Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ELEANOR SHARPSTON
esitatud 21. märtsil 2019[1]

Kohtuasi C-526/17

Euroopa Komisjon
versus

Itaalia Vabariik

Liikmesriigi kohustuste rikkumine – Direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta – Riiklike ehitustööde kontsessioon – Kiirtee ehitamise ja haldamise kontsessiooni pikendamine ilma hanketeadet avaldamata

1. Aastal 1969 sõlmiti Itaalia lääneranniku Livorno ja Civitavecchia vahele ehitatava kiirtee suhtes riiklike ehitustööde kontsessioonileping riigihankemenetluse korda järgimata. Seda lepingut muudeti hiljem, 1987., 1999. ja 2009. aastal uute lepingutega. Ühelgi korral ei eelnenud uue lepingu sõlmimisele riigihankemenetlust.

2. Nüüd on Euroopa Komisjon algatanud ELTL artikli 258 alusel rikkumismenetluse Itaalia Vabariigi vastu. Ta on seisukohal, et 2009. aastal sõlmitud lepinguga muudeti algset lepingut oluliselt ja seetõttu oleks pidanud korraldatama riigihankemenetlus vastavalt direktiivile 2004/18/EÜ.[2] Itaalia Vabariik ei ole selle väitega nõus.

Õiguslik raamistik

Liidu õigus

3. Direktiivi 2004/18 artikli 1 lõikes 2 on mõiste „ehitustööde riigihankelepingud“ määratletud kui „riigihankelepingud, mille objektiks on kas ehitustööd või nii projekteerimine kui ka teostamine seoses mõne tegevusega I lisa[3] tähenduses või ehitustööde teostamine või mis tahes viisil teostatav ehitus töö, mis vastab ostja kindlaksmääratud nõuetele“. Samuti on artikli 1 lõikes 2 sätestatud: „Ehitustöö – ehitus- või tsiviilehitustööde tulemused tervikuna, mis võimaldavad täita majanduslikke või tehnilisi ülesandeid“. Artikli 1 lõikes 3 on mõiste „riiklike ehitustööde kontsessioon“ määratletud kui „sama liiki leping kui ehitustööde riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teostatavate tööde eest antakse üksnes ehitise ekspluateerimise õigus või see õigus koos tasuga“.

1 Algkeel: inglise.

2 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiv ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132), nüüdseks tunnistatud kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiviga 2014/24/EL riigihangete kohta (ELT 2014, L 94, lk 65).

3 I lisa alla kuulub ka „[m]aanteede […] ehitamine“.

4. Direktiivi 2004/18 artiklis 2 on sätestatud, et „[o]stjad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval viisil“.

5. Artiklis 56 on sätestatud, et riiklike ehitustööde kontsessioone käsitlevaid õigusnorme „kohaldatakse ostjate sõlmitud riiklike ehitustööde kontsessioonide suhtes, kui lepingute maksumus on 5 150 000 eurot või suurem“.[4]

6. Artiklis 58 on sätestatud:

„1. Ostjad, kes soovivad sõlmida riiklike ehitustööde kontsessioonilepingu, teatavad sellest asjakohase teatega.

2. Riiklike ehitustööde kontsessioonide teated sisaldavad VII C lisas osutatud teavet ja vajadusel muud ostja poolt vajalikuks peetavat teavet vastavalt komisjoni poolt artikli 77 lõike 2 menetluse kohaselt vastuvõetud tüüpvormidele.

3. Teated avaldatakse artikli 36 lõigetega 2–8 ettenähtud korras.

4. Teadete avaldamist käsitlevat artiklit 37 kohaldatakse ka riiklike ehitustööde kontsessioonide suhtes.“

7. Artiklis 61 on sätestatud:

„Käesolevat direktiivi ei kohaldata täiendavate ehitustööde suhtes, mida algselt kavandatud kontsessiooniprojekt või algselt sõlmitud leping ei sisaldanud, kuid mis ettenägematu asjaolu tõttu osutusid projektis või lepingus kirjeldatud tööde teostamisel vajalikuks, tingimusel, et leping sõlmitakse ettevõtjaga, kes kõnealust tööd teostab: – kui täiendavaid ehitustöid ei saa tehnilistel või majanduslikel põhjustel esialgsest lepingust eraldada, ilma et see tooks ostjatele kaasa suuri ebamugavusi, või – kui kõnealused tööd on hoolimata sellest, et need on esialgsest lepingust eraldatavad, selle lõpuleviimiseks vältimatult vajalikud. Täiendavate ehitustööde kohta sõlmitud lepingute kogumaksumus ei tohi siiski ületada 50% esialgse ehitustööde kontsessioonilepingu maksumusest.“

8. Artikli 80 lõikes 1 on ette nähtud, et „[l]iikmesriigid jõustavad käesoleva direktiivi täitmiseks vajalikud õigusnormid hiljemalt 31. jaanuariks 2006“.

Faktilised asjaolud ja menetluskäik

1969. aasta leping

9. Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (edaspidi „ANAS“) hankijana sõlmis 23. oktoobril 1969 riiklike ehitustööde kontsessioonilepingu ettevõtjaga Società Autostrada Tirrenica (edaspidi „SAT“)[5] (edaspidi „1969. aasta leping“).

4 Muudetud komisjoni 4. detsembri 2007. aasta määrusega (EÜ) nr 1422/2007, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega (ELT 2007, L 317, lk 34).

5 Rangelt võttes on Türreeni meri (il mar Tirreno), millest on tuletatud selle ettevõtja nimi, Itaalia lääneranniku juures paiknev Vahemere osa, mis piirneb lõunas Sitsiiliaga, läänes Sardiinia ja Korsika saartega ja põhjas Elba saarega ning hõlmab ka Follonica lahte. Meri sealt edasi kuni Livornoni on Liguuria meri. Vt Istituto idrografico della Marina veebisait http://www.marina.difesa.it

10. Selle lepingu artikli 1 punkti 1 kohaselt oli lepingu eesmärk Livornost (Cecina) Civitavecchiasse kulgeva kiirtee A12 (edaspidi „kiirtee“)[6] ehitamine ja haldamine. Artikli 1 punkti 2 kohaselt pidi kiirtee kogupikkus olema „ligikaudu 237 km“.

11. Artiklis 7 oli ette nähtud, et „kontsessioon lõpeb kogu kiirtee kasutuselevõtu algusele järgneva 30. aasta lõpus; igal juhul ei ületa see tähtaeg 30. aastat alates kuupäevast, mil viiakse lõpule artikli 5 punktides 1 ja 2 viidatud üldine ehitustööde rakenduskava, ilma et see piiraks artikli 5 punktide 5 ja 6 kohaldamist“.

1987. aasta leping

12. Samade poolte vahel sõlmiti 14. oktoobril 1987 veel üks leping (edaspidi „1987. aasta leping“). Itaalia valitsuse sõnul asendas see leping 1969. aasta artikli 7 järgmisega: „Selle kontsessiooni kestus on 30 aastat alates kuupäevast, mil kogu kiirtee liiklusele avatakse.“

1999. aasta leping

13. Samade poolte vahel sõlmiti 7. oktoobril 1999 veel üks leping (edaspidi „1999. aasta leping“). Selle lepingu artikli 2 punktis 1 nähti ette, et „käesolev leping kontsessiooniandja ja kontsessionääri vahel reguleerib 3. juulil 1993 liiklusele avatud ja Livorno–Civitavecchia kiirtee A12 lahutamatuks osaks oleva Livorno ja Cecina vahelise 36,6 km pikkuse teelõigu, mille ehitamise ja haldamise kontsessioon anti SAT-le, haldamist“.

14. Artikli 2 punktis 3 oli samuti ette nähtud, et „kui õiguslikud ja faktilised tingimused kontsessiooniga hõlmatud ehitusprogrammi jätkamiseks on täidetud, sõlmitakse lepingu lisa eesmärgiga luua lepinguline raamistik veel kahe teelõigu, nimelt Cecina–Grosseto ja Grosseto–Civitavecchia väljaehitamiseks ja haldamiseks“.

15. Artiklis 23 „Kontsessiooni kestus“ oli sätestatud, et „kontsessioon aegub 31. oktoobril 2028“.

2009. aasta leping

16. Samad pooled sõlmisid 11. märtsil 2009 veel ühe lepingu (edaspidi „2009. aasta leping“). Selle lepingu preambulis oli muu hulgas märgitud, et 7. oktoobril 1999 sõlmisid ANAS ja SAT omavahel uue lepingu, mis kiideti heaks 21. detsembri 1999. aasta dekreediga ja registreeriti kontrollikojas 11. aprillil 2000 ning mis asendas varasema, 23. oktoobri 1969. aasta lepingu ja sellega seotud 14. oktoobri 1987. aasta lisa ning kus oli muu hulgas ette nähtud, et kontsessioon lõpeb 31. oktoobril 2028.

17. Artiklis 1.4 oli sätestatud, et „pooled lepivad kokku, et neil ei ole praegu ega tulevikus ühtegi õigust, õiguslikku huvi ega nõudeõigust 7. oktoobri 1999. aasta lepingu ega ühegi enne käesoleva lepingu sõlmimist vastu võetud akti või meetme suhtes“.

18. Artiklis 2.1 oli ette nähtud, et „käesolev ainus leping reguleerib täielikult ja eranditult kontsessiooniandja ja kontsessionääri vahelist suhet selles osas, mis puudutab kõikide niisuguste ehitusobjektide projekteerimist, ehitamist ja haldamist, mis olid varem määratud ANASiga 7. oktoobril 1999 sõlmitud kontsessioonilepinguga: a) A12 Livorno–Cecina (Rosignano), 36,6 km, (avati liiklusele 3. juulil 1993); b) Cecina (Rosignano) – Grosseto, 110,5 km; c) Grosseto–Civitavecchia, 95,5 km, kokku 242,6 km“.

6 Mõiste „maantee“ käesolevas ettepanekus kasutatud tähenduses on 1969. aasta lepingu artikli 1 punktis 2 määratletud kui „kahesuunaline autotee, mille pooled on kumbki 7,5 m laiused ja teineteisest eraldatud keskel paikneva ohutusribaga ning külgnevad kindlustatud peenraga“.

19. Artikli 4.1 esimeses osas oli ette nähtud, et „võttes arvesse perioode, mil ehitustööde teostamine oli peatatud, nagu on viidatud preambulis ja seadusandliku dekreedi nr 163/2006 artiklis 143, lõpeb Cecina (Rosignano) – Civitavecchia teelõigu väljaehitamise kontsessioon 31. detsembril 2046“.

20. Artikli 4.1 teises osas oli ette nähtud, et „kui kontsessiooniandja ei ole Cecina–Civitavecchia teelõigu lõpp-projekti ja sellega seotud majanduslikku ja finantsplaani 31. detsembriks 2012 heaks kiitnud, lähtuvad pooled selle majanduslike ja rahaliste tagajärgede, sealhulgas tekkinud investeerimiskulude kindlaksmääramisel kontsessiooni lõppemisest algul ette nähtud kuupäeval, nimelt 31. oktoobril 2028“.

Ehitustööde edenemine

21. 2009. aasta lepingu preambulist nähtub, et kiirtee ehitustööd peatati 28. aprilli 1971. aasta seaduse nr 287[7] artikli 11 ja 13. augusti 1975. aasta dekreetseaduse nr 376[8] artikli 18a tõttu, mis hiljem muudeti 16. oktoobri 1975. aasta seaduseks nr 492[9]. Hiljem lõpetati see peatatud olek 12. augustil 1982 vastu võetud seaduse nr 531/1982 artiklitega 9 ja 14.[10]

22. Poolte vahel ei ole vaidlust selles, et kõnealuse kiirtee esimene, 36,6 km pikkune lõik Livorno ja Cecina (Rosignano) vahel avati liiklusele 3. juulil 1993. Sama kiirtee teist ja kolmandat lõiku, vastavalt Cecina (Rosignano) – Grosseto ja Grosseto–Civitavecchia, tookord ei ehitatud. Hiljem on välja ehitatud vaid väiksemaid lõike.[11]

23. 2009. aasta lepingu preambulist nähtub samuti, et kiirtee ehitustööd peatati taas 27. detsembri 1997. aasta seaduse nr 449[12] artikli 55 lõikega 12 ning peatatud olek lõpetati 21. detsembri 2001. aasta seadusega nr 443[13]. Itaalia valitsuse sõnul kohustasid 24. novembri 2006. aasta seadus nr 286 ja 6. juuni 2008. aasta seadus nr 101 seni sõlmitud kontsessioonilepinguid konsolideerima. Just selle alusel sõlmiti 2009. aasta leping.

24. Komisjon ega Itaalia valitsus ei ole esitanud teavet Itaalia õigusaktide võimalike hilisemate muudatuste kohta, mis võiksid selle kontsessioonilepingu õiguspärasust mõjutada.[14]

7 Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (seadus nr 287, millega muudetakse ja täiendatakse maanteid käsitlevaid õigusakte), *GURI* nr 137, 1.6.1971.

8 Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (dekreetseadus nr 376, millega kehtestatakse majanduse taastamise meetmed seoses ekspordi, ehituse ja ehitustööde riigihangetega), *GURI* nr 218, 18.8.1975.

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 (13. augusti 1975. aasta dekreetseaduse nr 376 muutmine seaduseks, mis käsitleb meetmeid majanduse taastamiseks ekspordi, ehituse ja ehitustööde riigihangete osas), *GURI* nr 276, 17.10.1975.

10 Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (seadus nr 531, millega seatakse sisse kümne aasta plaan suuremate maanteede kasutamiskõlblikkuse kohta ja restruktureerimismeetmete kohta maanteede sektoris), *GURI* nr 223, 14.8.1982.

11 Vt käesoleva ettepaneku punkt 36.

12 Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (seadus nr 449, millega kehtestatakse meetmed avaliku sektori rahanduse stabiliseerimiseks), *GURI* nr 302, 30.12.1997.

13 Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (seadus nr 443, millega delegeeritakse valitsusele strateegiline taristu ja tootmisrajatised, aga ka muud sekkumised tootmistegevuse taastamiseks), *GURI* nr 299, 27.12.2001.

14 Näib, et selle konkreetse maantee ehitamiseks välja pakutud trass on põhjustanud vastuolusid ning on tõstatatud küsimusi seoses muu hulgas selle keskkonnamõjuga (vt wikivisually.com). Käesolevas ettepanekus ma selle arutamisega ei tegele.

Kohtueelne menetlus

25. Aastal 2009 sai komisjon kaebuse, mis puudutas SATga sõlmitud ehitustööde kontsessioonilepingu tähtaja pikendamist (31. oktoobrilt 2028. aastal 31. detsembrile 2046. aastal). Komisjon registreeris kaebuse numbriga 2009/4154 ja võttis selle menetlusse. Komisjoni ja Itaalia vahelisest suhtlusest nähtub, et Itaalia kohustus lühendama seda tähtaega kolme aasta võrra, s.o aastani 2043, ja korraldama kõikide kiirteed puudutavate ehitustööde kohta sõlmitavate lepingute jaoks riigihankemenetluse. Selle kohustuse võtmise põhjal otsustas komisjon kaebuse nr 2009/4154 menetlemisega mitte edasi minna.

26. Näib, et SAT andis need ehitustööd ligikaudu 30% väärtuses teostada enda kontrolli all olevatele äriühingutele ja tegi seda kahes jaos: 15. detsembril 2009 ja 30. märtsil 2012 kogusummades vastavalt 34 724 661 eurot ja 117 323 225 eurot.

27. Komisjon saatis 22. aprillil 2014 Itaaliale kirja, väljendades oma ametlikku seisukohta, et kontsessioonilepingu tähtaja pikendamisega 2009. aasta lepingu kaudu ilma riigihankemenetluseta on Itaalia rikkunud direktiivi 2004/18, eeskätt selle artikleid 2 ja 58, ning sama direktiivi artikkel 61 ei ole selles olukorras kohaldatav.

28. Itaalia pakkus juunis 2014 välja, et korraldab 70% ehitustööde jaoks riigihankemenetluse, ja kordas oma pakkumist vähendada kontsessiooni kolme aasta võrra.

29. Komisjon saatis 17. oktoobril 2014 Itaaliale põhjendatud arvamuse. Ta keeldus nõustumast sellega, et 30% ehitustööde jaoks *ei korraldata* riigihankemenetlust. Komisjon asus seisukohale, et lepingu pikendamine aastani 2046 on olnud samaväärne uue lepingu sõlmimisega ja „kuna ANAS on sõlminud SATga lepingu, millega pikendati Civitavecchia–Livorno kiirtee A12 kontsessiooni 31. oktoobrilt 2028. aastal 31. detsembrini 2046. aastal, eelnevalt hanketeadet avaldamata, on Itaalia Vabariik rikkunud direktiivi 2004/18/EÜ artiklitest 2 ja 58 tulenevaid kohustusi“.

30. Põhjendatud arvamuse järel pakkus Itaalia välja mitmesuguseid kohustusi eesmärgiga lahendada enda ja komisjoni vaheline vaidlus. Nii saatis Itaalia:

– 27. oktoobril 2014 komisjonile lepingu projekti, milles oli tähtaega kolme aasta võrra lühendatud ja kohustus tellida 100% ehitustöid kolmandatelt isikutelt riigihanke kaudu;

– 26. juunil 2015 komisjonile lepingu projekti, milles oli tähtaega kuue aasta võrra lühendatud ja kohustus tellida 100% ehitustöid riigihanke kaudu;

– 22. juulil 2015 komisjonile lepingu projekti, milles pakuti välja tähtaja lühendamist 2046. aastalt 2040. aastale ning 100% ehitustööde tellimist riigihankemenetluse kaudu. Samuti pidi SAT jääma temaga sõlmitud lepingust ilma, kui ta ei telli neid ehitustöid kolmandatelt isikutelt, ning tähtaja lõppkuupäev pidi viidama 2028. aastasse, kui lepingu projekt ei ole 28. veebruariks 2017 heaks kiidetud;

– 24. juulil 2015 täiendavad selgitused selle kohta, miks oli olnud vaja tähtaega pikendada, märkides, et ehitustööde viibimist olid põhjustanud muu hulgas avaliku sektori rahapuudus ja mured seoses avaliku julgeolekuga.

31. Komisjon palus 8. märtsil 2016, et Itaalia võtaks kõik vajalikud meetmed selleks, et kõnealune riiklike ehitustööde kontsessioonileping lõpeks 31. oktoobril 2028, nagu varem 1999. aasta lepingus ette nähtud.

32. Vastuseks sellele saatis Itaalia 18. novembril 2016 komisjonile tõendi, nimelt notariaalakti, mille kohaselt SAT on võtnud kohustuse tellida kõik ehitustööd avaliku pakkumise kaudu. Samuti viitas Itaalia võimalusele tuua kontsessiooni lõppkuupäev 2046. aastast 2038. aastasse.

Kohtumenetlus

33. Komisjon asus seisukohale, et Itaalia vastustest ei piisa. Seetõttu algatas ta 4. septembril 2017 ELTL artikli 258 alusel rikkumismenetluse, paludes tuvastada, et „kuna Itaalia Vabariik pikendas kiirtee A12 Civitavecchia–Livorno ehitustööde kontsessiooni 31. detsembrini 2046 hanketeadet avaldamata, siis on ta rikkunud kohustusi, mis tulenevad talle […] direktiivi 2004/18/EÜ […] artiklitest 2 ja 58“. Samuti palus komisjon mõista kohtukulud välja Itaalia Vabariigilt.

34. Komisjon ja Itaalia valitsus on esitanud kirjalikke väiteid ning Itaalia valitsus on esitanud Euroopa Kohtu kirjalikule küsimusele kirjaliku vastuse, mille kohta komisjon on esitanud oma märkused.

35. See küsimus puudutas investeeringuid, mida SAT on juba teinud kiirtee ehitamiseks, ja eeldatavaid investeeringuid aastani 2028, ning nende investeeringute kogusummat, millelt SAT väidetavalt ei teeni piisavalt kasumit, kui kontsessioon lõpetataks 2028. aastal. Itaalia valitsus selgitas 3. oktoobri 2018. aasta vastuses Euroopa Kohtule:

1) Aastatel 2009–2017 investeeris SAT 253,136 miljonit eurot kahte kiirteelõiku, nimelt Cecina (Rosignano) – San Pietro in Palazzi ning Tarquina Sud – Civitavecchia, mis mõlemad on nüüdseks liiklusele avatud.

2) Aastast 2011 pärinevas majandus- ja finantsplaanis, mis põhineb 2009. aasta lepingul, oli eeldatud, et SAT investeerib 3411,7 miljonit eurot kiirtee väljaehitamisse aastaks 2028, millest eespool nimetatud 253,136 miljonit eurot katab aastateks 2009–2015 kavandatud tööd. Kui leping lõpetataks 2028. aastal, jääks SAT-l saamata aastateks 2028–2046 kavandatud 1135,7 miljonit eurot.

3) Vastavalt aastast 2016 pärinevas majandus- ja finantsplaanile, mis põhineb Itaalia poolt kohtueelses menetluses komisjonile välja pakutud kohustustel, oleks SAT tehtavate investeeringute kogusumma kuni 2023. aastani 1400 miljonit eurot. Kuna 253,136 miljonit eurot oli juba investeeritud, jäi investeerida 1146,86 miljonit eurot. Kui leping lõpetataks 2028. aastal, jääks SAT-l saamata aastateks 2028–2038 kavandatud 505,185 miljonit eurot (2038 oli üks Itaalia poolt kohtueelses menetluses välja pakutud aegu kontsessiooni lõpetamiseks).[15]

36. Oma 25. oktoobri 2018. aasta seisukohtades selle kirjaliku vastuse kohta osutas komisjon, et investeeringute ajakava, millest Itaalia valitsus lähtus, ei vastanud sellele ajakavale, mille nimetas Euroopa Kohus oma küsimuses. Samuti täheldas komisjon, et SAT enda veebisaidi andmetel avati Cecina (Rosignano) – San Pietro in Palazzi vaheline kiirteelõik 2012. aastal ning teelõik Tarquina Sud – Civitavecchia 2016. aastal. Komisjon märkis, et nüüdseks oli välja ehitatud kokku 54,6 km pikkune kiirteelõik. Seda on 18 km rohkem kui 1993. aastaks valminud 36,6 km. Lõpuks täheldas komisjon, et ajaleheteadete kohaselt oli Itaalia valitsus 2017. aastal loobunud edasisest tööst kavandatud kiirteega, eelistades selle asemel olemasolevaid maanteid renoveerida.[16]

37. Kohtuistungil, mis peeti 12. detsembril 2018, esitasid Itaalia ja komisjon täiendavad seisukohad ja vastasid Euroopa Kohtu küsimustele.

15 Vt käesoleva ettepaneku punkt 30.

16 Komisjon viitas artiklile päevalehe *Il Fatto quotidiano* 15. aprilli 2017. aasta numbris, mille ta on esitanud oma seisukohtade lisana.

Sissejuhatavad märkused

Direktiivi 2004/18 kohaldatavus

38. Itaalia ei ole nõus, et direktiivi 2004/18 saab kohaldada lepingule, mis algul sõlmiti 1969. aastal, enne riigihankeid käsitleva kohtupraktika ja teisese õiguse aktide väljakujunemist.

39. Ma ei jaga Itaalia kahtlust. Ehkki algne leping ise võib olla väljaspool riigihankenormide kohaldamisala, ei tulene sellest, et riigihankenormide kohaldamisalast peavad samamoodi välja jääma kõik selle lepingu muudatused.

40. Kohtuasjas Belgacom[17] märkis Euroopa Kohus: „liidu õiguse üldpõhimõtteks olev õiguskindluse põhimõte õigustab seda, et kokkuleppe õiguslike järelmitega tuleb arvestada – sealhulgas osas, milles see põhimõte seda nõuab – juhul, kui kokkulepe oli sõlmitud enne seda, kui Euroopa Kohus otsustas, millised nõuded kehtivad esmasest õigusest tulenevalt seda tüüpi kokkulepete suhtes, ja kui tagantjärele selgub, et see kokkulepe läheb nimetatud nõuetega vastuollu“.

41. Sellele vastavalt – ehkki Euroopa Kohus on ka tuvastanud, et riigihangete aluspõhimõtted on teatavatel asjaoludel kohaldatavad ka niisuguste lepingute suhtes, mis on liidu riigihankealaste õigusaktide kohaldamisalast vormiliselt välja arvatud[18] – ei saa neid aluspõhimõtteid (käesolevas asjas eeskätt võrdse kohtlemise põhimõtet ja läbipaistvuse põhimõtet) kohaldada lepingule, mis sõlmiti enne, kui Euroopa Kohus need põhimõtted kehtestas.

42. Esimene liidu õigusakt, mis reguleeris riiklike ehitustööde kontsessioonide andmist, oli nõukogu 18. juuli 1989. aasta direktiiv 89/440/EMÜ, millega muudeti direktiivi 71/305/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord.[19] See direktiiv tuli üle võtta 19. juuliks 1990.[20] Enesestmõistetavalt ei saanud see seetõttu olla kohaldatav 1969. aasta lepingule.

43. Ent Euroopa Kohus on samuti tuvastanud, et kui leping sõlmiti enne liidu riigihankealase õigusakti vastuvõtmist ja seetõttu jääb see leping nii esemeliselt kui ka ajaliselt selle õigusakti kohaldamisalast välja, tuleb selle lepingu iga olulise muudatuse käsitamisel arvesse võtta selle muudatuse tegemise ajal kehtivaid liidu õigusakte. Muu hulgas võib juhul, kui poolte kavatsus on lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida, olla põhjendatud kohaldada liidu riigihankenorme. Rikkumismenetluses (nagu käesolev) lasub tõendamiskoormis komisjonil.[21]

44. Poolte vahel ei ole vaidlust selles, et vaidlusalune leping on riiklik ehitustööde kontsessioon direktiivi 2004/18 artikli 1 lõikes 3 määratletud tähenduses. Samuti on selge, et see ületab direktiivi muudetud redaktsiooni artiklis 56 ette nähtud künnise. Sellest tulenevalt kuulub 2009. aasta leping nii esemeliselt kui ka ajaliselt direktiivi 2004/18 kohaldamisalasse.

45. Järelikult tuleb iga 2009. aasta lepinguga sisse seatud muudatust hinnata direktiivi 2004/18 alusel. Nagu selgitas Euroopa Kohus oma otsuses pressetext Nachrichtenagentur,[22] on määrav küsimus selles, kas muudatust võib pidada „oluliseks“.

17 14. novembri 2013. aasta kohtuotsus, C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika.

18 Vt seoses kodakondsuse tõttu diskrimineerimise keelu põhimõttega 7. detsembri 2000. aasta kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, punkt 60.

19 18. juuli 1989. aasta direktiiv (EÜT 1989, L 210, lk 1). Hiljem asendati direktiiv 71/305 nõukogu direktiiviga 93/37/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord (EÜT 1993, L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163), mis omakorda asendati direktiiviga 2004/18.

20 Vt direktiivi 89/440 artikkel 3.

21 5. oktoobri 2000. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa, C-337/98, EU:C:2000:543, punktid 41–45.

22 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus, C-454/06, EU:C:2008:351; vt samuti käesoleva ettepaneku punkt 66 jj.

46. Panen ka tähele, et kuigi võib küsida, kas 1987. ja 1999. aasta lepingud olid liidu riigihankealaste õigusaktidega kooskõlas, ei ole Euroopa Kohtul alust selliseid küsimusi käesolevas asjas käsitleda. Komisjon on vaidlustanud ainult 2009. aasta lepingu vastavuse liidu õigusele. Sellepärast viitan käesolevas ettepanekus eelnenud lepingutele ja vajaduse korral tõlgendan neid ainult niivõrd, kui need võivad aidata mõista, kas 2009. aasta lepinguga tehti ANASi ja SAT vahelisse lepingusuhtesse olulisi muudatusi.

Õiguslik hinnang

Komisjoni väited

47. Käesolevas menetluses on komisjoni kohustus iga oma väidet tõendada.[23] Seepärast on oluline selgitada, millised on komisjoni väited Itaalia vastu.

48. Komisjon väidab, et Itaalia on rikkunud direktiivi 2004/18 artikleid 2 ja 58 sellega, et ta ei korraldanud lepingusse olulise muudatuse tegemiseks riigihankemenetlust.[24] Selle väite faktilised põhjendused on võrdlemisi lühidad, nimelt niisugused, et 2009. aasta lepinguga pikendati riiklike ehitustööde kontsessiooni 1999. aasta lepingus ette nähtud 2028. aastalt 2046. aastani. Itaalia valitsus kritiseerib selle väite lihtsakoelisust. Ta on seisukohal, et 1999. aasta lepingus ette nähtud 2028. aastaga seotud tähtaeg puudutas vaid ühte kiirtee lõiku, ülejäänud teelõikude suhtes aga pidi tähtaeg määratama hiljem. Itaalia valitsus on siiski nõus, et 2009. aasta lepingu kohaselt kestab nüüd kogu kiirtee kontsessiooni tähtaeg 2046. aastani.

49. Ma ei leia, et see Itaalia argument muudaks komisjoni väidete vastuvõetavust. Komisjoni seisukoht oli selgelt teada antud ja seega oli Itaalia valitsusel võimalik kujundada oma kaitseväited seoses „liidu õigusnormide[ga], mis kehtivad selle tähtaja lõpus, mille komisjon määras asjaomasele liikmesriigile põhjendatud arvamuse järgimiseks“.[25]

50. Euroopa Kohus saab asuda rikkumise kohta esitatud väiteid õiguslikult analüüsima vaid siis, kui tal on selge pilt sellest, milles kokku lepiti. Sellepärast on vaja analüüsida algse, 1969. aasta lepingu ulatust ja eeskätt selles ette nähtud lõppemiskuupäeva, seejärel aga kaaluda järgnenud lepingutega sisse seatud muudatusi.

Lepingute tõlgendamine

51. 1969. aasta lepingu artiklis 7 ette nähtut võib nimetada n-ö libisevaks kontsessiooni tähtajaks kuni 30 aastat, mis algas kogu Livorno–Civitavecchia kiirtee väljaehitamisest. See tähtaeg muudeti 1987. aasta lepinguga tähtajaks, mille pikkus oli täpselt 30 aastat, mitte kuni 30 aastat.

52. Kas 1999. aasta lepinguga kindla lõppemisaja (2028) seadmine kehtis kogu lepingu suhtes („lai“ tõlgendus) või ainult esimese, Livorno ja Cecina (Rosignano) vahelise teelõigu suhtes, mis avati liiklusele 1993. aastal, kuid mille pikkus oli vaid 36,6 km kogu 240 km pikkuseks kavandatud kiirteest („kitsas“ tõlgendus)? Ehkki üldjuhul ei tohiks olla kahtlust lepingu lõppemise kuupäeva suhtes, on käesoleval juhul kahtlusi küsimuses, milliseid 1969. aasta lepingu aspekte see uus lõppemiskuupäev hõlmas.

53. Itaalia valitsus eelistab kitsast tõlgendust, komisjon laia.

23 Vt muu hulgas 25. mai 1982. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Madalmaad, 96/81, EU:C:1982:192, punkt 6, ja 11. juuli 2018. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Belgia, C-356/15, EU:C:2018:555, punkt 25.

24 Vt käesoleva ettepaneku punkt 27.

25 9. novembri 1997. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia, C-365/97, EU:C:1999:544, punkt 32.

54. Kitsa tõlgenduse kasuks räägib see, et 1999. aasta lepingu artikli 2 punktis 1 on sõnaselgelt märgitud, et see leping kehtib ainult kiirtee esimese, Livorno ja Cecina vahelise lõigu suhtes, artikli 2 punktis 3 aga on märgitud, et ülejäänud kahe kiirteelõigu osas tuleb vajalikes tingimustes kokku leppida pärast seda, kui on vastu võetud õigusnormid, mis võimaldavad töö jätkumist nendes lõikudes. Sellepärast viib see tõlgendus järeldusele, et 1999. aasta leping kehtib ainult selle esimese kiirteelõigu, mitte aga kogu trassi suhtes.

55. Laiema tõlgenduse kasuks räägib see, et 1999. aasta lepingu artiklis 23 on ette nähtud kontsessiooni lõppemine 2028. aastal, kusjuures kiirtee eri lõike ei ole eristatud. Seda näib toetavat 2009. aasta lepingu preambul, kus on selgitatud, et 1969. ja 1987. aasta lepinguid, mis kehtisid vahet tegemata kogu kiirtee kohta, tuli 1999. aasta lepinguga muuta, et kontsessioon 2028. aastal lõpeks.[26]

56. 2009. aasta lepingu artikli 4.1 teises osas on sõnaselgelt ette nähtud, et „algne“ lõppemisaeg 2028. aastal kehtib ülejäänud, Cecina (Rosignano) ja Civitavecchia vaheliste teelõikude suhtes.[27] 2009. aasta lepingu artikli 4.1 esimeses osas on ette nähtud ka uus lõppemisaeg 2046. aastal, samuti eristamata kiirtee eri lõike.[28]

57. Lõpuks selgus Itaalia valitsuse vastusest Euroopa Kohtu küsimusele ja komisjoni sellekohastest märkustest, et ülejäänud kiirteelõikudes alustati tööd enne 2009. aasta lepingu sõlmimist. See räägib kitsa tõlgenduse kahjuks.

58. Sellepärast eelistan 1999. aasta lepingu laia tõlgendust, mille on välja pakkunud komisjon, ja olen seisukohal, et 2009. aasta lepingu artikkel 23 muutis kogu kiirtee kontsessiooni lõppemiskuupäeva 1999. aasta lepinguga ette nähtud 2028. aastalt 2046. aastale.

59. Ent isegi kui eelistada kitsamat tõlgendust, panen tähele, et 2009. aasta leping muudab lõppemisaegu ka kiirtee teise ja kolmanda lõigu osas. Selles võib näha lähtumist 1999. aasta lepingu artikli 2 punktist 3, kus oli ette nähtud, et tingimused seoses kiirtee teise ja kolmanda lõiguga kehtestatakse hiljem.

60. Selle põhjal ei kehtinud 1969. ja 1987. aasta lepingutes ette nähtud lõppemisajad enam kiirtee mis tahes osa kohta. Sellele vastavalt kujutas lõppemisaja määramine 2009. aasta lepingus endast muudatust ka kiirtee teise ja kolmanda lõigu osas.

61. Meenutan siinkohal, et seisukohta, et varem eksisteerinud lepingut ei saa hilisemate õigusaktide ega hiljem kehtestatud õiguspõhimõtete alusel vaidlustada, tuleb pidada erandiks, mida tuleb Euroopa Kohtus välja kujunenud praktika kohaselt tõlgendada kitsalt.[29] Seega, kui 1969. aasta lepingut oli 1999. aasta lepinguga muudetud, ei saanud selle tingimusi seejärel kooskõlas algse lepinguga tagasi vastutulelikumaks muuta.

62. Sellepärast asun seisukohale, et olles 1969. ja 1987. aasta lepinguid 1999. aasta lepinguga muutnud nii, et tingimused lepitakse kokku hiljem, ei saa Itaalia valitsus väita, et need tingimused, mis määrati kindlaks 2009. aasta lepinguga, vastavad rohkem või vähem algsetele tingimustele 1969. ja 1987. aasta lepingutes ning need tuleb sel põhjusel riigihankekohustuste alt välja arvata.

63. Ent isegi kui rakendada n-ö väga kitsast lähenemisviisi, võrreldes 2009. aasta lepingu kokkuleppeid kiirtee teise ja kolmanda lõigu kohta ainult 1969. ja 1987. aasta lepingutes sätestatud tingimustega, on ikkagi nii, et lõppemisaeg muudeti libisevalt 30aastaselt tähtajalt kindlale 37aastasele tähtajale. Seega jääb komisjoni väide püsima ka väga kitsa tõlgenduse korral. Lepingu tingimusi on muudetud.

26 Vt käesoleva ettepaneku punkt 16.

27 Vt käesoleva ettepaneku punkt 20.

28 Vt käesoleva ettepaneku punkt 19.

29 13. jaanuari 2005. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Hispaania, C-84/03, EU:C:2005:14, punkt 58.

64. Lisan vaid selle, et kui esineb raskusi ja ebakindlust eri lepingute sõnastuse ja tähenduse osas, peavad ANAS ja tema kaudu Itaalia valitsus kokkulepitud lepingute sõnastuse eest vastutuse võtma. Kahtluse korral ei tohi tõlgendada ebamäärast sõnastust automaatselt nende kasuks.

65. Asun nüüd küsimuse juurde, kas 2009. aasta lepinguga tehtud muudatusi saab nimetada oluliseks.

Olulised muudatused

66. Euroopa Kohus on kehtestanud mittetäieliku loetelu asjaoludest ja tingimustest, mille korral tuleb muudatust pidada oluliseks. Nii on Euroopa Kohus oma otsuses pressetext Nachrichtenagentur märkinud, et muudatust võib pidada oluliseks, kui see:

– on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinev ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas; või

– oleks esialgses hankemenetluses seatuna võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel, kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel; või

– laiendab riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud, või

– kallutab lepingu majandusliku tasakaalu teenuseosutaja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.[30]

67. Minu arvates on käesoleval juhul täidetud kaks Euroopa Kohtu otsuses pressetext Nachrichtenagentur sõnastatud olulise muudatuse kriteeriumi. On selge, et pooled kavatsesid pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas. Nad tegid seda viisil, mis muutis majandusliku tasakaalu teenuseosutaja kasuks.

68. Alustan sellest, kas lepingu lõppemise kuupäeva võib pidada „selle lepingu oluliseks tingimuseks“ ja niisuguseks, mis „kallutab majanduslikku tasakaalu“. Vaidluse all olevad lepingud käsitlevad riiklike ehitustööde kontsessiooni. Mida kauem saab kontsessionäär seda kontsessiooni kasutada, seda kauem saab ta tekitada kasumit, kui tööd on teostatud ja tema on kiirtee kasutustasude kaudu ehituskulud tagasi teeninud.

69. Poolte vahel läbi räägitav lepingutähtaeg on minu arvates ilmselgelt iga niisugust kontsessiooni reguleeriva lepingu oluline aspekt. 1999. aasta lepingus ette nähtud 29aastast kasutustähtaega (kuni 2028. aastani) pikendati 2009. aasta lepinguga veel 18 aasta võrra (2046. aastani). Seda tuleb pidada oluliste tingimuste muutmiseks ja samal ajal muudatuseks lepingu majanduslikus tasakaalus kontsessionääri kasuks.

70. On tõsi, et kui rakendada väga kitsast lähenemisviisi ja niisiis võrrelda 2009. aasta lepinguga ette nähtud fikseeritud 37aastast kasutamistähtaega 1969. aasta lepingus ette nähtud libiseva 30aastase kasutamistähtajaga, ei ole enam nii lihtne hinnata, kumb neist on kontsessionääri jaoks majanduslikult kasulikum.

30 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus, C-454/06, EU:C:2008:351, punktid 34–37. See kohtuotsus puudutas nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT 1992, L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322) kohaldamist, kuid ma ei näe ühtegi head põhjust kohaldada direktiivi 2004/18 mingit teistsugust kriteeriumi kui „oluline muudatus“. Vt samuti 5. oktoobri 2000. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 46, ja 11. juuli 2013. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Madalmaad, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 46.

71. Olen siiski eespool põhjendanud, miks olen seisukohal, et sõnastused seda väga kitsast tõlgendust kuigi lihtsalt ei toeta.[31] Samuti, kui – nagu käesoleval juhul – on tegu muudatusega, mis *igast vaatenurgast* lepingut oluliselt muudab, olen seisukohal, et Itaalia valitsusel tuleb tõendada, et niisugust muudatust *ei tule* siiski pidada „oluliseks muudatuseks" kohtuotsuse pressetext Nachrichtenagentur tähenduses.[32] Minu arvates ei ole Itaalia valitsus seda käesolevas asjas teinud.

72. Pealegi, kui Euroopa Kohus järeldab, et oluline muudatus puudutas ainult kiirtee esimest (ligikaudu 36 km pikkust) lõiku, jääks komisjoni väide selle lõigu osas ikkagi tõendatuks.

73. Ma ei pea oluliseks seda, et kiirtee esimene lõik oli ainult 15% suuremast lepingulisest kohustusest ehitada 240 km kiirteed. See ei saa muuta järeldust, et riigihankealaseid kohustusi ei täidetud.

74. Niisiis järeldan, et 2009. aasta leping kujutas endast olulist seniste lepingutingimuste muudatust ja seetõttu oleks tulnud korraldada nende suhtes riigihankemenetlus.

75. Asun nüüd küsimuse juurde, kas Itaalia valitsus saab tugineda ühelegi alusele, mis ta sellest kohustusest vabastaks.

Vabastamise alused

76. Itaalia valitsus on viidanud alates 1969. aastast tekkinud faktilistele ja õiguslikele asjaoludele, konkreetselt välisele sündmuste arengule, mis ei ole olnud SAT kontrolli all ja mis on aidanud kaasa kiirtee-ehituse viibimisele ning seega võimalusele kontsessiooni kasutada. Itaalia valitsuse väitel oli kasutamistähtaega vaja pikendada, et „tagada lepingu tasakaal". Ta väidab, et kui kasutamistähtaega ei oleks pikendatud, oleks see tasakaal kannatada saanud.

77. Ma ei nõustu selle argumendiga kahel põhjusel.

78. Esiteks on Euroopa Kohus juba selgitanud, et „asjaolu, et riigihankelepingu tingimuste oluline muutmine ei olnud põhjustatud hankija ja pakkuja tahtlikust soovist rääkida uuesti läbi hankelepingu tingimused, vaid nende soovist leida kompromiss selle hankelepingu täitmisel tekkinud objektiivsete raskuste lahendamiseks, ega teatud lahenduste objektiivselt ebakindel iseloom, ei saa õigustada seda, et see muudatus otsustati teha järgimata võrdse kohtlemise põhimõtet, millest peavad saama kasu kõik mõnest riigihankest huvitatud olla võivad isikud".[33]

79. Teiseks on eespool[34] kokku võetud faktilistest asjaoludest selge, et viivitused kiirtee ehitamisel olid seostatavad eelkõige teatavate seadusandlike algatustega, mis tulid Itaalia valitsuselt endalt. Olenemata sellest, millised võisid olla kõnealuste õigusaktide kehtestamise põhjused, jääb tõsiasjaks, et Itaalia valitsus tegi selge valiku, võttes vastu õigusakte, mis otseselt mõjutasid SAT võimalusi ehitada ja kasutada kiirteed vastavalt algul ette nähtud ajakavale.

31 Vt käesoleva ettepaneku punktid 63 ja 64.

32 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus, C-454/06, EU:C:2008:351, punktid 34–37.

33 7. septembri 2016. aasta kohtuotsus Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 32.

34 Vt käesoleva ettepaneku punktid 21–23.

80. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt „ei või liikmesriik, selleks et õigustada direktiivis ette nähtud kohustuste või tähtaegade järgimata jätmist, tugineda praktilistele või administratiivsetele raskustele. Sama kehtib ka rahaliste raskuste kohta, mis liikmesriikidel tuleb asjakohaseid meetmeid võttes ületada“.[35] Seega, ehkki Itaalia valitsusel võisid olla täiesti asjakohased põhjused võtta meetmeid, mis mõjutasid varem sõlmitud riiklike ehitustööde kontsessiooni, ja ehkki Itaalia valitsus võis soovida leevendada nende õigusaktide mõju SAT-le, pikendades kasutamistähtaega, ei saanud ta seda teha liidu riigihankenorme eirates.

81. Samuti väidab Itaalia valitsus, et riigihankemenetluse korraldamata jätmist (ja seega kõrvalekaldumist võrdse kohtlemise põhimõttest) 2009. aastal võib põhjendada SAT õigusega tugineda õiguskindluse põhimõttele ja õiguspärase ootuse põhimõttele.

82. Seda väites näib Itaalia valitsus tuginevat *a contrario* argumendile, mis on tuletatud Euroopa Kohtu otsusest Promoimpresa jt, kus Euroopa Kohus märkis, et „põhikohtuasjas arutusel olevad kontsessioonid on antud siis, kui oli juba kehtestatud, et selget piiriülest huvi pakkuvate lepingute puhul kehtib läbipaistvuse tagamise kohustus, mistõttu ei saa õiguskindluse põhimõttele tuginedes põhjendada erinevat kohtlemist, mis on ELTL artikli 49 alusel keelatud“.[36]

83. Minu arusaama kohaselt lähtub Itaalia valitsus siin (vaidlustamata) faktist, et 1969. aasta leping sõlmiti enne, kui liidu riigihankenormid ja -põhimõtted kohaldatavaks muutusid, ja väidab sellele tuginedes, et see leping peaks seejärel jääma liidu õiguse alusel kontrollimisest vabastatuks. Ent küsimus ei ole selles, kas 1969. aasta leping vastab asjakohastele liidu õigusnormidele. Küsimus on selles, kas 2009. aasta leping nendele vastab.[37]

84. Samuti, nagu komisjon on õigesti osutanud, ei saa õiguskindluse põhimõttele „viidata mõne kokkuleppe pikendamiseks, minnes vastuollu võrdse kohtlemise ja diskrimineerimise keelu põhimõtetega ja sellest tuleva läbipaistvuskohustusega. Selles osas ei oma tähtsust asjaolu, et asjaomane pikendamine võib olla mõistlikuks lahenduseks, et lõpetada poolte vahel täielikult nende tahtest sõltumatutel põhjustel tekkinud kohtuvaidlus neid siduva kokkuleppe ulatuse üle“.[38] Minu arusaama järgi ei ole põhjust jätta see seisukoht 1969. aasta lepingule kohaldamata.

85. Kontsessioonile on omane, et suurem osa riskist peab kanduma kontsessionäärile.[39] Nii – erinevalt teist liiki lepingutest – peab kontsessionäär (käesoleval juhul SAT) algset lepingut sõlmides aktsepteerima sellele omast tulevast riski. Tavapärane ärialane ettevaatus tagab, et vajadus sellise riskiga arvestada mõjutab esitatavat pakkumust ja/või üksikasjalikke läbirääkimisi lepingu enda suhtes.

86. Tuleb tähele panna, et Euroopa Kohus on märkinud, et hilisemate oluliste muudatuste tegemine võib olla riigihankemenetluse algsete lepingudokumentide tingimustes sõnaselgelt lubatud.[40]

87. Nendel asjaoludel võib Itaalia valitsus olla püüdnud väita, et 1999. aasta lepingu artikli 2 punkti 3, mille kohaselt tuli kiirtee teise ja kolmanda lõiguga seotud lepingutingimused sõlmida hiljem, „kui õiguslikud ja faktilised tingimused kontsessiooniga hõlmatud ehitusprogrammi jätkamiseks on täidetud“, tuleb käsitada kui reservatsiooni, mis on analoogne reservatsiooniga lepingudokumentides.

88. Minu arvates ei saa see kahel põhjusel nii olla.

35 18. oktoobri 2012. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Ühendkuningriik, C-301/10, EU:C:2012:633, punkt 66 ja seal viidatud kohtupraktika.

36 14. juuli 2016. aasta kohtuotsus, C-458/14 ja C-67/15, EU:C:2016:558, punkt 73.

37 Vt käesoleva ettepaneku punkt 46.

38 14. novembri 2013. aasta kohtuotsus Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 40.

39 10. märtsi 2011. aasta kohtuotsus Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punktid 24–26.

40 7. septembri 2016. aasta kohtuotsus Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punktid 36 ja 37.

89. Esiteks *ei olnudki* olemas riigihankemenetlusest tulenenud algseid „lepingudokumente“, sest ühegi kõnealuse lepingu suhtes sellist menetlust ei korraldatud.

90. Teiseks tuleb õigust võtta niisugune reservatsioon hilisema olulise muudatuse aluseks pidada erandiks üldpõhimõttest, et kõik riigihankemenetlusest tulenevad vajalikud asjaolud peavad kajastuma avaliku sektori hankija koostatavates lepingudokumentides. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb erandeid tõlgendada kitsalt. Oleks vastuvõetamatu, kui algul riigihankealastest kohustustest vabastatud lepingut saaks hiljem „täiendada“ reservatsiooniga, millega seataks sisse oluline muudatus ajal, mil niisuguse lepingu suhtes kehtiksid muidu liidu riigihankekohustused.

91. Seega, isegi kui tõlgendada 1999. aasta lepingut nii, et see sisaldab reservatsiooni tulevaste muudatuste tegemiseks, ei saa see reservatsioon anda alust 2009. aasta lepingu vabastamiseks direktiivile 2004/18 vastavuse nõudest.

92. Lõpuks ei saa Itaalia minu arvates tugineda direktiivi 2004/18 artiklile 61, mis lubab teha muudatusi seoses „täiendavate ehitustöödega“. Oluline muudatus 2009. aasta lepingus võrreldes 1999. aasta omaga puudutas mitte kontsessionääri algul kavandatud ehitustööde ulatust, vaid *aega*, mis oli SAT-le antud kasumi teenimiseks pärast nende tööde lõpuleviimist. Selline muudatus esemeliselt artikli 61 kohaldamisalasse ei kuulu.

93. Minu arvates kujutas 2009. aasta lepingu artikliga 4.1 sisse seatud kontsessiooni kestuse muutmine endast kohtuotsuse pressetext Nachrichtenagentur[41] tähenduses olulist muudatust, olenemata sellest, kas võrrelda seda 1999. aasta lepinguga (nagu teeb komisjon) või 1969. aasta lepinguga (nagu on välja pakkunud Itaalia valitsus). Seega kujutas 2009. aasta lepingu sõlmimine ilma riigihankemenetluse korda järgimata endast direktiivi 2004/18 artiklis 2 sätestatud võrdse kohtlemise kohustuse ja sama direktiivi artiklis 58 ette nähtud hanketeate avaldamise kohustuse rikkumist.

Kohtukulud

94. Kodukorra artikli 138 lõike 1 kohaselt on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna olen seisukohal, et Euroopa Kohus peab Euroopa Komisjoni nõude rahuldama, tuleb kohtukulud maksta Itaalia Vabariigil.

Ettepanek

95. Nendel kaalutlustel teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

1. Tuvastada, et kiirtee A12 ehitamise ja haldamisega seotud riiklike ehitustööde kontsessiooni tähtaja pikendamine 2028. aastalt 2046. aastani, mida tehti 2009. aastal, oli oluline muudatus hankija (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) ja kontsessionääri (Società Autostrada Tirrenica) vahel sõlmitud 1999. aasta lepingus ning et selle muudatuse suhtes riigihankemenetlust korraldamata jättes on Itaalia Vabariik rikkunud oma kohustusi, mis tulenevad Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (muudetud redaktsioon) artiklitest 2 ja 58.

2. Mõista kohtukulud välja Itaalia Vabariigilt.

41 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus, C-454/06, EU:C:2008:351, punktid 34–37.