Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 21 mars 2019[1]

Mål C-526/17

Europeiska kommissionen
mot

Republiken Italien

”Fördragsbrott – Direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster – Koncession avseende byggentreprenader – Förlängning av en befintlig koncession för byggande och drift av en motorväg utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling”

1. År 1969 tilldelades en byggkoncession utan föregående upphandling för en motorväg som skulle byggas mellan Livorno och Civitavecchia på den italienska västkusten. Kontraktet ändrades senare genom ytterligare kontrakt åren 1987, 1999 och 2009. Inte vid något tillfälle föregicks dessa ytterligare kontrakt av en upphandling.

2. Europeiska kommissionen har nu i enlighet artikel 258 FEUF väckt talan om fördragsbrott mot Republiken Italien. Kommissionen anser att det kontrakt som ingicks år 2009 utgjorde en betydande ändring i förhållande till det ursprungliga kontraktet och att en upphandling därför borde ha genomförts i enlighet med direktiv 2004/18/EG.[2] Republiken Italien har bestritt detta påstående.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3. I artikel 1.2 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[3] eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”. I artikel 1.2 föreskrivs vidare att ”[m]ed byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion”. 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”.

1 Originalspråk: engelska.

2 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), nu upphävt genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling (EUT L 94, 2014, s. 65).

3 Bilaga I inbegriper ”anläggning av vägar”.

4. I artikel 2 i direktiv 2004/18 föreskrivs att ”[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.

5. I artikel 56 föreskrivs att reglerna om koncessioner avseende byggentreprenader ”skall tillämpas på alla koncessioner avseende byggentreprenader som en upphandlande myndighet sluter om upphandlingskontraktet har ett värde på minst 5 150 000 euro”. [4]

6. I artikel 58 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.”

7. I artikel 61 föreskrivs följande:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på kompletterande byggentreprenader som inte ingår vare sig i det ursprungliga koncessionsprojektet eller i det ursprungliga kontraktet, vilka på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för utförande av byggentreprenaden enligt beskrivningen i koncessionsprojektet eller kontraktet, och som den upphandlande myndigheten tilldelar koncessionshavaren, under förutsättning att kontraktet tilldelas den ekonomiska aktör som utför denna byggentreprenad

– om dessa kompletterande byggentreprenader tekniskt och ekonomiskt inte kan skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora olägenheter för de upphandlande myndigheterna, eller

– om dessa byggentreprenader, även om de kan skiljas från utförandet av det ursprungliga kontraktet, är strikt nödvändiga för dess fullständiga färdigställande.

Det totala beloppet för de kontrakt som tilldelas för kompletterande byggentreprenader får dock inte överstiga 50 % av beloppet för den ursprungliga byggentreprenaden som var föremål för koncessionen.”

8. I artikel 80.1 föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 31 januari 2006”.

4 Enligt den ändrade lydelsen i kommissionens förordning (EG) nr 1422/2007 av den 4 december 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 317, 2007, s. 34).

Bakgrund och förfarandet

1969 års kontrakt

9. Den 23 oktober 1969 ingick den upphandlande myndigheten Azienda Nationale delle Strade (ANAS) och den ekonomiska aktören Società Autostrada Tirenica (SAT) [5] ett byggkoncessionskontrakt (nedan kallat 1969 års kontrakt).

10. I artikel 1.1 i kontraktet angavs att syftet var att bygga och driva motorväg A12 från Livorno (Cecina) till Civitavecchia (nedan kallad motorvägen). [6] I artikel 1.2 angavs motorvägens totala längd till ”omkring 237 km”.

11. I artikel 7 föreskrevs att ”koncessionen kommer att upphöra vid utgången av det trettionde året efter den dag då hela motorvägen tagits i bruk. Utan att det påverkar bestämmelserna i artikel 5.5 och 5.6 ska perioden i fråga under inga omständigheter överstiga 30 år från dagen för slutförande av de anläggningsarbeten som beskrivs i den allmänna genomförandeplan för byggentreprenaden som det hänvisas till i artikel 5.1 och 5.2”.

1987 års kontrakt

12. Den 14 oktober 1987 ingicks ytterligare ett kontrakt mellan samma parter (nedan kallat 1987 års kontrakt). Genom detta kontrakt ersattes, enligt vad den italienska regeringen har angett, artikel 7 i 1969 års kontrakt med följande bestämmelse: ”Denna koncessions varaktighet fastställs till trettio år från den dag då hela motorvägen är öppen för trafik.”

1999 års kontrakt

13. Den 7 oktober 1999 ingicks ytterligare ett kontrakt mellan samma parter (nedan kallat 1999 års kontrakt). I artikel 2.1 i det kontraktet föreskrevs att ”genom detta avtal mellan den koncessionsgivande myndigheten och koncessionshavaren regleras driften av den sträcka om 36,6 km mellan Livorno och Cecina som öppnades för trafik den 3 juli 1993 och som är en del av motorväg A12 mellan Livorno och Civitavecchia, för vilken SAT har tilldelats bygg- och driftskoncessionen”.

14. I artikel 2.3 föreskrevs vidare att ”när de rättsliga och faktiska villkoren för att fortsätta de byggentreprenader avseende vilka koncessionen har tilldelats är uppfyllda, ska ett tillägg ingås i syfte att upprätta en kontraktsram för byggandet och driften av två ytterligare sträckor: Cecina–Grosseto och Grosseto–Civitavecchia”.

15. Artikel 23 hade rubriken ”Koncessionens varaktighet”. Där föreskrevs att ”koncessionen ska upphöra den 31 oktober 2028”.

5 Tyrrenska havet (il mar Tirreno), som den ekonomiska aktören har tagit sitt namn från, är en del av Medelhavet utanför den italienska västkusten. Det avgränsas i söder av Sicilien, i väster av Sardinien och Korsika och i norr av ön Elba och Golfo di Follonica. Vattnen härifrån och upp till själva Livorno är en del av Liguriska havet (il mar Ligure). Se webbplatsen för Istituto idrografico della Marina (http://www.marina.difesa.it).

6 Begreppet motorväg, som används i detta förslag till avgörande, definieras i artikel 1.2 i 1969 års kontrakt som ”en körbana med två körfält, där de båda sidorna är 7,5 meter breda och skiljs från varandra av en mittremsa och kantas av en vägren”.

2009 års kontrakt

16. Den 11 mars 2009 ingicks ännu ett kontrakt mellan samma parter (nedan kallat 2009 års kontrakt). I skälen till det kontraktet anges bland annat att den 7 oktober 1999 ingicks det nya avtalet mellan ANAS och SAT, godkänt genom dekret av den 21 december 1999, registrerat av revisionsrätten den 11 april 2000, vilket ersatte det tidigare avtalet av den 23 oktober 1969 och det tillhörande tillägget av den 14 oktober 1987 och i vilket det bland annat föreskrevs att koncessionen ska upphöra den 31 oktober 2028.

17. I artikel 1.4 föreskrivs att ”parterna har enats om att de inte har några rättigheter, intressen eller anspråk, vare sig faktiska eller framtida, med avseende på avtalet av den 7 oktober 1999 eller någon akt eller åtgärd som antagits före ingåendet av förevarande avtal”.

18. I artikel 2.1 föreskrivs att ”detta enda avtal ska helt och uteslutande reglera förhållandet mellan den koncessionsgivande myndigheten och koncessionshavaren vad gäller projektering, byggande och drift avseende alla de byggentreprenader som tidigare tilldelats enligt det koncessionskontrakt som ingicks med ANAS den 7 oktober 1999: a) A12 Livorno–Cecina (Rosignano) 36,6 km (öppnades för trafik den 3 juli 1993), b) Cecina (Rosignano)–Grosseto, 110,5 km, och c) Grosseto–Civitavecchia, 95,5 km, sammanlagt 242,6 km”.

19. I den första delen av artikel 4.1 föreskrivs att ”med hänsyn till de perioder då utförandet av byggentreprenaderna avbrutits i enlighet med ingressen och artikel 143 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, ska koncessionen för färdigställande av motorvägen mellan Cecina (Rosignano) och Civitavecchia upphöra den 31 december 2046”.

20. I den andra delen av artikel 4.1 föreskrivs att ”om den koncessionsgivande myndigheten inte har godkänt det slutliga projektet och den tillhörande finansplanen för utförandet av sträckan mellan Cecina och Civitavecchia senast den 31 december 2012, ska parterna fastställa de ekonomiska och finansiella följderna av detta, inbegripet de uppkomna investeringskostnaderna, med hänvisning till koncessionens upphörande på det ursprungligen fastställda slutdatumet, det vill säga den 31 oktober 2028”.

Anläggningsarbetenas fortskridande

21. I skälen i 2009 års kontrakt anges att anläggningsarbetena på motorvägen hade avbrutits i enlighet med artikel 11 i lag nr 287 av den 28 april 1971[7] och artikel 18a i lagdekret nr 376 av den 13 augusti 1975,[8] vilket senare omvandlades till lag nr 492 av den 16 oktober 1975.[9] Arbetet hade senare återupptagits i enlighet med artiklarna 9 och 14 i lag nr 531/1982, som antogs den 12 augusti 1982.[10]

7 Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (Lag nr 287 om ändring och komplettering av lagstiftningen om motorvägar), GURI nr 137 av den 1 juni 1971.

8 Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (Lagdekret nr 376 om vidtagande av åtgärder för ekonomisk återhämtning inom export, byggverksamhet och offentliga arbeten), GURI nr 218 av den 18 augusti 1975.

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 (Omvandling till lag, med ändringar, av lagdekret nr 376 av den 13 augusti 1975 om åtgärder för ekonomisk återhämtning inom export, byggverksamhet och offentliga arbeten), GURI nr 276 av den 17 oktober 1975.

10 Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (Lag nr 531 om inrättande av en tioårsplan för större vägars lönsamhet och omstruktureringsåtgärder i motorvägssektorn), GURI nr 223 av den 14 augusti 1982.

22. Det är ostridigt att den första sträckan av motorvägen, som är 36,6 kilometer lång och går från Livorno till Cecina (Rosignano), öppnades för trafik den 3 juli 1993. Den andra och den tredje sträckan av motorvägen, från Cecina (Rosignano) till Grosseto respektive från Grosseto till Civitavecchia, hade inte byggts vid den tidpunkten. Endast kortare sträckor har färdigställts sedan dess. [11]

23. I skälen till 2009 års kontrakt anges vidare att anläggningsarbetena på motorvägen hade avbrutits ännu en gång i enlighet med artikel 55.12 i lag nr 449 av den 27 december 1997, [12] men hade återupptagits i enlighet med lag nr 443 av den 21 december 2001. [13] Enligt den italienska regeringen krävdes vidare enligt lag nr 286 av den 24 november 2006 och lag nr 101 av den 6 juni 2008 att de befintliga koncessionskontrakten skulle konsolideras. Det var mot denna bakgrund som 2009 års kontrakt ingicks.

24. Varken kommissionen eller den italienska regeringen har lämnat några uppgifter om senare ändringar av den italienska lagstiftningen som skulle kunna påverka kontraktets giltighet. [14]

Det administrativa förfarandet

25. År 2009 mottog kommissionen ett klagomål rörande förlängningen av giltighetstiden (från den 31 oktober 2028 till den 31 december 2046) för den byggkoncession som tilldelats SAT. Kommissionen utredde klagomålet, som registrerades med nummer 2009/4154. Av skriftväxlingen mellan kommissionen och Italien framgår att Italien åtog sig att korta giltighetstiden med tre år, till år 2043, och att säkerställa att alla byggentreprenader på motorvägen skulle vara föremål för upphandling. Mot bakgrund av detta åtagande beslutade kommissionen att inte gå vidare med klagomål nr 2009/4154.

26. Det verkar som om SAT lade ut byggentreprenader motsvarande omkring 30 procent av koncessionens värde på företag som det kontrollerar. Detta ska ha gjorts vid två olika tillfällen, den 15 december 2009 och den 30 mars 2012, till ett värde om 34 724 661 euro respektive 117 323 225 euro.

27. Den 22 april 2014 sände kommissionen en skrivelse till Italien med sin formella ståndpunkt att Italien hade överträtt direktiv 2004/18, särskilt artiklarna 2 och 58, eftersom koncessionens giltighetstid hade förlängts genom 2009 års kontrakt utan att en upphandling hade genomförts, och att artikel 61 i direktivet inte var tillämplig på de aktuella omständigheterna.

28. I juni 2014 erbjöd Italien sig att lägga ut 70 procent av byggentreprenaderna på upphandling och upprepade sitt erbjudande att korta koncessionens giltighetstid med tre år.

29. Den 17 oktober 2014 sände kommissionen ett motiverat yttrande till Italien. Kommissionen vägrade godta att 30 procent av byggentreprenaderna *inte* skulle vara föremål för upphandling. Kommissionen ansåg att förlängningen av kontraktet till år 2046 motsvarade tilldelning av ett nytt kontrakt och att ”eftersom ANAS har ingått ett avtal med SAT, genom vilket slutdatumet för

11 Se punkt 36 nedan.

12 Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (Lag nr 449, Vidtagande av åtgärder för att stabilisera de offentliga finanserna), GURI nr 302 av den 30 december 1997.

13 Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (Lag nr 443, Delegering till regeringen i frågor rörande strategisk infrastruktur och produktionsanläggningar samt andra ingripanden för produktionsverksamhetens återhämning), GURI nr 299 av den 27 december 2001.

14 Motorvägsbyggets planerade sträckning tycks ha orsakat oenighet och problem och har påtalats bland annat vad gäller dess miljöpåverkan (se wikivisually.com). Jag lägger mig inte i den diskussionen i mitt förslag till avgörande.

koncessionen för motorväg A12 mellan Civitavecchia och Livorno har flyttats fram från den 31 oktober 2028 till den 31 december 2046, utan att först ha offentliggjort ett meddelande om upphandling, har Republiken Italien underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18/EG".

30. Till följd av det motiverade yttrandet föreslog Italien olika åtaganden i syfte att lösa tvisten med kommissionen:

– Den 27 oktober 2014 sände Italien ett utkast till kontrakt till kommissionen enligt vilket giltighetstiden kortades med tre år och som innehöll ett åtagande att lägga ut 100 procent av byggentreprenaderna på upphandling.

– Den 26 juni 2015 sände Italien ett utkast till kontrakt till kommissionen enligt vilket giltighetstiden kortades med sex år och som innehöll ett åtagande att lägga ut 100 procent av byggentreprenaderna på upphandling.

– Den 22 juli 2015 sände Italien ett utkast till kontrakt till kommissionen och föreslog att giltighetstiden skulle kortas från år 2046 till år 2040 och att 100 procent av byggentreprenaderna skulle tilldelas genom upphandling. Vidare skulle SAT fråntas sitt kontrakt om det inte lade ut byggentreprenaderna på tredje parter och slutdatumet för koncessionen skulle ändras till år 2028 om utkastet till kontrakt inte hade godkänts senast den 28 februari 2017.

– Den 24 juli 2015 tillhandahöll Italien ytterligare förklaringar till varför det hade varit nödvändigt att förlänga giltighetstiden och angav att förseningarna i anläggningsarbetena bland annat berodde på att offentliga medel saknades och på problem som rörde den allmänna säkerheten.

31. Den 8 mars 2016 begärde kommissionen att Italien ska vidta alla nödvändiga åtgärder så att byggkoncessionskontraktet kan avslutas senast den 31 oktober 2028, såsom det tidigare föreskrevs i 1999 års kontrakt.

32. Som svar sände Italien den 18 november 2016 bevisning till kommissionen i form av en handling upprättad av notarius publicus som styrkte att SAT hade åtagit sig att ta in anbud för alla byggentreprenader. Italien nämnde också möjligheten att slutdatumet för koncessionen skulle ändras från år 2046 till år 2038.

Förfarandet

33. Kommissionen ansåg att Italiens svar var otillräckliga. Den 4 september 2017 väckte den därför talan om fördragsbrott i enlighet med artikel 258 FEUF med yrkande om att domstolen ska fastställa att ”Republiken Italien har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18/EG … i dess ändrade lydelse genom att förlänga giltighetstiden för byggentreprenadkontraktet för motorväg A12 mellan Civitavecchia och Livorno till den 31 december 2046 utan att offentliggöra ett meddelande om upphandling”. Kommissionen har också yrkat att Republiken Italien ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

34. Kommissionen och den italienska regeringen har inkommit med skriftliga yttranden, och den italienska regeringen har besvarat en skriftlig fråga från domstolen, vilket kommissionen har yttrat sig över.

35. Den skriftliga frågan rörde de investeringar som SAT redan gjort i motorvägsbygget och de förväntade investeringarna fram till 2028 samt den totala investeringen, på vilken SAT enligt vad som påstått inte kommer att få en tillräcklig avkastning, om koncessionen upphör år 2028. I sitt svar av den 3 oktober 2018 till domstolen angav den italienska regeringen följande:

i) Mellan år 2009 och år 2017 investerade SAT 253,136 miljoner euro i två motorvägssträckor från Cecina (Rosignano) till San Pietro in Palazzi och från Tarquina Sud till Civitavecchia. Båda dessa har öppnats för trafik.

ii) Enligt 2011 års finansplan, som grundade sig på 2009 års kontrakt, skulle SAT investera 3 411,7 miljoner euro i att färdigställa motorvägen senast år 2028, varav ovannämnda 253,136 miljoner euro täckte arbeten som planerades för perioden 2009–2015. Om kontraktet avslutades år 2028 skulle SAT gå miste om planerade intäkter på 1 135,7 miljoner euro under perioden 2028–2046.

iii) Enligt 2016 års finansplan, som grundade sig på de åtaganden som Italien föreslagit för kommissionen under det administrativa förfarandet, skulle SAT investera sammanlagt 1 400 miljoner euro fram till 2023. Eftersom 253,136 miljoner euro redan hade investerats, återstod 1 146,86 miljoner att investera. Om kontraktet avslutades år 2028 skulle SAT gå miste om planerade intäkter på 505,185 miljoner euro mellan år 2028 och år 2038 (vilket var ett av de datum för koncessionens upphörande som Italien hade föreslagit under det administrativa förfarandet). [15]

36. I sitt yttrande av den 25 oktober 2018 över detta skriftliga svar påpekade kommissionen att den tidsram för investeringarna som den italienska regeringen angett inte överensstämde med tidsramen i frågan från domstolen. Kommissionen påpekade också att enligt SAT:s egen webbplats öppnades motorvägssträckan från Cecina (Rosignano) till San Pietro in Palazzi år 2012 och den från Tarquina Sud till Civitavecchia år 2016. Kommissionen påpekade att den totala motorvägssträcka som nu färdigställts har uppgetts vara 54,6 km. Detta är 18 km mer än de 36,6 km som hade färdigställts år 1993. Kommissionen påpekade slutligen att enligt tidningsuppgifter beslutade den italienska regeringen år 2017 att inte genomföra några ytterligare arbeten på den planerade motorvägen, utan att i stället renovera befintliga vägar. [16]

37. Italien och kommissionen utvecklade sin talan och svarade på domstolens frågor vid förhandlingen den 12 december 2018.

Inledande synpunkter

Huruvida direktiv 2004/18 är tillämpligt

38. Italien har bestritt att direktiv 2004/18 är tillämpligt på ett kontrakt som ursprungligen ingicks år 1969, innan det fanns någon rättspraxis eller relevant sekundärlagstiftning om offentlig upphandling.

39. Jag instämmer inte med Italien. Även om ett ursprungligt kontrakt i sig kan falla utanför tillämpningsområdet för bestämmelserna om offentlig upphandling, innebär inte detta att också alla ändringar till avtalet faller utanför bestämmelsernas tillämpningsområde.

15 Se punkt 30 ovan.

16 Kommissionen hänvisade till en artikel i *Il Fato quotidiano* av den 15 april 2017, som den bifogat som bilaga till sitt yttrande.

40. I domen Belgacom [17] konstaterade domstolen att ”[v]isserligen kan rättssäkerhetsprincipen, som utgör en grundläggande unionsrättslig princip, innebära att det är motiverat att iaktta ett avtals rättsverkningar, vilket även i den mån det följer av den principen gäller avtal som ingicks innan domstolen uttalade sig om primärrättens verkningar med avseende på avtal av det slaget och vilka senare visade sig vara oförenliga med nämnda verkningar”.

41. Domstolen har också slagit fast att även om de grundläggande principerna för offentlig upphandling under vissa omständigheter är tillämpliga på kontrakt som formellt inte omfattas av tillämpningsområdet för unionslagstiftningen om offentlig upphandling, [18] kan sådana grundläggande principer (här särskilt principerna om likabehandling och insyn) inte tillämpas på kontrakt som ingicks innan principerna i fråga hade fastställts av domstolen.

42. Det första av de unionsrättsliga instrumenten om tilldelning av koncessioner avseende byggentreprenader utgjordes av rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989, om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. [19] Det direktivet skulle införlivas senast den 19 juli 1990. [20] Uppenbarligen kunde det därför inte vara tillämpligt på 1969 års kontrakt.

43. Domstolen har emellertid också slagit fast att när ett kontrakt ingåtts innan unionslagstiftning om offentlig upphandling antagits och kontraktet således inte omfattas av vare sig lagstiftningens materiella tillämpningsområde (*ratione materiae*) eller dess tidsmässiga tillämpningsområde (*ratione temporis*), ska eventuella betydande ändringar av kontraktet bedömas mot bakgrund av den unionslagstiftning som var i kraft vid tidpunkten för ändringen. Särskilt när parternas avsikt är att omförhandla väsentliga villkor i kontraktet kan det vara motiverat att tillämpa unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. I förfaranden som (liksom i förevarande fall) avser fördragsbrott har kommissionen bevisbördan. [21]

44. Det är ostridigt att kontraktet i fråga motsvarar definitionen av *byggkoncession* i artikel 1.3 i direktiv 2004/18. Det är också klart att det överstiger tröskelvärdet i artikel 56 i samma direktiv, i dess ändrade lydelse. Följaktligen omfattas 2009 års kontrakt av såväl det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) som det tidsmässiga tillämpningsområdet (*ratione temporis*) för direktiv 2004/18.

45. Av detta följer att eventuella ändringar som införts genom 2009 års kontrakt ska bedömas mot bakgrund av direktiv 2004/18. Som domstolen förklarade i domen pressetext Nachrichtenagentur [22] är den avgörande frågan huruvida ändringarna kan anses vara ”betydande”.

46. Det ska också påpekas att även om det kan ifrågasättas huruvida 1987 och 1999 års kontrakt uppfyllde kraven i unionslagstiftningen om offentlig upphandling, finns det ingen grund för att domstolen skulle pröva sådana frågor i förevarande mål. Kommissionen har endast ifrågasatt huruvida 2009 års kontrakt är förenligt med unionsrätten. Jag kommer i mitt förslag till avgörande följaktligen att hänvisa till och vid behov tolka de tidigare kontrakten endast i den mån de kan bidra till en förståelse av huruvida 2009 års kontrakt har medfört betydande ändringar av avtalsförhållandet mellan ANAS och SAT.

17 Dom av den 14 november 2013, C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 40 och där angiven rättspraxis.

18 Se, beträffande principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, dom av den 7 december 2000, Telaustria och Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, punkt 60.

19 Direktiv av den 18 juli 1989 (EGT L 210, 1989, s. 1). Direktiv 71/305 ersattes senare av rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, 1993, s. 54), vilket i sin tur ersattes genom direktiv 2004/18.

20 Se artikel 3 i direktiv 89/440.

21 Dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkterna 41–45.

22 Dom av den 19 juni 2008, C-454/06, EU:C:2008:351; se även punkt 66 och följande punkter nedan.

Rättslig bedömning

Kommissionens argument

47. I förevarande förfarande åligger det kommissionen att bevisa varje påstående som den gör.[23] Det är därför viktigt att klargöra de argument som kommissionen har anfört mot Italien.

48. Kommissionen har hävdat att Italien har överträtt artiklarna 2 och 58 i direktiv 2004/18 genom att underlåta att genomföra en upphandling när en betydande ändring i ett kontrakt skulle införas.[24] Grunden för kommissionens påstående är kortfattat att genom 2009 års kontrakt har giltighetstiden för byggkoncessionen förlängts från år 2028, som var det slutdatum som angavs i 1999 års kontrakt, till år 2046. Den italienska regeringen har invänt att detta påstående är alltför förenklat. Den anser att slutdatumet år 2028 i 1999 års kontrakt endast gällde en sträcka av motorvägen, medan slutdatumet för de återstående sträckorna skulle bestämmas senare. Den italienska regeringen har dock medgett att i 2009 års kontrakt fastställs nu slutdatumet för hela koncessionen avseende motorvägen till år 2046.

49. Jag anser inte att den italienska regeringens argument påverkar huruvida kommissionens argument kan godtas. Kommissionen har framfört sin ståndpunkt tydligt, så att den italienska regeringen har kunnat förbereda sitt försvar mot bakgrund av den ”gemenskapslagstiftning som var i kraft då den tidsfrist löpte ut som kommissionen hade föreskrivit för att medlemsstaten i fråga skulle rätta sig efter dess motiverade yttrande”.[25]

50. Domstolen kan göra en rättslig bedömning av påståendena om fördragsbrott endast om den har en klar bild av de kontraktsmässiga överenskommelserna i fråga. Det är därför nödvändigt att bedöma räckvidden av det ursprungliga kontraktet från 1969, särskilt det slutdatum som fastställdes däri, och att därefter överväga de ändringar som införts genom de efterföljande kontrakten.

Tolkning av kontrakten

51. I artikel 7 i 1969 års kontrakt föreskrevs vad som kan kallas en obestämd giltighetstid på upp till 30 år för koncessionen och som skulle börja löpa efter det att ”hela motorvägen från Livorno till Civitavecchia färdigställts”. Genom 1987 års kontrakt ändrades giltighetstiden till exakt 30 år, i stället för upp till 30 år.

52. Var det definitiva slutdatum (2028) som fastställdes i 1999 års kontrakt tillämpligt på hela kontraktet (nedan kallat den vida tolkningen), eller endast på den första sträckan av motorvägen från Livorno till Cecina (Rosignano), som öppnade för trafik år 1993, men som endast utgjorde 36,6 kilometer av den planerade sträckan på 240 kilometer för hela motorvägen (nedan kallad den snäva tolkningen)? Även om det normalt inte bör föreligga någon tvekan om slutdatumet för ett kontrakt, föreligger det i förevarande fall tvekan om vilka delar av 1969 års kontrakt som omfattades av det nya slutdatumet.

53. Den italienska regeringen föredrar den snäva tolkningen, medan kommissionen föredrar den vida.

23 Se, bland annat, dom av den 25 maj 1982, kommissionen/Nederländerna, 96/81, EU:C:1982:192, punkt 6, och dom av den 11 juli 2018, kommissionen/Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, punkt 25.

24 Se punkt 27 ovan.

25 Dom av den 9 november 1997, kommissionen/Italien, C-365/97, EU:C:1999:544, punkt 32.

54. För den snäva tolkningen talar den omständigheten att det i artikel 2.1 i 1999 års kontrakt uttryckligen angavs att det kontraktet endast gällde den första sträckan av motorvägen från Livorno till Cecina, medan det i artikel 2.3 angavs att man skulle komma överens om de nödvändiga villkoren för de återstående två motorvägssträckorna när lagstiftning som gjorde det möjligt att fortsätta arbetet på dessa sträckor hade antagits. Enligt denna tolkning var 1999 års kontrakt således tillämpligt endast på den första motorvägssträckan, inte på hela motorvägen.

55. För en vidare tolkning talar den omständigheten att det i artikel 23 i 1999 års kontrakt angavs att koncessionen skulle upphöra år 2028, utan att det gjordes någon uppenbar åtskillnad mellan de olika motorvägssträckorna. Detta stöds av skälen i 2009 års kontrakt, där det anges att 1969 och 1987 års kontrakt, vilka gällde hela motorvägen utan åtskillnad, ändrades genom 1999 års kontrakt, så att koncessionen skulle upphöra år 2028. [26]

56. I den andra delen av artikel 4.1 i 2009 års kontrakt anges uttryckligen att det ”ursprungliga” slutdatumet år 2028 gäller för de återstående sträckorna från Cecina (Rosignano) till Civitavecchia. [27] I den första delen av artikel 4.1 i 2009 års kontrakt anges också ett nytt slutdatum år 2046, också här utan att åtskillnad görs mellan de olika motorvägssträckorna. [28]

57. Av den italienska regeringens svar på domstolens fråga och kommissionens yttranden över det står det slutligen klart att anläggningsarbeten utfördes på de återstående motorvägssträckorna innan 2009 års kontrakt ingicks. Denna omständighet talar emot den snäva tolkningen.

58. Jag föredrar därför den vidare tolkning av 1999 års kontrakt som kommissionen har anfört och anser att genom artikel 23 i 2009 års kontrakt har slutdatumet för koncessionen för hela motorvägen ändrats från år 2028, som fastställdes i 1999 års kontrakt, till år 2046.

59. Även om den snävare tolkningen skulle väljas ska det emellertid påpekas att genom 2009 års kontrakt har slutdatumet också för den andra och den tredje sträckan av motorvägen ändrats. Denna slutsats kan grundas på artikel 2.3 i 1999 års kontrakt, där det föreskrevs att villkoren för den andra och den tredje sträckan av motorvägen skulle fastställas vid en senare tidpunkt.

60. Mot denna bakgrund var de slutdatum som angavs i 1969 och 1987 års kontrakt därefter inte längre tillämpliga på någon del av motorvägen. Fastställandet av ett slutdatum i 2009 års kontrakt utgjorde följaktligen också en ändring avseende den andra och den tredje sträckan av motorvägen.

61. Det ska erinras om att det förhållandet att ett tidigare ingånget kontrakt inte kan ifrågasättas med hänvisning till senare antagen lagstiftning eller senare fastställda rättsprinciper måste anses utgöra ett undantag, vilket enligt domstolens fasta praxis ska tolkas restriktivt. [29] När 1969 års kontrakt väl hade ändrats genom 1999 års kontrakt, kunde det således inte senare ändras tillbaka till mer generösa villkor i linje med det ursprungliga kontraktet.

62. Jag anser därför att eftersom 1969 och 1987 års kontrakt ändrades genom 1999 års kontrakt genom att det föreskrevs att man skulle komma överens om villkoren i ett senare skede, kan den italienska regeringen inte hävda att dessa villkor, som anges i 2009 års kontrakt, mer eller mindre motsvarar de ursprungliga villkoren i 1969 och 1987 års kontrakt och av det skälet inte behöver vara föremål för upphandling.

26 Se punkt 16 ovan.

27 Se punkt 20 ovan.

28 Se punkt 19 ovan.

29 Dom av den 13 januari 2005, kommissionen/Spanien, C-84/03, EU:C:2005:14, punkt 58.

63. Även om vad som skulle kunna kallas en ”mycket snäv” tolkning tillämpas, så att överenskommelserna i 2009 års kontrakt avseende den andra och den tredje sträckan av motorvägen endast jämförs med de villkor som angavs i 1969 och 1987 års kontrakt, kvarstår den omständigheten att slutdatumet har ändrats från en obestämd period på upp till 30 år till en bestämd period på 37 år. Också enligt denna mycket snäva tolkning är själva essensen i kommissionens påstående således oförändrad. Kontraktsvillkoren har ändrats.

64. Det ska endast tilläggas att i den mån svårigheter eller osäkerhet föreligger vad gäller den korrekta ordalydelsen och innebörden av de olika kontrakten måste ANAS och därigenom den italienska regeringen ta ansvar för de överenskomna kontraktstexterna. I tveksamma fall ska en tvetydig text inte automatiskt tolkas till deras fördel.

65. Jag kommer nu att undersöka huruvida de ändringar som infördes genom 2009 års kontrakt kan betraktas som betydande.

Betydande ändringar

66. Domstolen har fastställt en icke-uttömmande förteckning över omständigheter och villkor för när en ändring ska betraktas som betydande. I domen pressetext Nachrichtenagentur slog domstolen fast att en ändring kan betraktas som betydande om den

– uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet, eller

– skulle ha gjort det möjligt att godkänna eller anta andra anbudsgivare, om den hade införts i samband med det ursprungliga upphandlingsförfarandet, eller

– medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, eller

– medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.[30]

67. Enligt min mening är två av de kriterier för en betydande ändring som domstolen fastställde i domen pressetext Nachrichtenagentur uppfyllda i förevarande fall. Det är tydligt att parterna hade för avsikt att omförhandla väsentliga villkor i kontraktet. De gjorde detta på ett sätt som ändrade den ekonomiska jämvikten till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

68. Jag kommer först att undersöka frågan huruvida slutdatumet för ett kontrakt kan betraktas som ett ”väsentligt villkor i kontraktet” som ”ändrar den ekonomiska jämvikten”. Kontrakten i fråga avser en byggkoncession. Ju längre koncessionshavaren kan utnyttja koncessionen, desto mer vinst kan genereras när byggentreprenaderna väl har slutförts och anläggningskostnaderna har återvunnits genom de vägtullar som tas ut för att använda motorvägen.

30 Dom av den 19 juni 2008, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 34–37. Det målet rörde tillämpningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), men jag ser inget bra skäl att tillämpa något annat kriterium för ”betydande ändring” i samband med direktiv 2004/18. Se även dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 46, och dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 46.

69. Enligt min åsikt är det helt uppenbart att den giltighetstid som förhandlas fram mellan parterna är en väsentlig del av en byggkoncession. Den 29 år långa nyttjandetiden i 1999 års kontrakt (till och med år 2028) förlängdes med ytterligare 18 år i 2009 års kontrakt (till och med år 2046). Detta måste anses utgöra en ändring av väsentliga villkor och samtidigt en ändring av kontraktets ekonomiska jämvikt till förmån för koncessionshavaren.

70. Det är riktigt att om den mycket snäva tolkningen och den nyttjandetid på 37 år som fastställs i 2009 års kontrakt således jämförs med den obestämda nyttjandetiden på upp till 30 år i 1969 års kontrakt är det inte lika lätt att bedöma vilken av dessa båda som är mer ekonomiskt förmånlig för koncessionshavaren.

71. Jag har emellertid ovan angett skälen till varför jag anser att den mycket snäva tolkningen inte uppenbart finner stöd i kontraktstexterna.[31] När det såsom i förevarande fall föreligger en ändring som *under alla omständigheter* ändrar kontraktet i grunden, anser jag dessutom att det ankommer på den italienska regeringen att visa att ändringen ändå *inte* ska betraktas som en ”betydande ändring” i den mening som avses i domen pressetext Nachrichtenagentur.[32] Jag anser inte att den italienska regeringen har gjort detta i förevarande fall.

72. Skulle domstolen finna att endast den första sträckan av motorvägen (omkring 36 kilometer) har varit föremål för en betydande ändring, kvarstår dock att kommissionens påstående har bevisat för den sträckan.

73. Jag anser inte att det har någon betydelse att den första sträckan av motorvägen endast utgör 15 procent av ett större kontraktsåtagande att bygga 240 kilometer motorväg. Detta påverkar inte konstaterandet att skyldigheterna i fråga om offentlig upphandling inte har uppfyllts.

74. Jag drar följaktligen slutsatsen att 2009 års kontrakt utgör en betydande ändring av de tidigare kontraktsmässiga överenskommelserna och därför borde ha varit föremål för offentlig upphandling.

75. Jag ska nu undersöka huruvida den italienska regeringen kan åberopa några skäl som undantog den från den skyldigheten.

Skäl till undantag

76. Den italienska regeringen har hänvisat till faktiska och rättsliga omständigheter som har inträffat efter 1969, särskilt extern utveckling utanför SAT:s kontroll som bidrog till att motorvägsbygget försenades och således fördröjde möjligheten för SAT att utnyttja koncessionen. Den italienska regeringen har hävdat att en förlängning av nyttjandetiden var nödvändig för att ”garantera kontraktets jämvikt”. Den har hävdat att om nyttjandetiden inte hade förlängts skulle denna jämvikt ha undergrävts.

77. Det finns två skäl till att detta argument ska underkännas.

31 Se punkterna 63 och 64 ovan.

32 Dom av den 19 juni 2008, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 34–37.

78. För det första har domstolen redan gjort klart att ”varken den omständigheten att en väsentlig ändring av villkoren i ett offentligt kontrakt inte beror på den upphandlande myndighetens och anbudsgivarens avsiktliga önskan att omförhandla kontraktsvillkoren utan på deras önskan att nå en förlikning som reglerar de objektiva svårigheter som uppstått vid fullgörandet av kontraktet, eller den objektivt sett osäkra karaktären hos vissa kontrakt, kan rättfärdiga att en sådan ändring görs utan iakttagande av principen om likabehandling, vilken ska gälla för alla aktörer som potentiellt är intresserade av ett offentligt kontrakt”. [33]

79. För det andra framgår det av de faktiska omständigheter som jag har sammanfattat ovan [34] att förseningarna i motorvägsbygget främst berodde på vissa lagstiftningsinitiativ som vidtagits av den italienska regeringen själv. Oavsett skälen till att lagstiftningen i fråga antogs, kvarstår den omständigheten att den italienska regeringen gjorde ett uttryckligt val när den antog lagstiftning som direkt påverkade SAT:s förmåga att anlägga och exploatera motorvägen i enlighet med den ursprungliga tidsplanen.

80. Enligt domstolens fasta praxis ”kan en medlemsstat … inte åberopa praktiska eller administrativa svårigheter som grund för att underlåta att iaktta skyldigheter och tidsfrister som föreskrivits i ett direktiv. Detsamma gäller ekonomiska svårigheter, som det åvilar medlemsstaterna att övervinna genom att vidta lämpliga åtgärder”. [35] Även om den italienska regeringen kan ha haft fullkomligt giltiga skäl till att vidta åtgärder som påverkade den tidigare beviljade byggkoncessionen och även om den kan ha velat mildra nämnda lagstiftnings inverkan på SAT genom att förlänga nyttjandetiden, kunde den följaktligen inte göra detta på ett sätt som strider mot unionens lagstiftning om offentlig upphandling.

81. Den italienska regeringen har vidare hävdat att den omständigheten att det inte genomfördes någon offentlig upphandling år 2009 (vilket utgjorde ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen) kan motiveras av att SAT hade rätt att förlita sig på principen om rättssäkerhet och principen om berättigade förväntningar.

82. I detta resonemang tycks den italienska regeringen stödja sig på ett *e contrario*-argument grundat på domstolens dom Promoimpresa m.fl., där domstolen slog fast att ”[d]e nu aktuella koncessionerna tilldelades emellertid trots att det redan slagits fast att dessa kontrakt hade ett bestämt gränsöverskridande intresse som ska underställas ett krav på öppenhet, så att rättssäkerhetsprincipen inte kan åberopas för att motivera en särbehandling som är förbjuden enligt artikel 49 FEUF”. [36]

83. Som jag förstår det stöder den italienska regeringen sig här på den (obestridda) omständigheten att 1969 års kontrakt ingicks innan unionens bestämmelser och principer om offentlig upphandling blev tillämpliga, för att göra gällande att kontraktet inte senare kan prövas mot bakgrund av unionsrätten. Frågan är emellertid inte huruvida 1969 års kontrakt är förenligt med de relevanta unionsbestämmelserna. Frågan är huruvida 2009 års kontrakt är det. [37]

84. Som kommissionen har konstaterat kan vidare inte rättssäkerhetsprincipen ”med framgång åberopas för att motivera att ett avtal ges ett mer omfattande innehåll som strider mot principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och den skyldighet att lämna insyn som följer därav. Det saknar härvid betydelse om det mer omfattande avtalsinnehållet innebär att en lösning kan nås i en tvist mellan de berörda parterna, vilken har uppkommit av skäl som ligger helt utanför deras kontroll, avseende omfattningen av det avtal som de är bundna av. [38] Som jag ser det finns det inget skäl att inte tillämpa detta konstaterande på 1969 års kontrakt.

33 Dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 32.

34 Se punkterna 21–23 ovan.

35 Dom av den 18 oktober 2012, kommissionen/Förenade kungariket, C-301/10, EU:C:2012:633, punkt 66 och där angiven rättspraxis.

36 Dom av den 14 juli 2016, C-458/14 och C-67/15, EU:C:2016:558, punkt 73.

37 Se punkt 46 ovan.

38 Dom av den 14 november 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 40.

85. Kännetecknande för en koncession är att risken till största delen ska överföras på koncessionshavaren. [39] Till skillnad från andra typer av kontrakt måste koncessionshavaren (här SAT) när det ursprungliga kontraktet ingås, således acceptera den framtida risk som det innebär. I normal kommersiell försiktighet ingår att räkna med denna risk när anbudet lämnas och/eller vid de närmare förhandlingarna om själva kontraktet.

86. Det ska påpekas att domstolen har slagit fast att i bestämmelserna i de ursprungliga kontraktshandingarna vid offentlig upphandling får det uttryckligen anges att betydande ändringar kommer att göras senare. [40]

87. Mot denna bakgrund kan den italienska regeringen ha försökt hävda att artikel 2.3 i 1999 års kontrakt, enligt vilken kontraktsvillkoren avseende den andra och den tredje sträckan av motorvägen skulle ingås i ett senare skede ”när de rättsliga och faktiska villkoren för att fortsätta de byggentreprenader avseende vilka koncession har tilldelats är uppfyllda”, ska betraktas som en reservation som är att likställa med en reservation i kontraktshandlingarna.

88. Enligt min mening kan så inte vara fallet och detta av två skäl.

89. För det första *fanns* det inga ursprungliga ”kontraktshandlingar” som följde av ett offentligt upphandlingsförfarande, eftersom inget av kontrakten i fråga var föremål för ett sådant förfarande.

90. För det andra måste rätten att använda en sådan reservation som grund för en betydande ändring som kommer att göras senare betraktas som ett undantag från den allmänna principen att alla nödvändiga delar som följer av ett förfarande för offentlig upphandling ska speglas i de kontraktshandlingar som utformas av den upphandlande myndigheten. Enligt fast rättspraxis ska undantag tolkas restriktivt. Det vore oacceptabelt om ett kontrakt som ursprungligen undantagits från skyldigheterna i fråga om offentlig upphandling senare skulle kunna ”kompletteras” genom att en reservation infogas om en betydande ändring som kommer att genomföras vid en tidpunkt då kontraktet i annat fall skulle omfattas av skyldigheterna i fråga om offentlig upphandling enligt unionsrätten.

91. Även om 1999 års kontrakt skulle tolkas så, att det innehåller en reservation för framtida ändringar, kan denna reservation således inte fungera som grund för att undanta 2009 års kontrakt från kravet att det ska vara förenligt med direktiv 2004/18.

92. Slutligen anser jag inte att Italien kan åberopa artikel 61 i direktiv 2004/18, enligt vilken ändringar som görs avseende ”kompletterande byggentreprenader” är tillåtna. Den betydande ändringen mellan 1999 och 2009 avsåg inte omfattningen av de ursprungliga byggentreprenader som koncessionshavaren skulle utföra, utan den *tid* SAT gavs för att erhålla vinst från byggentreprenaderna efter det att de slutförts. En sådan ändring faller inte inom det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 61.

93. Enligt min mening utgjorde den ändring av koncessionens varaktighet som infördes genom artikel 4.1 i 2009 års kontrakt en betydande ändring enligt definitionen i domen pressetext Nachrichtenagentur, [41] oavsett om den ska betraktas mot bakgrund av 1999 års kontrakt (som kommissionen har hävdat) eller mot bakgrund av 1969 års kontrakt (vilket den italienska regeringen har gjort gällande). Att 2009 års kontrakt ingicks utan en föregående offentlig upphandling strider således mot skyldigheten att behandla ekonomiska aktörer likvärdigt, vilken föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18, och skyldigheten att offentliggöra ett meddelande om tilldelning av en koncession, vilken föreskrivs i artikel 58 i samma direktiv.

39 Dom av den 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punkterna 24–26.

40 Dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkterna 36 och 37.

41 Dom av den 19 juni 2008, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 34–37.

Rättegångskostnader

94. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats av den vinnande parten. Då jag anser att domstolen ska bifalla Europeiska kommissionens yrkande, ska Republiken Italien förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Förslag till avgörande

95. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska

1) fastställa att den förlängning av giltighetstiden för byggkoncessionen avseende byggande och drift av motorväg A12 från år 2028 till år 2046 som infördes år 2009 utgjorde en betydande ändring av 1999 års kontrakt mellan den upphandlande myndigheten (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) och koncessionshavaren (Società Autostrada Tirrenica) och att Republiken Italien, genom att underlåta att genomföra en upphandling med anledning av ändringen, har åsidosatt 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 ändrade lydelse, och

2) förplikta Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.