinimas dėl šios atkarpos vis vien išliktų įrodytas.

73. Nelaikau reikšminga tos aplinkybės, kad pirmoji automagistralės atkarpa sudarė tik 15 % didesnio sutartinio įsipareigojimo nutiesti 240 km automagistralės. Tai negali paveikti išvados, kad nebuvo laikomasi viešųjų pirkimų srityje taikomų reikalavimų.

74. Taigi darau išvadą, kad 2009 m. sutartimi ankstesnės sutartys buvo pakeistos iš esmės, tad dėl jos turėjo būti atlikta viešojo pirkimo procedūra.

75. Dabar nagrinėsiu klausimą, ar Italijos vyriausybė gali remtis kuriuo nors iš pagrindų, kuris atleistų ją nuo šios pareigos.

Pagrindas taikyti išimtį

76. Italijos vyriausybė nurodė faktines ir teisines aplinkybes, kurios klostėsi nuo 1969 m., visų pirma išorinius pokyčius, kurių SAT negalėjo kontroliuoti ir kurie prisidėjo prie automagistralės tiesimo vėlavimo ir taigi galimybės naudotis koncesija. Italijos vyriausybė teigia, kad eksploatavimo laikotarpį reikėjo pratęsti siekiant „užtikrinti sutarties pusiausvyrą“. Jos teigimu, jeigu šis eksploatavimo laikotarpis nebūtų buvęs pratęstas, ši pusiausvyra būtų buvusi pažeista.

77. Atmetu šį argumentą dėl dviejų priežasčių.

78. Pirma, Teisingumo Teismas jau yra išaiškinęs, kad „nei tuo, kad viešojo pirkimo sutarties sąlygų esminis pakeitimas būtų grindžiamas ne sąmoningu perkančiosios organizacijos ir subjekto, kuriam skirta sutartis, siekiu iš naujo susitarti dėl šios sutarties sąlygų, bet jų siekiu pasiekti taikų susitarimą dėl vykdant minėtą sutartį kilusių objektyvių sunkumų, nei kai kurių veiksmų vykdant sutartį atlikimo objektyviu sąlygiškumu negalima pateisinti to, kad būtų nuspręsta atlikti šį pakeitimą nesilaikant vienodo požiūrio principo, kuris turi duoti naudos visiems potencialiai viešojo pirkimo sutartimi susidomėjusiems subjektams“ [33].

79. Antra, iš mano pirmiau apibendrintų faktinių aplinkybių [34] aišku, kad automagistralę buvo vėluojama tiesti pirmiausia dėl tam tikrų teisėkūros iniciatyvų, kurių ėmėsi pati Italijos vyriausybė. Nesvarbu, kokios buvo nagrinėjamų teisės aktų priėmimo priežastys, negalima paneigti to fakto, kad Italijos vyriausybė padarė aiškų pasirinkimą, priimdama teisės aktus, turinčius tiesioginį poveikį SAT galimybei tiesti ir eksploatuoti automagistralę pagal iš pradžių numatytą grafiką.

31 Žr. šios išvados 63 ir 64 punktus.

32 2008 m. birželio 19 d. Sprendimas, C-454/06, EU:C:2008:351, 34–37 punktai.

33 2016 m. rugsėjo 7 d. Sprendimo *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, 32 punktas.

34 Žr. šios išvados 21–23 punktus.

80. Iš suformuotos Teisingumo Teismo jurisprudencijos matyti, kad „valstybė narė, siekdama pateisinti direktyvoje numatytų pareigų ar terminų nesilaikymą, negali remtis praktiniais ar administraciniais sunkumais. Tai taikytina ir finansiniams sunkumams, kuriuos valstybės narės privalo įveikti, imdamosi tinkamų priemonių“ [35]. Taigi nors Italijos vyriausybė gal ir turėjo visiškai pagrįstas priežastis imtis priemonių, turėjusių poveikį anksčiau suteiktoms viešosioms darbų koncesijoms, ir nors Italijos vyriausybė galbūt ir norėjo sušvelninti šių teisės aktų poveikį SAT, pratęsdama eksploatavimo terminą, ji negalėjo to daryti nesilaikydama ES viešųjų pirkimų teisės.

81. Italijos vyriausybė taip pat teigia, kad viešųjų pirkimų procedūros neatlikimą 2009 m. (taip nukrypstant nuo vienodo požiūrio principo) galima pateisinti SAT teise remtis teisinio saugumo ir teisėtų lūkesčių principais.

82. Atrodo, kad taip teigdama, Italijos vyriausybė remiasi *a contrario* argumentu, paremtu Teisingumo Teismo sprendimu *Promoimpresa ir kt.*, kuriame Teisingumo Teismas konstatavo, kad „pagrindinėse bylose nagrinėjamos koncesijos suteiktos tada, kai jau buvo įtvirtinta, kad aiškų tarptautinį susidomėjimą keliančioms sutartims turi būti taikoma skaidrumo pareiga, todėl teisinio saugumo principu negalima remtis siekiant pateisinti skirtingą požiūrį, draudžiamą pagal SESV 49 straipsnį“ [36].

83. Kaip suprantu, šiuo atveju Italijos vyriausybė remiasi (neginčijama) aplinkybe, kad 1969 m. sutartis buvo sudaryta tada, kai dar nebuvo taikomos ES viešųjų pirkimų taisyklės ir principai, taigi teigia, kad jai ir toliau neturėtų būti taikoma ES teise grindžiama kontrolė. Vis dėlto klausimas yra ne tas, ar 1969 m. sutartis atitinka taikytinas ES taisykles. Klausimas yra, ar šias taisykles atitinka 2009 m. sutartis [37].

84. Be to, kaip teisingai pažymėjo Komisija, teisinio saugumo principu „negalima remtis siekiant taip išplėsti susitarimo taikymo sritį, kad tai prieštarautų vienodo požiūrio ir nediskriminavimo principams, taip pat iš jų išplaukiančiai skaidrumo pareigai. Šiuo atžvilgiu neturi reikšmės, ar toks išplėtimas galėtų būti protinga išeitis užbaigti tarp atitinkamų šalių dėl visiškai nuo jų valios nepriklausančių priežasčių kilusį ginčą dėl jų sudaryto susitarimo apimties“ [38]. Mano nuomone, nėra pagrindo šios pozicijos netaikyti 1969 m. sutarčiai.

85. Pagal patį koncesijos pobūdį daugiausia rizikos turi tekti koncesininkui [39]. Taigi skirtingai nei pagal kitų rūšių sutartis, koncesininkas (šiuo atveju SAT), sudarydamas pirmąją sutartį, privalo prisiimti neatsiejamą būsimos rizikos elementą. Įprastas komercinis atsargumas užtikrina, kad poreikis atsižvelgti į tokią riziką turės poveikį pateikiamam pasiūlymui ir (arba) išsamioms deryboms dėl pačios sutarties.

86. Reikėtų pažymėti, jog Teisingumo Teismas iš tiesų yra konstatavęs, kad viešųjų pirkimų procedūros pirminių pirkimo dokumentų nuostatos gali aiškiai leisti vėliau daryti esminius pakeitimus [40].

87. Tokiomis aplinkybėmis Italijos vyriausybė galėjo siekti įtikinti, kad 1999 m. sutarties 2 straipsnio 3 punktas, pagal kurį sutarties sąlygos, susijusios su antrąja ir trečiąja automagistralės atkarpa, turėjo būti sutartos vėliau, kai „įvykdomos teisinės ir faktinės sąlygos statybos programai, dėl kurios buvo suteikta koncesija, toliau tęsti“, turėtų būti laikomas pirkimo dokumentuose esančiai išlygai analogiška išlyga.

88. Mano nuomone, taip negali būti dėl dviejų priežasčių.

35 2012 m. spalio 18 d. Sprendimo *Komisija / Jungtinė Karalystė*, C-301/10, EU:C:2012:633, 66 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija.

36 2016 m. liepos 14 d. sprendimas, C-458/14 ir C-67/15, EU:C:2016:558, 73 punktas.

37 Žr. šios išvados 46 punktą.

38 2013 m. lapkričio 14 d. Sprendimo *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, 40 punktas.

39 2011 m. kovo 10 d. Sprendimo *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130, 24–26 punktai.

40 2016 m. rugsėjo 7 d. Sprendimo *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, 36 ir 37 punktai.

89. Pirma, *nebuvo* jokių pradinių „pirkimo dokumentų“, susijusių su viešojo pirkimų procedūra, nes nė dėl vienos iš nagrinėjamų sutarčių tokia procedūra nebuvo atliekama.

90. Antra, teisė pasinaudoti tokia išlyga kaip paskesnio esminio pakeitimo pagrindu turi būti laikoma išimtimi iš bendrojo principo, kad visi būtini elementai, kylantys iš viešųjų pirkimų procedūros, turėtų būti atspindėti viešosios perkančiosios organizacijos parengtuose pirkimo dokumentuose. Pagal suformuotą jurisprudenciją išimtys turi būti aiškinamos siaurai. Būtų nepriimtina, jeigu sutartis, kuriai iš pradžių nebuvo taikomi viešųjų pirkimų reikalavimai, vėliau galėtų būti „papildyta“, įtraukiant išlygą, kuria nustatomas esminis pakeitimas tuo metu, kai šiai sutarčiai jau būtų taikomi ES teisėje numatyti viešųjų pirkimų reikalavimai

91. Taigi net aiškinant 1999 m. sutartį kaip tokią, kurioje yra numatyta išlyga dėl būsimų pakeitimų, ši išlyga negali būti pagrindas netaikyti 2009 m. sutarčiai reikalavimo laikytis Direktyvos 2004/18.

92. Galiausiai nemanau, kad Italija gali remtis Direktyvos 2004/18 61 straipsniu, pagal kurį leidžiama daryti pakeitimus dėl „papildomų darbų“. 1999 ir 2009 m. padaryti esminiai pakeitimai buvo susiję ne su pradinių darbų, kuriuos ėmėsi atlikti koncesininkas, apimtimi, o su *laiku*, kuris buvo suteiktas SAT gauti pelną iš šių darbų po jų užbaigimo. Toks pakeitimas nepatenka į 61 straipsnio taikymo sritį *ratione materiae*.

93. Mano nuomone, 2009 m. sutarties 4.1 straipsnyje nustatytas koncesijos galiojimo trukmės pakeitimas buvo esminis pakeitimas, kaip jis apibrėžtas Sprendime *pressetext Nachrichtenagentur*[41], neatsižvelgiant į tai, ar jis būtų nagrinėjamas atsižvelgiant į 1999 m. sutartį (kaip teigia Komisija), ar į 1969 m. sutartį (Italijos vyriausybės siūlomas požiūris). Taigi 2009 m. sutarties sudarymas neatlikus viešojo pirkimo procedūros pažeidė Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje nustatytą vienodo požiūrio pareigą ir jos 58 straipsnyje nustatytą pareigą paskelbti skelbimą apie pirkimą.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

94. Pagal Teisingumo Teismo procedūros reglamento 138 straipsnio 1 dalį pralaimėjusiai šaliai nurodoma padengti bylinėjimosi išlaidas, jeigu laimėjusi šalis to reikalavo. Kadangi, mano nuomone, Teisingumo Teismas turėtų patenkinti Europos Komisijos reikalavimą, Italijos Respublika turėtų padengti bylinėjimosi išlaidas.

Išvada

95. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui:

1) pripažinti, kad 2009 m. pratęsus A12 automagistralės tiesimo ir tvarkymo viešosios darbų koncesijos terminą, t. y. 2028 m., iki 2046 m., padarytas perkančiosios organizacijos (*Azienda Nazionale Autonoma delle Strade*) ir koncesininko (*Società Autostrada Tirrenica*) 1999 m. sutarties sudarytos sutarties esminio aspekto pakeitimas, ir kad tokį pakeitimą padariusi nevykdant viešojo pirkimo procedūros, Italijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (su pakeitimais) 2 ir 58 straipsnius;

2) priteisti iš Italijos Respublikos bylinėjimosi išlaidas.

41 2008 m. birželio 19 d. Sprendimas, C-454/06, EU:C:2008:351, 34–37 punktai.