



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 21. marts 2019¹

Sag C-526/17

**Europa-Kommissionen
mod**

Den Italienske Republik

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

1. I 1969 blev der givet en koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder, uden at der blev gennemført en offentlig udbudsprocedure for et motorvejsbyggeri mellem Livorno og Civitavecchia på den italienske vestkyst. Denne kontrakt blev efterfølgende ændret ved yderligere kontrakter i 1987, 1999 og 2009. I ingen af tilfældene var der blevet gennemført en offentlig udbudsprocedure forud for tildelingen af den yderligere kontrakt.

2. Europa-Kommissionen har i henhold til artikel 258 TEUF nu indledt et traktatbrudssøgsmål mod Den Italienske Republik. Det er Kommissionens opfattelse, at den kontrakt, der blev indgået i 2009, udgjorde en væsentlig ændring til den oprindelige kontrakt, og at der følgelig skulle være gennemført en offentlig udbudsprocedure i overensstemmelse med direktiv 2004/18/EF². Den Italienske Republik har anfægtet dette standpunkt.

Retsforskrifter

EU-retten

3. Artikel 1, stk. 2, i direktiv 2004/18 definerer »offentlige bygge- og anlægskontrakter« som »offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I [³] omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed«. Artikel 1, stk. 2, bestemmer yderligere, at ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås »resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), nu ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud (EUT 2014, L 94, s. 65).

3 – Bilag 1 omfatter »[a]nlæg af motorveje«.

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

4. Artikel 2 i direktiv 2004/18 bestemmer, at »[d]e ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.

5. Artikel 56 bestemmer, at reglerne for koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder »finder anvendelse på alle koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder, der indgås af de ordregivende myndigheder, når kontraktens værdi er på 5 150 000 EUR«⁴.

6. Artikel 58 bestemmer følgende:

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

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

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

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

7. Artikel 61 bestemmer følgende:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på supplerende arbejder, der hverken er nævnt i det oprindeligt planlagte koncessionsprojekt eller i den oprindelige kontrakt, men som på grund af uforudsete omstændigheder er blevet nødvendige for udførelsen af bygge- og anlægsarbejdet, sådan som det er beskrevet heri, og som den ordregivende myndighed tildeler koncessionshaveren, forudsat at kontrakterne tildeles den økonomiske aktør, som udfører bygge- og anlægsarbejdet: – når disse supplerende tjenesteydelser eller arbejder ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige kontrakt uden store ulemper for de ordregivende myndigheder, eller – når disse tjenesteydelser eller arbejder ganske vist kan adskilles fra udførelsen af den oprindelige kontrakt, men er strengt nødvendige for dennes fuldstændige gennemførelse. Den samlede værdi af kontrakter, som indgås om supplerende arbejder, må dog ikke overstige 50% af værdien af det oprindelige bygge- og anlægsarbejde, der er genstand for koncessionen.«

8. Artikel 80, stk. 1, bestemmer, at »[m]edlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest 31. januar 2006«.

4 – Som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1422/2007 af 4.12.2007 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF for så vidt angår tærskelværdierne for anvendelse af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter (EUT 2007, L 317, s. 34).

De faktiske omstændigheder og den processuelle baggrund

1969-kontrakten

9. Den 23. oktober 1969 blev der indgået en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder mellem en ordregivende myndighed Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (herefter »ANAS«) og en erhvervsdrivende, Società Autostrada Tirrenica (»SAT«)⁵ (herefter »1969-kontrakten«).

10. Artikel 1, stk. 1, i denne kontrakt beskrev formålet som anlæggelse og drift af A12-motorvejen fra Livorno (Cecina) til Civitavecchia (herefter »motorvejen«)⁶. Artikel 1, stk. 2, præciserede, at motorvejens samlede længde var »ca. 237 km«.

11. Det fremgår af artikel 7, at »koncessionen ophører 30 år efter det tidspunkt, hvor driften af hele motorvejen indledes; perioden kan ikke overstige 30 år fra den dato, hvor de arbejder, der er beskrevet i den generelle gennemførelsesplan for de arbejder, der henvises til i artikel 5, stk. 1 og 2, er fuldendt dog med forbehold af bestemmelserne i artikel 5, stk. 5 og 6«.

1987-kontrakten

12. Den 14. oktober 1987 blev der indgået en yderligere kontrakt mellem de samme parter (herefter »1987-kontrakten«). Ifølge den italienske regering erstattede denne kontrakt artikel 7 i 1969-kontrakten med følgende bestemmelse: »Varigheden af nærværende koncession fastsættes til 30 år fra den dato, hvor hele motorvejen åbnes for trafik.«

1999-kontrakten

13. Den 7. oktober 1999 blev der indgået en yderligere kontrakt mellem de samme parter (herefter »1999-kontrakten«). Kontraktens artikel 2, stk. 1, bestemmer, at »den foreliggende kontrakt finder anvendelse mellem den koncessionsgivende myndighed og koncessionshaveren på driften af strækningen på 36,6 km mellem Livorno og Cecina, der blev åbnet for trafik den 3. juli 1993, og som udgør en integrerende del af A12-motorvejen Livorno-Civitavecchia, i henhold til den til SAT tildelte koncession på anlæggelsen og driften deraf«.

14. I henhold til artikel 2, stk. 3, gælder endvidere, at »såfremt de retlige og faktiske betingelser for at fortsætte anlæggelsesprogrammet, som er genstand for en tildelt koncession, er opfyldt, skal der indgås et tillæg med henblik på at fastlægge de kontraktmæssige rammer for anlæggelsen og driften af to yderligere strækninger: Cecina – Grosseto og Grosseto – Civitavecchia«.

15. Artikel 23 bærer overskriften »koncessionens varighed«. I henhold til bestemmelsen gælder, at »koncessionen udløber den 31. oktober 2028«.

5 – Strengt taget udgør il mar Tirreno (Det Tyrrenske Hav), som den erhvervsdrivendes navn stammer fra, den del af Middelhavet ud fra Italiens vestkyst, som Sicilien grænser op til mod syd, som Sardinien og Korsika grænser op til mod vest, og som Elba grænser op til mod nord, herunder Follonica-bugten. Farvandet derfra og op til Livorno udgør selv en del af il mar Ligure (Det Liguriske Hav). Jf. Istituto idrografico della Marina's webside (<http://www.marina.difesa.it>).

6 – Udtrykket »motorvej«, således som det anvendes i dette forslag til afgørelse, defineres i 1969-kontraktens artikel 1, stk. 2, som »en tosporet vej, hvor hver side har en bredde på 7,5 m, og som adskilles af en midterrabat og flankeres af et nødspor«.

2009-kontrakten

16. Den 11. marts 2009 blev der indgået en yderligere kontrakt mellem de samme parter (herefter »2009-kontrakten«). Det fremgår bl.a. af betragtningerne til denne kontrakt, at »den nye kontrakt blev indgået den 7. oktober 1999 mellem ANAS og SAT, blev godkendt ved dekret af 21. december 1999, registreret hos Corte dei Conti den 11. april 2000 og erstattede de tidligere kontrakter af 23. oktober 1969 og det tilhørende tillæg af 14. oktober 1987 og fastlægger bl.a., at koncessionen skulle udløbe den 31. oktober 2028«.

17. Det fremgår af artikel 1.4, at »parterne er enige om, at de ikke har aktuel eller potentiel ret, interesse eller krav for så vidt angår kontrakten af 7. oktober 1999 eller enhver retsakt eller foranstaltning, der er vedtaget forud for indgåelsen af nærværende kontrakt«.

18. Det fremgår af artikel 2.1, at »nærværende kontrakt fuldt ud og udelukkende skal finde anvendelse på forholdet mellem den koncessionsgivende myndighed og koncessionshaveren for så vidt angår udformningen, anlæggelsen og driften af samtlige arbejder, der tidligere er blevet tildelt i henhold til koncessionen, der blev indgået med ANAS den 7. oktober 1999: a) A12 Livorno – Cecina (Rosignano) 36,6 km (der blev åbnet for trafik den 3.7.1993), b) Cecina (Rosignano) – Grosseto, 110,5 km, c) Grosseto – Civitavecchia, 95,5 km, i alt 242,6 km«.

19. Det fremgår af første del af artikel 4.1, at »idet der skal tages hensyn til de perioder, hvor udførelsen af arbejderne blev suspenderet, således som der henvises til i præambelen og artikel 143 i lovdekret nr. 163/2006, udløber koncessionen på fuldførelsen af motorvejen Cecina (Rosignano) – Civitavecchia den 31. december 2046«.

20. Det fremgår af anden del af artikel 4.1, at »såfremt den koncessionsgivende myndighed ikke har godkendt det endelige projekt og den tilhørende økonomiske og finansielle plan (herefter »ØFP«) for gennemførelsen af strækningen mellem Cecina – Civitavecchia inden den 31. december 2012, skal parterne fastlægge de økonomiske og finansielle konsekvenser heraf, herunder påløbne investeringsomkostninger, med henvisning til udløbet af koncessionen på den oprindeligt fastsatte dato, nærmere bestemt den 31. oktober 2028«.

Anlæggelsesarbejdets forløb

21. Betragtningerne til 2009-kontrakten indikerer, at arbejdet i forbindelse med anlæggelsen af motorvejen blev udskudt som følge af artikel 11 i lov nr. 287 af 28. april 1971⁷ og artikel 18a i lovdekret nr. 376 af 13. august 1975⁸, der efterfølgende blev omdannet til lov nr. 492 af 16. oktober 1975⁹. Denne udsættelse blev efterfølgende ophævet ved artikel 9 og 14 i lov nr. 531/1982, der blev vedtaget den 12. august 1982¹⁰.

7 – Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (lov nr. 287 om ændring og supplerung af lovgivningen om motorveje) GURI nr. 137 af 1.6.1971.

8 – Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (lovdekret nr. 376 om indførelse af økonomiske genoprettelsesforanstaltninger for eksport og offentlige bygge- og anlægsarbejder) GURI nr. 218 af 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 (omdannelse til lov med ændringer af lovdekret af 13.8.1975, nr. 376, vedrørende foranstaltninger til genoprettelse af økonomien vedrørende eksport og offentlige bygge- og anlægsarbejder) GURI nr. 276 af 17.10.1975.

10 – Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (lov nr. 531 om indførelse af en tiårs plan for større vejes rentabilitet og genoprettelsesforanstaltninger for sektoren for motorveje) GURI nr. 223 af 14.8.1982.

22. Der er enighed om, at den første motorvejsstrækning, der dækkede 36,6 km fra Livorno til Cecina (Rosignano), blev åbnet for trafik den 3. juli 1993. Den anden og den tredje motorvejsstrækning fra henholdsvis Cecina (Rosignano) til Grosseto og fra Grosseto til Civitavecchia var ikke blevet bygget på det pågældende tidspunkt. Der er efterfølgende kun blevet fuldført mindre strækninger¹¹.

23. Betragtningerne til 2009-kontrakten indikerer yderligere, at anlæggesarbejderne på motorvejen endnu en gang blev udskudt ved artikel 55, stk. 12, i lov nr. 449 af 27. december 1997¹², og at denne suspension blev ophævet ved lov nr. 443 af 21. december 2001¹³. Ifølge den italienske regering krævede lov nr. 286 af 24. november 2006 og lov nr. 101 af 6. juni 2008 yderligere, at den eksisterende koncessionskontrakt skulle konsolideres. Det var på dette grundlag, at 2009-kontrakten blev indgået.

24. Hverken Kommissionen eller den italienske regering har fremlagt oplysninger vedrørende efterfølgende ændringer i den italienske lovgivning, der kan berøre koncessionskontraktens gyldighed¹⁴.

Den administrative procedure

25. Kommissionen modtog i 2009 en klage vedrørende forlængelsen (fra den 31.10.2028 til den 31.12.2046) af løbetiden af den koncessionskontrakt, som SAT var blevet tildelt. Kommissionen behandlede denne klage, som blev registreret under nr. 2009/4154. Skriftvekslingen mellem Kommissionen og Italien tyder på, at Italien indvilgede i at nedsætte løbetiden med tre år til 2043 og at gøre tildelingen af samtlige af arbejderne i forbindelse med anlæggelsen af motorvejen til genstand for en offentlig udbudsprocedure. Kommissionen besluttede på grundlag af dette tilsagn at undlade at gå videre med klage nr. 2009/4154.

26. SAT overdrog tilsyneladende omkring 30% af værdien af arbejderne til selskaber, der var under SAT's kontrol, i to trancher med en værdi på henholdsvis 34 724 661 EUR og 117 323 225 EUR henholdsvis den 15. december 2009 og den 30. marts 2012.

27. Den 22. april 2014 fremsendte Kommissionen en skrivelse til Italien med dens formelle holdning, hvori den anførte, at Italien ved at forlænge koncessionskontraktens løbetid ved 2009-kontrakten uden en offentlig udbudsprocedure havde tilsidesat direktiv 2004/18, navnlig artikel 2 og 58 heri, og at nævnte direktivs artikel 61 ikke fandt anvendelse på de pågældende omstændigheder.

28. I juni 2014 tilbød Italien at udbyde 70% af arbejderne og gentog sit tilbud om at nedsætte koncessionens løbetid med tre år.

29. Kommissionen fremsatte den 17. oktober 2014 en begrundet udtalelse over for Italien. Den forkastede forslaget om, at 30% af arbejderne *ikke* ville blive gjort til genstand for en offentlig udbudsprocedure. Kommissionen var af den opfattelse, at forlængelsen af kontrakten til 2046 svarede til en tildeling af en ny kontrakt, og anførte, at »idet ANAS har indgået en aftale med SAT, hvorved

11 – Jf. punkt 36 nedenfor.

12 – Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (lov nr. 449 om indførelse af foranstaltninger til stabilisering af offentlige finanser) GURI nr. 302 af 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 (lov nr. 443 om en delegation til regeringen for strategisk infrastruktur og produktionsfaciliteter samt andre interventioner til genoprettelse af produktionsaktiviteter) GURI nr. 299 af 27.12.2001.

14 – Det forekommer mig, at den rute, der blev foreslået for anlæggelsen af denne særlige motorvej, har givet anledning til uoverensstemmelser, og at der bl.a. er rejst spørgsmål vedrørende dens miljømæssige virkning (jf. [wikivisually.com](http://www.wikivisually.com)). Jeg forholder mig ikke til dette forhold i dette forslag til afgørelse.

udløbsdatoen for koncessionen på A12 Civitavecchia – Livorno motorvejen udsættes fra den 31. oktober 2028 til den 31. december 2046 uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, har Den Italienske Republik tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18/EF«.

30. Italien foreslog efter den begrundede udtalelse at give en række tilsagn med det formål at løse tvisten mellem Italien og Kommissionen. Følgelig

- sendte Italien den 27. oktober 2014 Kommissionen et udkast til en kontrakt med en nedsættelse af løbetiden på tre år og et tilsagn om at udbyde 100% af arbejderne til tredjemand
- sendte Italien den 26. juni 2015 Kommissionen et udkast til en kontrakt med en nedsættelse af løbetiden på seks år og et tilsagn om at udbyde 100% af arbejderne
- sendte Italien den 22. juli 2015 Kommissionen et udkast til en kontrakt med et forslag om en nedsættelse af løbetiden fra 2046 til 2040 og tildeling af 100% af arbejderne via en offentlig udbudsprocedure; endvidere ville SAT miste kontrakten, såfremt SAT ikke tildelte disse arbejder til tredjemand, og udløbsdatoen ville blive rykket frem til 2028, såfremt udkastet til kontrakt ikke blev godkendt senest den 28. februar 2017
- afgav Italien den 24. juli 2015 yderligere forklaringer om grundene til, at det havde været nødvendigt at forlænge løbetiden, idet det blev antydnet, at forsinkelserne i arbejderne bl.a. skyldtes manglende offentlig finansiering og hensyn til den offentlige sikkerhed.

31. Den 8. marts 2016 anmodede Kommissionen Italien om at træffe alle nødvendige foranstaltninger for at bringe koncessionen på offentlige bygge- og anlægsarbejder til ophør inden den 31. oktober 2028, som det tidligere var fastsat ved 1999-kontrakten.

32. I sit svar af den 18. november 2016 sendte Italien dokumentation til Kommissionen i form af et ved notar bekræftet dokument til dokumentation for, at SAT havde påtaget sig at give alle arbejderne i udbud. Italien foreslog endvidere at fremrykke udløbsdatoen for koncessionen fra 2046 til 2038.

Retsforhandlingerne

33. Det var Kommissionens opfattelse, at Italiens svar var utilstrækkeligt. Den indledte følgelig den 4. september 2017 en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 258 TEUF med påstand om, at »[d]et fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF [...] med senere ændringer, idet den forlængede koncessionen på offentlige bygge- og anlægsarbejder vedrørende A12-motorvejen Civitavecchia-Livorno til den 31. december 2046 uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse«. Kommissionen har ligeledes nedlagt påstand om, at Den Italienske Republik skal betale sagens omkostninger.

34. Kommissionen og den italienske regering har indgivet skriftlige indlæg, og den italienske regering har indgivet et skriftligt svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen, hvortil Kommissionen har fremsat skriftlige bemærkninger.

35. Dette spørgsmål omhandlede investeringer, der allerede var foretaget af SAT i forbindelse med anlæggelsen af motorvejen og de forventede investeringer frem til 2028 sammen med den samlede investering, som SAT angiveligt ikke ville få et tilstrækkeligt udbytte af, såfremt koncessionen blev bragt til ophør i 2028. I dens svar af 3. oktober 2018 til Domstolen forklarede den italienske regering følgende:

- i) I perioden mellem 2009 og 2017 investerede SAT 253,136 mio. EUR i to motorvejsstrækninger fra Cecina (Rosignano) til San Pietro in Palazzi og fra Tarquina Sud til Civitavecchia, der begge siden hen er blevet åbnet for trafik.
- ii) I den økonomiske og finansielle plan fra 2011, der var baseret på 2009-kontrakten, blev det anslået, at SAT ville investere 3 411,7 mio. EUR til færdiggørelse af motorvejen i 2028, hvoraf de 253,136 mio. EUR, der er nævnt ovenfor, dækkede arbejder, der var planlagt for perioden 2009 til 2015. Såfremt kontrakten udløb i 2028, ville SAT ikke tjene de anslåede 1 135,7 mio. EUR i perioden fra 2028 til 2046.
- iii) I den økonomiske og finansielle plan fra 2016, der var baseret på de tilsagn over for Kommissionen, som Italien havde foreslået under den administrative procedure, var den samlede investering, der skulle foretages af SAT frem til 2023 1 400 mio. EUR. Eftersom der allerede var blevet investeret 253 136 mio. EUR, skulle der fortsat investeres 1 146,86 mio. EUR. Såfremt kontrakten udløb i 2028, ville SAT ikke tjene de anslåede 505,185 mio. EUR mellem 2028 og 2038 (hvilket var en af de udløbsdatoer for koncessionen, som Italien havde foreslået under den administrative procedure)¹⁵.

36. I dens bemærkninger af 25. oktober 2018 til dette skriftlige svar fremhævede Kommissionen, at den tidsramme for investeringer, der var blevet anvendt af den italienske regering, ikke svarede til den tidsramme, der var angivet i spørgsmålet fra Domstolen. Kommissionen har endvidere bemærket, at ifølge SAT's eget websted var motorvejsstrækningen fra Cecina (Rosignano) til San Pietro i Palazzi blevet åbnet i 2012 og i 2016 for så vidt angår strækningen fra Tarquina Sud til Civitavecchia. Kommissionen har bemærket, at den samlede motorvejsstrækning, der nu var blevet fuldført, blev angivet til at udgøre 54,6 km. Dette udgjorde yderligere 18 km ud over de 36,6 km, der var blevet fuldført i 1993. Kommissionen har endelig bemærket, at den italienske regering ifølge avisrapportager havde opgivet yderligere arbejder på den planlagte motorvej i 2017, idet den i stedet foretrak at renovere bestående veje¹⁶.

37. Der blev afholdt et retsmøde den 12. december 2018, hvor Italien og Kommissionen afgav yderligere indlæg og besvarede spørgsmål fra Domstolen.

Indledende betragtninger

Anvendelsen af direktiv 2004/18

38. Italien har bestridt, at direktiv 2004/18 finder anvendelse på en kontrakt, der oprindeligt blev indgået i 1969, forud for udvikling af retspraksis, og inden der fandtes bestemmelser i den afledte ret om offentlige udbud.

39. Jeg deler ikke den tvivl, som Italien har givet udtryk for. Selv om en oprindelig kontrakt i sig selv ikke er omfattet af anvendelsesområdet for udbudsreglerne, betyder dette ikke, at alle ændringer i kontrakten heller ikke er omfattet af anvendelsesområdet for udbudsreglerne.

¹⁵ – Jf. punkt 30 ovenfor.

¹⁶ – Kommissionen henviste til en artikel i *Il Fato quotidiano* af 15.4.2017, som den har vedlagt som et bilag til dens bemærkninger.

40. Domstolen fastslog i Belgacom-dommen¹⁷, at »[d]et medgives, at retssikkerhedsprincippet, som er et grundlæggende EU-retligt princip, ganske vist kan begrunde, at en kontrakts retsvirkninger respekteres, herunder i det af dette princip krævede omfang i tilfælde, hvor en kontrakt er indgået, før Domstolen udtalte sig om den primære EU-rets indvirkning på kontrakter af denne type, og hvor det efterfølgende har vist sig, at den er i strid med visse af disse indvirkninger«.

41. Uanset at Domstolen således endvidere har fastslået, at de grundlæggende principper for offentlige udbud finder anvendelse under visse omstændigheder for kontrakter, der formelt ikke er omfattet af anvendelsesområdet for EU's udbudsregler¹⁸, kan disse grundlæggende principper (i dette tilfælde navnlig ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ikke finde anvendelse på en kontrakt, der var blevet indgået forud for, at de omhandlede principper blev fastslået af Domstolen.

42. Det første EU-retlige instrument, der regulerer tildelingen af koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder, var Rådets direktiv 89/440/EØF af 18. juli 1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter¹⁹. Direktivet skulle være gennemført senest den 19. juli 1990²⁰. Det er indlysende, at det følgelig ikke kunne finde anvendelse på 1969-kontrakten.

43. Domstolen har imidlertid endvidere fastslået, at såfremt en kontrakt blev indgået forud for vedtagelsen af de EU-retlige udbudsbestemmelser, og denne kontrakt hverken *ratione materiae* og *ratione temporis* følgelig er omfattet af anvendelsesområdet for disse bestemmelser, vil der skulle tages stilling til enhver væsentlig ændring i kontrakten i lyset af de gældende EU-retlige bestemmelser på tidspunktet for ændringen. Anvendelsen af de EU-retlige udbudsbestemmelser er navnlig begrundet, såfremt det er parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer. I traktatbrudssager (som denne) ligger bevisbyrden hos Kommissionen²¹.

44. Der er enighed om, at den omhandlede kontrakt henhører under definitionen på en koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/18. Den overstiger endvidere klart tærskelværdien i artikel 56 i dette direktiv, som ændret. Følgelig er 2009-kontrakten således såvel *ratione materiae* som *ratione temporis* omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18.

45. Det følger heraf, at enhver ændring, der foretages ved 2009-kontrakten skal bedømmes i henhold til direktiv 2004/18. Som forklaret af Domstolen i presstext Nachrichtenagentur-dommen²² er det afgørende spørgsmål, hvorvidt ændringen skal anses for »væsentlig«.

46. Jeg bemærker endvidere, at selv om der kan rejses tvivl om, hvorvidt 1987- og 1999-kontrakterne overholdt de EU-retlige udbudsbestemmelser, er der ikke grundlag for, at Domstolen skal tage stilling til disse spørgsmål i den foreliggende sag. Kommissionen har kun anfægtet 2009-kontraktens forenelighed med EU-retten. Jeg vil følgelig kun henvise til og om nødvendigt fortolke de forudgående kontrakter i dette forslag til afgørelse, for så vidt som de kan bidrage til en forståelse af, hvorvidt 2009-kontrakten indførte væsentlige ændringer i kontraktforholdet mellem ANAS og SAT.

17 – Dom af 14.11.2013 (C-221/12, EU:C:2013:736, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

18 – Jf. for så vidt angår forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet dom af 7.12.2000, Telaustria og Telefonadress (C-324/98, EU:C:2000:669, præmis 60).

19 – EFT 1989, L 210, s. 1. Direktiv 71/305 blev efterfølgende erstattet af Rådets direktiv 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1993, L 199, s. 54), der senere blev erstattet af direktiv 2004/18.

20 – Jf. artikel 3 i direktiv 89/440.

21 – Dom af 5.10.2000, Kommissionen mod Frankrig (C-337/98, EU:C:2000:543, præmis 41-45).

22 – Dom af 19.6.2008 (C-454/06, EU:C:2008:351); jf. yderligere punkt 66 ff. nedenfor.

Retlig bedømmelse

Kommissionens synspunkter

47. I denne sag påhviler det Kommissionen at føre bevis for de forhold, den gør gældende²³. Det er derfor vigtigt at afklare de synspunkter, som Kommissionen har gjort gældende over for Italien i sagen.

48. Kommissionen har gjort gældende, at Italien har tilsidesat artikel 2 og 58 i direktiv 2004/18 ved at undlade at gennemføre en offentlig udbudsprocedure i forbindelse med foretagelsen af en væsentlig ændring i en kontrakt²⁴. Det faktuelle grundlag herfor er relativt tydeligt, idet 2009-kontrakten forlængede løbetiden for koncessionen på offentlige bygge- og anlægsarbejder fra 2028, som var den udløbsdato, der var fastsat i 1999-kontrakten, til 2046. Den italienske regering har gjort gældende, at dette standpunkt er en forenkling. Efter dens opfattelse vedrørte årstallet 2028, der blev fastsat i 1999-kontrakten kun en enkelt motorvejsstrækning, og de resterende strækninger skulle underlægges en løbetid, der skulle præciseres på et senere tidspunkt. Den italienske regering har ikke desto mindre accepteret, at 2009-kontrakten nu fastsætter løbetiden for hele koncessionen på motorvejen til 2046.

49. Det er ikke min opfattelse, at den italienske regerings argument berører spørgsmålet om, hvorvidt der er grundlag for Kommissionens sag. Kommissionens opfattelse blev tydeligt meddelt den italienske regering, hvorfor den italienske regering følgelig havde mulighed for at udarbejde dens forsvar for så vidt angår »den fællesskabslovgivning, der var gældende på tidspunktet for udløbet af den frist, som Kommissionen havde givet den pågældende medlemsstat til at rette sig efter den begrundede udtalelse«²⁵.

50. Domstolen kan først indlede sin retlige bedømmelse af, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, når den har en klar opfattelse af de gældende kontraktkomplekser. Det er følgelig nødvendigt at foretage en bedømmelse af omfanget af den oprindelige 1969-kontrakt og navnlig den udløbsdato, som den fastlagde, og dernæst tage stilling til de ændringer, der blev indført ved de efterfølgende kontrakter.

Fortolkning af kontrakterne

51. Artikel 7 i 1969-kontrakten regulerede det, der kan udtrykkes som en variabel løbetid på »op til 30 år« for koncessionen, der begyndte at løbe ved »fuldførelsen af hele motorvejen fra Livorno til Civitavecchia«. Dette udtryk blev ændret ved 1987-kontrakten, således at løbetiden var en periode på præcis 30 år frem for »op til 30 år«.

52. Fandt fastsættelsen af en endelig udløbsdato (2028) i 1999-kontrakten anvendelse for hele kontrakten (en »bred« fortolkning) eller kun for den første motorvejsstrækning fra Livorno til Cecina (Rosignano), der åbnede for trafik i 1993, men som kun dækkede 36,6 km af de planlagte 240 km for hele motorvejen (en »snæver« fortolkning)? Selv om der normalt ikke bør være tvivl for så vidt angår udløbsdatoen for en kontrakt, hersker der her tvivl om, hvilke aspekter af 1969-kontrakten der var omfattet af denne nye udløbsdato.

53. Den italienske regering foretrækker en snæver fortolkning, mens Kommissionen foretrækker en bred fortolkning.

23 – Jf. bl.a. dom af 25.5.1982, Kommissionen mod Nederlandene (96/81, EU:C:1982:192, præmis 6), og af 11.7.2018, Kommissionen mod Belgien (C-356/15, EU:C:2018:555, præmis 25).

24 – Jf. punkt 27 ovenfor.

25 – Dom af 9.11.1997, Kommissionen mod Italien (C-365/97, EU:C:1999:544, præmis 32).

54. Til støtte for den snævre fortolkning taler den omstændighed, at artikel 2, stk. 1, i 1999-kontrakten udtrykkeligt fastsætter, at denne kontrakt kun finder anvendelse på den første motorvejsstrækning fra Livorno til Cecina, mens artikel 2, stk. 3, fastsætter, at de nødvendige betingelser skal aftales for de to resterende motorvejsstrækninger, så snart lovgivningen er blevet vedtaget, med henblik på at gøre det muligt at fortsætte med at udføre arbejde på disse strækninger. Denne fortolkning fører følgelig til den konklusion, at 1999-kontrakten kun finder anvendelse for den første motorvejsstrækning og ikke for hele strækningen.

55. Til støtte for en bredere fortolkning taler den omstændighed, at artikel 23 i 1999-kontrakten fastsætter, at koncessionen udløber i 2028 uden tilsyneladende at foretage nogen sondring mellem de forskellige motorvejsstrækninger. Dette synes at være understøttet af betragtningerne til 2009-kontrakten, der forklarer, at 1969- og 1987-kontrakterne, der uden forskel fandt anvendelse på hele motorvejen, skulle ændres ved 1999-kontrakten, således at koncessionen udløb i 2028²⁶.

56. Den anden del af artikel 4.1 i 2009-kontrakten fastsætter udtrykkeligt, at den »oprindelige« udløbsdato i 2028 finder anvendelse på de resterende strækninger fra Cecina (Rosignano) til Civitavecchia²⁷. Den første del af artikel 4.1 i 2009-kontrakten fastsætter endvidere en ny udløbsdato i 2046 ligeledes uden at foretage nogen sondring mellem de forskellige motorvejsstrækninger²⁸.

57. Den italienske regerings svar på Domstolens spørgsmål og Kommissionens indlæg om dette forhold gør det endelig klart, at der blev foretaget arbejder på de resterende motorvejsstrækninger forud for vedtagelsen af 2009-kontrakten. Denne omstændighed taler imod den snævre fortolkning.

58. Jeg foretrækker følgelig den bredere fortolkning af 1999-kontrakten, som Kommissionen har gjort gældende, og det er min opfattelse, at artikel 23 i 2009-kontrakten ændrede udløbsdatoen for koncessionen for hele motorvejen fra 2028, således som fastsat i 1999-kontrakten, til 2046.

59. Selv såfremt den snævrere fortolkning imidlertid foretrækkes, bemærker jeg, at 2009-kontrakten endvidere ændrer udløbsdatoen for den anden og den tredje motorvejsstrækning. Dette må anses for at være baseret på artikel 2, stk. 3, i 1999-kontrakten, der fastlagde, at betingelserne for den anden og den tredje motorvejsstrækning skulle fastlægges på en senere dato.

60. Ophørsdatoerne, der angives i 1969- og 1987-kontrakterne, fandt på dette grundlag derefter ikke længere anvendelse på nogen del af motorvejen. Fastsættelsen af en udløbsdato i 2009-kontrakten udgjorde følgelig endvidere en ændring for så vidt angår den anden og den tredje motorvejsstrækning.

61. Jeg skal her erindre om, at synspunktet om, at en allerede gældende kontrakt ikke kan anfægtes på grundlag af senere lovgivning eller ved efterfølgende fastslåede retsprincipper, skal anses for en undtagelse, der i overensstemmelse med Domstolens faste praksis skal fortolkes indskrænkende²⁹. Så snart 1969-kontrakten blev ændret ved 1999-kontrakten, kan den følgelig ikke efterfølgende ændres tilbage til mere fordelagtige vilkår på linje med den oprindelige kontrakt.

62. Det er følgelig min opfattelse, at den italienske regering i forbindelse med ændringen af 1969- og 1987-kontrakterne i 1999-kontrakten ved fastsættelsen af, at betingelserne skulle aftales på et senere tidspunkt, er afskåret fra at fremføre argumenter om, at disse betingelser, der defineres ved 2009-kontrakten, mere eller mindre svarer til de oprindelige betingelser i 1969- og 1987-kontrakterne, og at pligten til at gennemføre et offentligt udbud af denne grund ikke finder anvendelse.

26 – Jf. punkt 16 ovenfor.

27 – Jf. punkt 20 ovenfor.

28 – Jf. punkt 19 ovenfor.

29 – Dom af 13.1.2005, Kommissionen mod Spanien (C-84/03, EU:C:2005:14, præmis 58).

63. Selv såfremt der imidlertid anlægges en »meget snæver« tilgang, således at ordningen i 2009-kontrakten for så vidt angår den anden og den tredje motorvejsstrækning kun skal sammenlignes med betingelserne i 1969- og 1987-kontrakterne, ændrer det ikke på, at udløbsdatoen blev ændret fra en variabel periode på 30 år til en fast periode på 37 år. Selv såfremt denne meget snævre fortolkning lægges til grund, forbliver kernen i Kommissionens standpunkt således uændret. Betingelserne i kontrakten er blevet ændret.

64. Jeg tilføjer blot, at såfremt der er problemer og usikkerhed forbundet med den rette ordlyd af og indsættelserne i de forskellige kontrakter, drages ANAS og i kraft heraf den italienske regering til ansvar for de indgåede kontrakter. Såfremt der er tvivl, skal en uklar tekst ikke automatisk fortolkes til deres fordel.

65. Jeg vil nedenfor tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt de ændringer, der blev foretaget ved 2009-kontrakten, kan karakteriseres som væsentlige.

Væsentlige ændringer

66. Domstolen har fastlagt en ikke-udtømmende liste over, under hvilke omstændigheder og på hvilke betingelser en ændring skal anses for væsentlig. Følgelig har Domstolen således i presstext Nachrichtenagentur-dommen fastslået, at en ændring skal anses for væsentlig

- såfremt den er afgørende forskellig fra bestemmelserne i den oprindelige aftale og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer, eller
- såfremt den, hvis var blevet indført på tidspunktet for den oprindelige udbudsprocedure, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere at deltage eller gjort det muligt at antage et andet tilbud, eller
- såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat deri, eller
- såfremt den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser³⁰.

67. To af kriterierne for, at der foreligger væsentlige ændringer, således som fastslået af Domstolen i presstext Nachrichtenagentur-dommen, er efter min opfattelse opfyldt her. Parterne havde en klar hensigt om at genforhandle aftalens grundlæggende elementer. De gjorde dette på en måde, der ændrede aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren.

68. Jeg vil indlede med at undersøge, om udløbsdatoen for en kontrakt kan anses for at udgøre »aftalens grundlæggende elementer« og et forhold, der »ændrer aftalens økonomiske balance«. De omhandlede kontrakter vedrører en koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder. Jo længere koncessionshaveren kan udnytte denne koncession, jo mere har koncessionshaveren udsigt til at opnå fortjeneste, så snart arbejderne er fuldført, og den har fået dækket udgifterne til anlæggelsen gennem vejafgifter, der opkræves for brugen af motorvejen.

30 – Dom af 19.6.2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 34-37). Sagen omhandlede anvendelsen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT 1992, L 209, s. 1), men jeg kan ikke finde nogen god grund til at anvende andre kriterier for så vidt angår »væsentlig ændring« i forbindelse med direktiv 2004/18. Jf. endvidere dom af 5.10.2000, Kommissionen mod Frankrig (C-337/98, EU:C:2000:543, præmis 46), og af 11.7.2013, Kommissionen mod Nederlandene (C-576/10, EU:C:2013:510, præmis 46).

69. Løbetidens længde, der blev forhandlet mellem parterne, er efter min opfattelse helt åbenlyst et grundlæggende element ved enhver kontrakt vedrørende en sådan koncession. Udnyttelsesperioden på 29 år i 1999-kontrakten (frem til 2028) blev forlænget med yderligere 18 år i 2009-kontrakten (frem til 2046). Dette må anses for at udgøre en ændring af de grundlæggende elementer, der samtidig ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for koncessionshaveren.

70. Det er korrekt, at såfremt man anvender den meget snævre tilgang, og den fastsatte udnyttelsesperiode på 37 år i 2009-kontrakten således bliver sammenlignet med den variable udnyttelsesperiode på 30 år i 1969-kontrakten, bliver det sværere at bedømme, hvilke af de to er mest økonomisk fordelagtig for koncessionshaveren.

71. Jeg har imidlertid ovenfor anført grundene til, hvorfor jeg er af den opfattelse, at den meget snævre fortolkning ikke umiddelbart støttes af ordlyden³¹. Såfremt der endvidere som i dette tilfælde er tale om en ændring, der *under alle omstændigheder* grundlæggende ændrer kontrakten, er det min opfattelse, at det tilkommer den italienske regering at dokumentere, at en sådan ændring ikke desto mindre *ikke* skal anses for en »væsentlig ændring« som omhandlet i presstext Nachrichtenagentur-dommen³². Jeg er ikke af den opfattelse, at den italienske regering har gjort dette i dette tilfælde.

72. Såfremt Domstolen endvidere konkluderer, at kun den første motorvejsstrækning (ca. 36 km) var genstand for en væsentlig ændring, ville Kommissionens synspunkt fortsat være begrundet for så vidt angår for denne strækning.

73. Jeg anser det ikke for afgørende, at den første motorvejsstrækning kun udgjorde 15% af et større kontraktkompleks om anlæggelse af 240 km motorvej. Dette kan ikke svække konstateringen af, at pligten til at gennemføre offentlig udbud ikke var blevet overholdt.

74. Det er følgelig min opfattelse, at 2009-kontrakten udgjorde en væsentlig ændring i det allerede gældende kontraktkompleks, og at der følgelig skulle have været gennemført en offentlig udbudsprocedure.

75. Jeg vil dernæst tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den italienske regering kan påberåbe sig nogle grunde, der kan fritage den fra denne forpligtelse.

Fritagelsesgrunde

76. Den italienske regering har henvist til faktiske og retlige omstændigheder, der er indtruffet siden 1969, navnlig eksterne begivenheder, der lå uden for SAT's kontrol, og som bidrog til forsinkelsen i anlæggelsen af motorvejen og således udnyttelsen af koncessionen. Den italienske regering har gjort gældende, at det var nødvendigt at forlænge udnyttelsesperioden med henblik på at »sikre balance i kontrakten«. Den har gjort gældende, at denne balance ville være blevet undermineret, såfremt udnyttelsesperioden ikke var blevet forlænget.

77. Jeg afviser dette argument af to grunde.

31 – Jf. punkt 63 og 64 ovenfor.

32 – Dom af 19.6.2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 34-37).

78. Domstolen har for det første allerede gjort det klart, at »hverken det forhold, at en væsentlig ændring af en offentlig kontrakts elementer ikke skyldes en bevidst vilje hos den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver om at genforhandle denne kontrakts indhold, men deres vilje til at finde en forligsmæssig løsning på objektive vanskeligheder, som er opstået i forbindelse med gennemførelsen af nævnte kontrakt, eller visse projekters objektivt usikre karakter, kan begrunde, at der træffes afgørelse om en sådan ændring uden overholdelse af ligebehandlingsprincippet, som skal komme enhver erhvervsdrivende, der er potentielt interesseret i en offentlig kontrakt, til gode«³³.

79. Det fremgår endvidere for det andet tydelig af de faktiske omstændigheder, som jeg har opsummeret ovenfor³⁴, at forsinkelserne i anlæggelsen af motorvejen primært kunne tilskrives visse lovgivningsmæssige initiativer, der blev gennemført af den italienske regering selv. Uanset hvad grundene kan have været til at indføre den omhandlede lovgivning, ændrer det ikke på den kendsgerning, at den italienske regering traf et udtrykkeligt valg ved vedtagelsen af lovgivning, der direkte berørte SAT's evne til at anlægge og udnytte motorvejen i overensstemmelse med den oprindeligt fastsatte tidsplan.

80. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at »en medlemsstat ikke kan påberåbe sig praktiske eller administrative vanskeligheder for at begrunde manglende overholdelse af forpligtelser og gennemførelsesfrister i et direktiv. Det samme gælder finansielle vanskeligheder, som medlemsstaterne har pligt til at overvinde ved at træffe passende foranstaltninger«³⁵. Selv om den italienske regering følgelig kan have haft helt gyldige grunde til at træffe foranstaltninger, der berørte den koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder, der tidligere var blevet tildelt, og selv om den italienske regering kan have ønsket at begrænse virkningen af denne lovgivning for så vidt angår SAT ved at udvide udnyttelsesperioden, kunne den ikke gøre dette uden at iagttage de EU-retlige udbudsbestemmelser.

81. Den italienske regering har yderligere gjort gældende, at den manglede udbudsprocedure i 2009 (hvorved ligebehandlingsprincippet blev fraveget) kan være begrundet med henvisning til SAT's ret til at støtte sig på retssikkerhedsprincippet og princippet om den berettigede forventning.

82. Herved synes den italienske regering at påberåbe sig et modstridende argument fra dommen i sagen *Promoimpresa m.fl.*, hvori Domstolen fastslog, at »[d]e i hovedsagerne omhandlede koncessioner blev imidlertid tildelt på et tidspunkt, hvor det allerede var blevet fastslået, at de kontrakter, der udbød en klar grænseoverskridende interesse, skulle være omfattet af en forpligtelse vedrørende gennemsigtighed, hvorfor retssikkerhedsprincippet ikke kan påberåbes med henblik på at begrunde en forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til artikel 49 TEUF«³⁶.

83. Således som jeg har forstået det, støtter den italienske regering sig her på det (ubestridte) forhold, at 1969-kontrakten blev indgået forud for, at de EU-retlige udbudsbestemmelser og principper fandt anvendelse, således at den ikke skulle gøres til genstand for en bedømmelse i henhold til EU-retten. Spørgsmålet er imidlertid ikke, hvorvidt 1969-kontrakten er i overensstemmelse med de relevante EU-retlige bestemmelser. Spørgsmålet er, om 2009-kontrakten er det³⁷.

33 – Dom af 7.9.2016, *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 32).

34 – Jf. punkt 21-23 ovenfor.

35 – Dom af 18.10.2012, *Kommissionen mod Det Forenede Kongerige* (C-301/10, EU:C:2012:633, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

36 – Dom af 14.7.2016 (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 73).

37 – Jf. punkt 46 ovenfor.

84. Som Kommissionen endvidere allerede med rette har fremhævet, kan retssikkerhedsprincippet »imidlertid ikke påberåbes for at udvide en kontrakt i strid med ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt den deraf følgende gennemsigtighedsforpligtelse. Det har ingen betydning i denne henseende, at denne udvidelse udgør en rimelig løsning, der er egnet til at afslutte en tvist, som er opstået fuldstændigt ufrivilligt mellem de berørte parter, vedrørende rækkevidden af den kontrakt, de har indgået«³⁸. Jeg ser ikke nogen grund til ikke at anvende dette dictum på 1969-kontrakten.

85. Det ligger i selve karakteren af en koncession, at størstedelen af risikoen skal overgå til koncessionshaveren³⁹. I modsætning til andre former for kontrakter skal koncessionshaveren (i dette tilfælde SAT) således acceptere det iboende element af fremtidig risiko, når den oprindelige kontrakt indgås. Almindelig kommerciel forsigtighed sikrer, at behovet for at indregne denne risiko vil berøre det bud, der fremsættes og/eller de detaljerede forhandlinger om selve kontrakten.

86. Det skal bemærkes, at Domstolen således har fastslået, at bestemmelser i det oprindelige udbudsmateriale i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure udtrykkeligt kan give mulighed for foretagelsen af efterfølgende ændringer⁴⁰.

87. Den italienske regering kunne på denne baggrund have argumenteret, at artikel 2, stk. 3, i 1999-kontrakten, hvorefter de kontraktmæssige betingelser, der var tilknyttet den anden og den tredje motorvejsstrækning skulle indgås på et senere stadium, »når de retlige og faktuelle betingelser for fortsættelsen af programmet for anlæggelsen, som der er tildelt en koncession for, er blevet opfyldt«, bør behandles som et forbehold svarende til forbehold i udbudsmaterialet.

88. Dette kan efter min opfattelse af mindst to grunde ikke være tilfældet.

89. Der *var* for det første ikke noget oprindeligt »udbudsmateriale«, der var resultatet af en udbudsprocedure, eftersom ingen af de omhandlede kontrakter blev gjort til genstand for en sådan procedure.

90. Retten til at anvende et sådant forbehold som grundlag for en senere væsentlig ændring skal for det andet anses for en undtagelse til det generelle princip om, at alle de nødvendige elementer, der er resultatet af en udbudsprocedure, skal afspejles i det udbudsmateriale, der udfærdiges af den ordregivende offentlige myndighed. Undtagelser skal i overensstemmelse med fast retspraksis fortolkes indskrænkende. Det ville være uacceptabelt, såfremt en kontrakt, der oprindeligt var fritaget fra pligten til at gennemføre et offentligt udbud, senere hen kunne »suppleres« ved indsættelsen af et forbehold, der indførte en væsentlig ændring på et tidspunkt, hvor en sådan kontrakt ellers ville være genstand for pligten til at gennemføre et offentligt udbud i henhold til EU-retten.

91. Selv såfremt man følgelig fortolker 1999-kontrakten, således at den indeholder et forbehold for fremtidige ændringer, kan dette forbehold ikke tjene som grundlag for at fritage 2009-kontrakten fra kravet om at overholde direktiv 2004/18.

92. Endelig er det ikke min opfattelse, at Italien kan påberåbe sig artikel 61 i direktiv 2004/18, der giver mulighed for at foretage ændringer for så vidt angår »supplerende arbejder«. Den væsentlige ændring mellem 1999 og 2009 vedrørte ikke omfanget af de oprindelige arbejder, der skulle foretages af koncessionshaveren, men den *frist*, der var givet SAT til opnå fortjeneste af de fuldførte arbejder. En sådan ændring henhører ikke under det materielle anvendelsesområde for artikel 61.

38 – Dom af 14.11.2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, præmis 40).

39 – Dom af 10.3.2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, præmis 24-26).

40 – Dom af 7.9.2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 36 og 37).

93. Ændringen i koncessionens varighed, der blev indført ved artikel 4.1 i 2009-kontrakten, udgjorde efter min opfattelse en væsentlig ændring, således som omhandlet i pressetext Nachrichtenagentur-dommen⁴¹, uanset om der tages stilling til 1999-kontrakten (således som Kommissionen har gjort gældende) eller 1969-kontrakten (hvilket er den tilgang, der foreslås af den italienske regering). Indgåelsen af 2009-kontrakten uden gennemførelsen af en udbudsprocedure udgjorde således en tilsidesættelse af ligebehandlingsforpligtelsen i artikel 2 i direktiv 2004/18 og forpligtelsen til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse som fastsat i direktivets artikel 58.

Sagsomkostninger

94. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Idet jeg mener, at Domstolen bør give Kommissionen medhold i sin påstand, bør Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Forslag til afgørelse

95. I lyset af ovennævnte betragtninger foreslår jeg følgende Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Det fastslås, at forlængelsen af løbetiden fra 2028 til 2046 for koncessionen på offentlige bygge- og anlægsarbejder med henblik på anlæggelse og drift af A12-motorvejen, der blev indført i 2009, udgjorde en ændring af et væsentligt aspekt i 1999-kontrakten mellem den ordregivende myndighed (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) og koncessionshaveren (Società Autostrada Tirrenica), og at Den Italienske Republik ved at undlade at gennemføre en udbudsprocedure har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 58 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret.
- 2) Den Italienske Republik pålægges at betale sagsomkostningerne.«

41 – Dom af 19.6.2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 34-37).