



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
ELEANOR SHARPSTON
vom 21. März 2019¹

Rechtssache C-526/17

**Europäische Kommission
gegen**

Italienische Republik

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats – Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge – Öffentliche Baukonzessionen – Verlängerung einer bestehenden Konzession für den Bau und den Betrieb einer Autobahn ohne Veröffentlichung einer Ausschreibung“

1. Im Jahr 1969 wurde für eine Autobahn, die zwischen Livorno und Civitavecchia an der Westküste Italiens gebaut werden sollte, ohne ein vorausgehendes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eine öffentliche Baukonzession vergeben. Dieser Vertrag wurde später durch weitere Verträge in den Jahren 1987, 1999 und 2009 geändert. In keinem einzigen Fall ging dem nachfolgenden Auftrag ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge voraus.
2. Die Europäische Kommission hat nun ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV gegen die Italienische Republik eingeleitet. Der im Jahr 2009 abgeschlossene Vertrag stellt nach Ansicht der Kommission eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrags dar, weshalb nach der Richtlinie 2004/18/EG² ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge hätte eröffnet werden müssen. Die Italienische Republik bestreitet diese Behauptung.

Rechtsrahmen

Unionsrecht

3. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 definiert „öffentliche Bauaufträge“ als „öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I³ genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“. Art. 1 Abs. 2 bestimmt darüber hinaus, dass „ein ‚Bauwerk‘ ... das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten [ist], das seinem

1 Originalsprache: Englisch.

2 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114), jetzt aufgehoben durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 65).

3 Anhang I erfasst auch den „Bau von Autobahnen“.

Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“. Art. 1 Abs. 3 definiert „öffentliche Baukonzessionen“ als „Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

4. Art. 2 der Richtlinie 2004/18 bestimmt, dass „die öffentlichen Auftraggeber ... alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend [behandeln] und ... in transparenter Weise ... [vorgehen]“.

5. Art. 56 bestimmt, dass die Vorschriften über die öffentlichen Baukonzessionen „für alle von öffentlichen Auftraggebern geschlossenen Verträge über öffentliche Baukonzessionen [gelten], sofern der Wert dieser Verträge mindestens 5 150 000 EUR beträgt“⁴.

6. Art. 58 bestimmt:

„(1) Ein öffentlicher Auftraggeber, der eine öffentliche Baukonzession vergeben will, teilt seine Absicht in einer Bekanntmachung mit.

(2) Die Bekanntmachungen betreffend öffentliche Baukonzessionen enthalten die in Anhang VII Teil C aufgeführten Informationen und gegebenenfalls jede andere vom öffentlichen Auftraggeber für sinnvoll erachtete Angabe gemäß den jeweiligen Mustern der Standardformulare, die von der Kommission nach dem in Artikel 77 Absatz 2 genannten Verfahren angenommen werden.

(3) Die Bekanntmachungen werden gemäß Artikel 36 Absätze 2 bis 8 veröffentlicht.

(4) Artikel 37 betreffend die Veröffentlichung der Bekanntmachungen gilt auch für öffentliche Baukonzessionen.“

7. Art. 61 bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt nicht für zusätzliche Arbeiten, die weder im ursprünglichen Konzessionsentwurf noch im ursprünglichen Vertrag vorgesehen sind, die jedoch wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der Bauleistungen in der beschriebenen Form erforderlich geworden sind und die der öffentliche Auftraggeber an den Konzessionär vergibt, sofern die Vergabe an den Wirtschaftsteilnehmer erfolgt, der die betreffende Bauleistung erbringt, und zwar – wenn sich diese zusätzlichen Arbeiten in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für die öffentlichen Auftraggeber vom ursprünglichen Auftrag trennen lassen oder – wenn diese Arbeiten zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Verbesserung unbedingt erforderlich sind. Der Gesamtwert der vergebenen Aufträge für die zusätzlichen Arbeiten darf jedoch 50 % des Wertes für die ursprünglichen Arbeiten, die Gegenstand der Konzession sind, nicht überschreiten.“

8. Art. 80 Abs. 1 bestimmt, dass „die Mitgliedstaaten ... die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften [erlassen], um dieser Richtlinie spätestens am 31. Januar 2006 nachzukommen“.

⁴ Geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für das Auftragsvergabeverfahren (ABl. 2007, L 317, S. 34).

Sachverhalt und Verfahren

Der Vertrag von 1969

9. Am 23. Oktober 1969 wurde zwischen der öffentlichen Auftraggeberin Azienda Nazionale delle Strade (im Folgenden: ANAS) und dem Wirtschaftsteilnehmer Società Autostrada Tirrenica (im Folgenden: SAT)⁵ ein Vertrag über eine öffentliche Baukonzession abgeschlossen (im Folgenden: Vertrag von 1969).

10. Art. 1 Abs. 1 dieses Vertrags beschrieb als dessen Ziel den Bau und den Betrieb der Autobahn A12 von Livorno (Cecina) nach Civitavecchia (im Folgenden: Autobahn)⁶. Art. 1 Abs. 2 gab die Gesamtlänge der Autobahn mit „ungefähr 237 km“ an.

11. Art. 7 bestimmte, dass „die Konzession am Ende des dreißigsten Jahres, das auf den Zeitpunkt folgt, an dem der Betrieb der gesamten Autobahn beginnt, endet; in jedem Fall und unbeschadet der in Art. 5 Abs. 5 und 6 genannten Bestimmungen soll der Zeitraum nicht das dreißigste Jahr ab dem Datum überschreiten, an dem die Arbeiten, die in dem in Art. 5 Abs. 1 und 2 genannten allgemeinen Arbeits- und Durchführungsplan beschrieben sind, abgeschlossen sind“.

Der Vertrag von 1987

12. Am 14. Oktober 1987 wurde zwischen denselben Parteien ein weiterer Vertrag abgeschlossen (im Folgenden: Vertrag von 1987). Der italienischen Regierung zufolge ersetzte dieser Vertrag Art. 7 des Vertrags von 1969 durch folgende Bestimmung: „Die Dauer der vorliegenden Konzession wird auf 30 Jahre ab dem Datum, an dem die gesamte Autobahn für den Verkehr freigegeben wird, festgesetzt.“

Der Vertrag von 1999

13. Am 7. Oktober 1999 wurde zwischen denselben Parteien ein weiterer Vertrag abgeschlossen (im Folgenden: Vertrag von 1999). Dessen Art. 2 Abs. 1 bestimmte, dass „[d]ie vorliegende Vereinbarung ... zwischen der konzessionsgewährenden Behörde und dem Konzessionär den Betrieb des 36,6 km langen Abschnitts zwischen Livorno und Cecina, am 3. Juli 1993 für den Verkehr freigegeben und integraler Bestandteil der Autobahn A12 Livorno–Civitavecchia, deren Bau und Betrieb an SAT vergeben wurde[, regelt]“.

14. Art. 2 Abs. 3 bestimmte weiterhin, dass „wenn die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen für die Fortführung des Bauprogramms, für das eine Konzession gewährt worden ist, erfüllt sind, ein entsprechender Zusatz abgeschlossen wird, um ein vertragliches Rahmenwerk für den Bau und den Betrieb zweier weiterer Abschnitte, Cecina–Grosseto und Grosseto–Civitavecchia, zu schaffen“.

15. Art. 23 trug die Überschrift „Dauer der Konzession“. Er bestimmte, dass „[d]ie Konzession ... am 31. Oktober 2028 [endet]“.

5 Genau genommen ist das Tyrrhenische Meer (il mar Tirreno), von dem der Wirtschaftsteilnehmer seinen Namen ableitet, der Teil des Mittelmeers vor der Westküste Italiens, der im Süden durch Sizilien begrenzt wird, im Westen durch Sardinien und Korsika und im Norden durch die Insel Elba einschließlich des Golfs von Follonica. Die Gewässer von dort bis hoch nach Livorno selbst sind Teil des Ligurischen Meeres. Vgl. hierzu die Website des Istituto idrografico della Marina (<http://www.marina.difesa.it>).

6 Der Begriff der Autobahn, wie er in diesen Schlussanträgen verwendet wird, ist in Art. 1 Abs. 2 des Vertrags von 1969 definiert als „Schnellstraße mit zwei Richtungsfahrbahnen, deren Seiten je 7,5 Meter breit sind, durch einen Mittelstreifen getrennt und durch einen Seitenstreifen begrenzt werden“.

Der Vertrag von 2009

16. Am 11. März 2009 wurde zwischen denselben Parteien noch ein weiterer Vertrag abgeschlossen (im Folgenden: Vertrag von 2009). Die Erwägungsgründe dieses Vertrags bestimmten u. a., dass am 7. Oktober 1999 die neue Vereinbarung zwischen ANAS und SAT abgeschlossen wurde, genehmigt durch Dekret vom 21. Dezember 1999 und beim Rechnungshof registriert am 11. April 2000, die die frühere Vereinbarung vom 23. Oktober 1969 und den zugehörigen Zusatz vom 14. Oktober 1987 ersetzte und die u. a. bestimmte, dass die Konzession am 31. Oktober 2028 endet.

17. Art. 1.4 bestimmte, dass „[d]ie Parteien vereinbaren, dass sie kein Recht, kein Interesse, keinen Anspruch und keine Erwartung, gegenwärtig oder künftig, in Bezug auf die Vereinbarung vom 7. Oktober 1999 oder ein vor dem Abschluss der vorliegenden Vereinbarung erlassenes Gesetz oder eine vor dem Abschluss der vorliegenden Vereinbarung erlassene Maßnahme haben“.

18. Art. 2.1 bestimmte, dass „[d]ie vorliegende Einheitsvereinbarung ... umfassend und einheitlich die Beziehung zwischen der konzessionsgewährenden Behörde und dem Konzessionär in Bezug auf die Planung, den Bau und den Betrieb all dessen [regelt], was bereits von der Konzessionsvereinbarung, die mit ANAS am 7. Oktober 1999 geschlossen wurde, erfasst wird: a) A12 Livorno–Cecina (Rosignano) 36,6 km (am 3. Juli 1993 für den Verkehr freigegeben), b) Cecina (Rosignano)–Grosseto, 110,5 km, c) Grosseto–Civitavecchia, 95,5 km, insgesamt 242,6 km“.

19. Art. 4.1 Teil 1 bestimmte: „In Abhängigkeit von der Fertigstellung der Autobahn Cecina (Rosignano)–Civitavecchia endet die Konzession unter Berücksichtigung der ... in Art. 143 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 genannten Zeiträume, in denen die Ausführung der Arbeiten unterbrochen war, am 31. Dezember 2046“.

20. Art. 4.1 Teil 2 bestimmte, dass, „wenn die konzessionsgewährende Behörde das endgültige Projekt und den zugehörigen Wirtschafts- und Finanzplan (WFP) für die Ausführung des Abschnitts Cecina–Civitavecchia nicht bis zum 31. Dezember 2012 genehmigt hat, die Parteien die daraus folgenden wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen einschließlich der entstandenen Investitionskosten unter Bezugnahme auf die Beendigung der Konzession zum ursprünglich vereinbarten Datum, nämlich dem 31. Oktober 2028, bestimmen“.

Baufortschritt

21. Die Erwägungsgründe des Vertrags von 2009 weisen darauf hin, dass die Bauarbeiten an der Autobahn aufgrund von Art. 11 des Gesetzes Nr. 287 vom 28. April 1971⁷ und von Art. 18a des Gesetzesdekrets Nr. 376 vom 13. August 1975⁸, das später in das Gesetz Nr. 492 vom 16. Oktober 1975⁹ umgewandelt wurde, unterbrochen waren. Diese Unterbrechung wurde später durch die Art. 9 und 14 des Gesetzes Nr. 531/1982, verabschiedet am 12. August 1982, aufgehoben¹⁰.

⁷ Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (Gesetz Nr. 287 zur Änderung und Ergänzung der Rechtsvorschriften über Autobahnen), GURI Nr. 137 vom 1. Juni 1971.

⁸ Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (Gesetzesdekret Nr. 376 zur Einführung wirtschaftlicher Konjunkturbelebungsmaßnahmen für den Export, das Baugewerbe und öffentliche Aufträge), GURI Nr. 218 vom 18. August 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 (Gesetz Nr. 492, mit Änderungen umgewandelt in das Gesetzesdekret vom 13. August 1975, Nr. 376, betreffend Maßnahmen zur Wiederankurbelung der Wirtschaft betreffend den Export, das Baugewerbe und öffentliche Aufträge), GURI Nr. 276 vom 17. Oktober 1975.

¹⁰ Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (Gesetz Nr. 531 zur Einführung eines Zehnjahresplans für die Befahrbarkeit von Hauptverkehrsstraßen und Instandsetzungsmaßnahmen auf dem Autobahnsektor), GURI Nr. 223 vom 14. August 1982.

22. Es ist allgemein bekannt, dass der erste Autobahnabschnitt, mit einer Länge von 36,6 km von Livorno nach Cecina (Rosignano), am 3. Juli 1993 für den Verkehr freigegeben wurde. Der zweite und der dritte Abschnitt der Autobahn, von Cecina (Rosignano) nach Grosseto bzw. von Grosseto nach Civitavecchia, wurden zu diesem Zeitpunkt nicht gebaut. Nur kleine Abschnitte wurden später fertiggestellt¹¹.

23. Die Erwägungsgründe des Vertrags von 2009 weisen darüber hinaus darauf hin, dass die Bauarbeiten an der Autobahn durch Art. 55 Abs. 12 des Gesetzes Nr. 449 vom 27. Dezember 1997¹² erneut unterbrochen wurden und dass diese Unterbrechung durch das Gesetz Nr. 443 vom 21. Dezember 2001 aufgehoben wurde¹³. Nach Auffassung der italienischen Regierung verlangten das Gesetz Nr. 286 vom 24. November 2006 und das Gesetz Nr. 101 vom 6. Juni 2008 darüber hinaus, dass die bestehenden Konzessionsverträge konsolidiert würden. Auf dieser Grundlage wurde der Vertrag von 2009 abgeschlossen.

24. Weder die Kommission noch die italienische Regierung haben Informationen hinsichtlich späterer Änderungen der Gesetzgebung, die die Gültigkeit der Konzession beeinflussen könnten, zur Verfügung gestellt¹⁴.

Vorverfahren

25. Im Jahr 2009 erhielt die Kommission eine Beschwerde über die Verlängerung (vom 31. Oktober 2028 bis zum 31. Dezember 2046) der Laufzeit der an SAT vergebenen Baukonzession. Die Kommission verfolgte diese Beschwerde, die sie unter der Nr. 2009/4154 registrierte. Der Schriftwechsel zwischen der Kommission und Italien weist darauf hin, dass Italien versuchte, die Laufzeit um drei Jahre auf das Jahr 2043 zu verkürzen und die Vergabe aller Bauarbeiten an der Autobahn einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu unterwerfen. Auf der Grundlage dieser Zusage entschied die Kommission, die Beschwerde Nr. 2009/4154 nicht weiterzuverfolgen.

26. SAT scheint ungefähr 30 % des Wertes der Arbeiten an unter ihrer Kontrolle stehende Unternehmen vergeben zu haben, in zwei Tranchen von insgesamt 34 724 661 Euro bzw. 117 323 225 Euro, am 15. Dezember 2009 bzw. am 30. März 2012.

27. Am 22. April 2014 sandte die Kommission ein Schreiben an Italien, in dem sie förmlich dazu Stellung nahm, dass Italien durch die Ausweitung des Konzessionsvertrags durch den Vertrag von 2009 ohne Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Richtlinie 2004/18, insbesondere deren Art. 2 und 58, verletzt habe und dass Art. 61 auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei.

28. Im Juni 2014 bot Italien an, 70 % der Arbeiten auszuschreiben und bekräftigte sein Angebot, die Laufzeit der Konzession um drei Jahre zu verkürzen.

¹¹ Vgl. unten, Nr. 36.

¹² Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (Gesetz Nr. 449 zur Einführung von Maßnahmen zur Stabilisierung der öffentlichen Haushalte), GURI Nr. 302 vom 30. Dezember 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 (Gesetz Nr. 443 über die Befugnisübertragung an die Regierung im Bereich Infrastrukturen und Anlagen der strategischen Produktion sowie weitere Maßnahmen zur Wiederankurbelung der Produktionstätigkeiten), GURI Nr. 299 vom 27. Dezember 2001.

¹⁴ Die für den Bau dieser bestimmten Autobahn vorgeschlagene Strecke scheint eine Kontroverse entfacht zu haben, und es sind Fragen u. a. hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Umwelt aufgeworfen worden (vgl. wikivisually.com). Ich gehe in diesen Schlussanträgen nicht auf diese Debatte ein.

29. Am 17. Oktober 2014 richtete die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme an Italien. Sie weigerte sich zu akzeptieren, dass 30 % der Arbeiten *nicht* dem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegen würden. Die Kommission war der Ansicht, dass die Verlängerung des Vertrags bis 2046 der Vergabe eines neuen Vertrags entsprochen habe und dass „die Italienische Republik ihre Verpflichtungen aus den Art. 2 und 58 der Richtlinie 2004/18 verletzt hat, da ANAS eine Vereinbarung mit SAT getroffen hat, die das Auslaufdatum der Konzession für die Autobahn A12 Civitavecchia–Livorno ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung vom 31. Oktober 2028 auf den 31. Dezember 2046 verlängerte“.

30. Im Anschluss an die mit Gründen versehene Stellungnahme schlug Italien verschiedene Verpflichtungen vor mit dem Ziel, die Streitigkeiten mit der Kommission beizulegen, und zwar:

- Am 27. Oktober 2014 übermittelte Italien der Kommission einen Vertragsentwurf mit einer Laufzeitverkürzung um drei Jahre und einer Verpflichtung, 100 % der Arbeiten gegenüber Dritten auszuschreiben.
- Am 26. Juni 2015 übermittelte Italien der Kommission einen Vertragsentwurf mit einer Laufzeitverkürzung um sechs Jahre und der Verpflichtung, 100 % der Arbeiten auszuschreiben.
- Am 22. Juli 2015 übermittelte Italien der Kommission einen Vertragsentwurf mit dem Vorschlag, die Laufzeit von 2046 auf 2040 zu verkürzen und 100 % der Arbeiten im Wege eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu vergeben. Darüber hinaus würde SAT der Vertrag entzogen, wenn sie diese Arbeiten nicht an Dritte vergäbe, und das Auslaufdatum der Laufzeit würde auf 2028 vorverlagert, wenn der Vertragsentwurf nicht bis zum 28. Februar 2017 genehmigt würde.
- Am 24. Juli 2015 gab Italien weitere Erklärungen dazu ab, weshalb es erforderlich gewesen sei, die Laufzeit zu verlängern, indem es darauf hinwies, dass die Verzögerungen der Arbeiten u. a. durch fehlende öffentliche Mittel und Bedenken im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit verursacht worden seien.

31. Am 8. März 2016 forderte die Kommission Italien auf, alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich seien, um die öffentliche Baukonzession wie im Vertrag von 1999 vorgesehen zum 31. Oktober 2028 zu beenden.

32. In Antwort hierauf übermittelte Italien am 18. November 2016 an die Kommission Nachweise in Form eines notariellen Aktes, wonach SAT sich verpflichtet hatte, alle Arbeiten öffentlich auszuschreiben. Italien wies auch auf die Möglichkeit hin, das Auslaufdatum der Konzession von 2046 auf 2038 vorzuverlegen.

Streitiges Verfahren

33. Die Kommission erachtete die Antworten Italiens als unzureichend. Sie leitete daher am 4. September 2017 ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV ein und beantragte die Feststellung, dass „die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2 und 58 der Richtlinie 2004/18 ... in geänderter Fassung verstoßen hat, dass sie die Baukonzession für die Autobahn A12 Civitavecchia–Livorno ohne Veröffentlichung einer Ausschreibung bis zum 31. Dezember 2046 verlängert hat“. Die Kommission beantragte darüber hinaus, der Italienischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

34. Die Kommission und die italienische Regierung haben Schriftsätze eingereicht, und die italienische Regierung hat eine schriftliche Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofs übermittelt, zu denen die Kommission Stellung genommen hat.

35. Diese Frage betraf die bereits durch SAT vorgenommenen Investitionen für den Bau der Autobahn und die bis 2028 zu erwartenden Investitionen sowie die Gesamtinvestitionen für die, wie behauptet wurde, SAT keine angemessene Gegenleistung erhalten würde, wenn die Konzession 2028 beendet würde. Die italienische Regierung erklärte in ihrer Antwort an das Gericht vom 3. Oktober 2018:

- i) SAT habe zwischen 2009 und 2017 253,136 Mio. Euro in zwei Autobahnabschnitte von Cecina (Rosignano) nach San Pietro in Palazzi und von Tarquina Sud nach Civitavecchia investiert, die mittlerweile beide für den Verkehr freigegeben worden seien.
- ii) Im Wirtschafts- und Finanzplan von 2011 sei auf der Grundlage des Vertrags von 2009 vorgesehen, dass SAT 3 411,7 Mio. Euro in die Fertigstellung der Autobahn bis 2028 investieren werde, von denen die oben genannten 253,136 Mio. Euro auf Arbeiten entfielen, die für den Zeitraum von 2009 bis 2015 geplant seien. Würde der Vertrag 2028 beendet, entginge SAT ein Gewinn von voraussichtlich 1 135,7 Mio. Euro im Zeitraum von 2028 bis 2046.
- iii) Auf der Grundlage der Verpflichtungen, die Italien der Kommission während des Vorverfahrens vorgeschlagen habe, beliefen sich die im Wirtschafts- und Finanzplan 2016 durch SAT bis 2023 insgesamt zu tätigen Investitionen auf 1 400 Mio. Euro. Da 253,136 Mio. Euro bereits investiert worden seien, seien noch 1 146,86 Mio. zu investieren. Wenn der Vertrag 2028 beendet würde, würden SAT zwischen 2028 und 2038 (das sei eines der Daten für das Konzessionsende, das Italien während des Vorverfahrens vorgeschlagen habe) voraussichtlich Gewinne in Höhe von 505,185 Mio. Euro entgehen¹⁵.

36. In ihrer Stellungnahme vom 25. Oktober 2018 zu dieser schriftlichen Antwort wies die Kommission darauf hin, dass der Zeitrahmen für Investitionen, den die italienische Regierung verwendet habe, nicht mit dem vom Gericht angegebenen Zeitrahmen übereinstimme. Die Kommission stellte außerdem fest, dass ausweislich der Website von SAT der Autobahnabschnitt von Cecina (Rosignano) nach San Pietro in Palazzi im Jahr 2012 eröffnet worden sei und der von Tarquina Sud nach Civitavecchia im Jahr 2016. Die Kommission trug vor, dass der gesamte jetzt fertiggestellte Autobahnabschnitt mit 54,6 km angegeben war. Das sind zusätzliche 18 km über die im Jahr 1993 fertiggestellten 36,6 km hinaus. Schließlich stellte die Kommission fest, dass die italienische Regierung Zeitungsartikeln zufolge weitere Arbeiten an der geplanten Autobahn im Jahr 2017 aufgegeben und stattdessen bestehende Straßen saniert habe¹⁶.

37. Am 12. Dezember 2018 fand eine mündliche Anhörung statt, in der Italien und die Kommission weitere Stellungnahmen abgaben und Fragen des Gerichtshofs beantworteten.

Vorbemerkungen

Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18

38. Italien bestreitet die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 auf einen Vertrag, der ursprünglich im Jahr 1969 abgeschlossen wurde, vor der Entwicklung von Rechtsprechung oder einschlägigem Sekundärrecht zur öffentlichen Auftragsvergabe.

39. Ich teile die Zweifel Italiens nicht. Während ein ursprünglicher Vertrag selbst außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschriften zum öffentlichen Auftragswesen liegen mag, folgt daraus nicht, dass alle Änderungen des Vertrags gleichfalls außerhalb des Anwendungsbereichs der Rechtsvorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe bleiben müssen.

¹⁵ Vgl. oben, Nr. 30.

¹⁶ Die Kommission bezog sich auf einen Artikel in *Il Fato quotidiano* vom 15. April 2017, der ihrer Stellungnahme als Anhang beigefügt ist.

40. Im Urteil *Belgacom*¹⁷ hat der Gerichtshof entschieden, dass „der Grundsatz der Rechtssicherheit, der ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts ist, es rechtfertigen [kann], dass die Rechtsfolgen eines Vertrags beachtet werden, auch, soweit es dieser Grundsatz verlangt, im Fall eines Vertrags, der geschlossen wurde, bevor der Gerichtshof sich zu den Folgen des Primärrechts im Hinblick auf Verträge dieser Art geäußert hat, und der sich später als mit einigen dieser Folgen unvereinbar erweist“.

41. Während der Gerichtshof festgestellt hat, dass die grundlegenden Prinzipien der öffentlichen Auftragsvergabe unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Verträge Anwendung finden, die formal vom Anwendungsbereich der europarechtlichen Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe ausgenommen sind¹⁸, können solche grundlegenden Prinzipien (vorliegend insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz) nicht auf einen Vertrag angewandt werden, der abgeschlossen worden ist, bevor die fraglichen Grundsätze durch den Gerichtshof aufgestellt wurden.

42. Das erste Rechtsinstrument der EU, das die Vergabe öffentlicher Baukonzessionen regelte, war die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge¹⁹. Diese Richtlinie war bis zum 19. Juli 1990 umzusetzen²⁰. Selbstverständlich konnte sie daher auf den Vertrag von 1969 keine Anwendung finden.

43. Der Gerichtshof hat jedoch auch entschieden, dass, wenn ein Vertrag vor der Umsetzung von Rechtsvorschriften der EU zur öffentlichen Auftragsvergabe abgeschlossen worden ist und der Vertrag daher sowohl außerhalb des inhaltlichen als auch des zeitlichen Anwendungsbereichs dieser Rechtsvorschriften verbleibt, jede wesentliche Änderung des Vertrags im Licht der Rechtsvorschriften der EU zu betrachten ist, die im Zeitpunkt der Änderung in Kraft sind. Insbesondere wenn die Parteien das Ziel verfolgen, die wesentlichen Bestimmungen des Vertrags erneut zu verhandeln, kann die Anwendung der europarechtlichen Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe gerechtfertigt sein. In Vertragsverletzungsverfahren (wie dem vorliegenden) liegt die Beweislast bei der Kommission²¹.

44. Es steht fest, dass der streitige Vertrag die Definition einer öffentlichen Baukonzession in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 erfüllt. Er überschreitet auch eindeutig den Schwellenwert in Art. 56 der Richtlinie in der geltenden Fassung. Dementsprechend fällt der Vertrag von 2009 auch inhaltlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18; ebenso ist er vom zeitlichen Anwendungsbereich her abgedeckt.

45. Daraus folgt, dass jede Änderung aufgrund des Vertrags von 2009 an der Richtlinie 2004/18 gemessen werden muss. Wie vom Gerichtshof im Urteil *pressetext Nachrichtenagentur*²² dargelegt, ist die zentrale Frage die, ob die Änderung „wesentlich“ ist.

46. Ich möchte hervorheben, dass es, während die Fragen aufgeworfen werden könnten, ob die Verträge von 1987 und 1999 den Rechtsvorschriften der EU zur öffentlichen Auftragsvergabe entsprachen, für den Gerichtshof im vorliegenden Fall keine Grundlage/Veranlassung gibt, solche Fragen zu stellen. Die Kommission hat nur die Vereinbarkeit des Vertrags von 2009 mit EU-Recht in

17 Urteil vom 14. November 2013 (C-221/12, EU:C:2013:736, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

18 Vgl. in Bezug hierauf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, Urteil vom 7. Dezember 2000, *Telaustria und Telefonadress* (C-324/98, EU:C:2000:669, Rn. 60).

19 Richtlinie vom 18. Juli 1989 (ABl. 1989, L 210, S. 1). Die Richtlinie 71/305 wurde später durch die Richtlinie 93/37/EWG des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993, L 199, S. 54) ersetzt, die wiederum durch die Richtlinie 2004/18 ersetzt wurde.

20 Vgl. Art. 3 der Richtlinie 89/440.

21 Urteil vom 5. Oktober 2000, *Kommission/Frankreich* (C-337/98, EU:C:2000:543, Rn. 41 bis 45).

22 Urteil vom 19. Juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351); vgl. darüber hinaus unten, Nrn. 66 f.

Frage gestellt. Dementsprechend werde ich mich auf die vorangehenden Verträge in diesen Schlussanträgen nur beziehen und sie, soweit erforderlich, auslegen, soweit sie zum Verständnis dessen, ob der Vertrag von 2009 wesentliche Änderungen der vertraglichen Beziehungen zwischen ANAS und SAT bewirkt hat, beitragen können.

Rechtliche Würdigung

Vorbringen der Kommission

47. In diesem Verfahren trägt die Kommission die Beweislast für jede Behauptung, die sie vorträgt²³. Es ist daher wichtig, klarzustellen, was die Kommission gegen Italien vorbringt.

48. Die Kommission behauptet, dass Italien die Art. 2 und 58 der Richtlinie 2004/18 verletzt habe, indem es unterlassen habe, ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchzuführen, um eine wesentliche Änderung an einem Vertrag vorzunehmen²⁴. Die Tatsachengrundlage für die Behauptung ist relativ knapp, nämlich, dass der Vertrag von 2009 die Laufzeit der Baukonzession von 2028, dem im Vertrag von 1999 festgelegten Auslaufdatum, auf 2046 verlängert hat. Die italienische Regierung kritisiert die Einfachheit dieser Behauptung. Nach ihrer Auffassung bezog sich das durch den Vertrag von 1999 festgelegte Datum 2028 nur auf einen Autobahnabschnitt, während die verbleibenden Abschnitte einer zu einem späteren Zeitpunkt zu bestimmenden Laufzeit unterliegen sollten. Dennoch akzeptiert die italienische Regierung, dass der Vertrag von 2009 nunmehr die Laufzeit der gesamten Konzession für die Autobahn auf 2046 festlegt.

49. Ich bin nicht der Auffassung, dass das Argument der italienischen Regierung die Zulässigkeit des Vorbringens der Kommission berührt. Die Position der Kommission war deutlich kommuniziert, wodurch es der italienischen Regierung möglich war, ihre Verteidigung in Bezug auf den „Stand des Gemeinschaftsrechts am Ende der Frist ...“, die die Kommission dem betroffenen Mitgliedstaat für ein Handeln gemäß ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt hat“, aufzubauen²⁵.

50. Der Gerichtshof kann seine rechtliche Analyse der vorgeworfenen Vertragsverletzungen erst fortsetzen, wenn er eine genaue Vorstellung von den geltenden vertraglichen Vereinbarungen hat. Es ist daher erforderlich, den Anwendungsbereich des ursprünglichen Vertrags von 1969 und insbesondere das darin festgelegte Auslaufdatum zu untersuchen und dann die durch die nachfolgenden Verträge eingefügten Änderungen zu beurteilen.

Auslegung der Verträge

51. Art. 7 des Vertrags von 1969 bestimmte eine „variable Laufzeit“ von „bis zu 30 Jahren“ für die Konzession, beginnend mit der „Vollendung der gesamten Autobahn von Livorno nach Civitavecchia“. Diese Laufzeit wurde durch den Vertrag von 1987 geändert auf einen Zeitraum von genau 30 Jahren anstelle von „bis zu 30 Jahren“.

²³ Vgl. u. a. Urteile vom 25. Mai 1982, Kommission/Niederlande (96/81, EU:C:1982:192, Rn. 6), und vom 11. Juli 2018, Kommission/Belgien (C-356/15, EU:C:2018:555, Rn. 25).

²⁴ Vgl. oben, Nr. 27.

²⁵ Urteil vom 9. November 1999, Kommission/Italien (C-365/97, EU:C:1999:544, Rn. 32).

52. Bezog sich die Festlegung eines festen Auslaufdatums (2028) im Vertrag von 1999 auf den gesamten Vertrag (im Folgenden: weite Auslegung) oder nur auf den ersten Abschnitt der Autobahn von Livorno nach Cecina (Rosignano), der 1993 für den Verkehr freigegeben wurde, sich aber nur auf 36,6 km der für die gesamte Autobahn vorgesehenen 240 km erstreckte (im Folgenden: enge Auslegung)? Während es normalerweise keine Zweifel hinsichtlich des Zeitpunkts der Beendigung eines Vertrags geben sollte, bestehen vorliegend Zweifel, welche Punkte des Vertrags von 1969 von dem neuen Auslaufdatum erfasst wurden.

53. Die italienische Regierung bevorzugt die enge Auslegung, die Kommission die weite.

54. Zugunsten der engen Auslegung spricht der Umstand, dass Art. 2 Abs. 1 des Vertrags von 1999 ausdrücklich regelt, dass der Vertrag nur auf den ersten Autobahnabschnitt von Livorno nach Cecina Anwendung findet, während Art. 2 Abs. 3 regelt, dass die erforderlichen Bedingungen für die verbleibenden beiden Autobahnabschnitte vereinbart werden müssen, sobald die Rechtsvorschriften erlassen worden sind, die die Fortsetzung der Arbeiten an diesen Abschnitten erlauben. Diese Auslegung führt daher zu dem Schluss, dass der Vertrag von 1999 nur auf diesen ersten Autobahnabschnitt anwendbar ist, nicht auf die gesamte Strecke.

55. Zugunsten einer weiteren Auslegung spricht der Umstand, dass Art. 23 des Vertrags von 1999 bestimmt, dass die Konzession 2028 endet, anscheinend ohne zwischen den verschiedenen Autobahnabschnitten zu unterscheiden. Dies scheint durch die Erwägungsgründe des Vertrags von 2009 untermauert zu werden, die erklären, dass die Verträge von 1969 und 1987, die unterschiedslos auf die gesamte Autobahn Anwendung fanden, durch den Vertrag von 1999 dahin gehend geändert werden, dass die Konzession im Jahr 2028 endet²⁶.

56. Art. 4.1 Teil 2 des Vertrags von 2009 regelt ausdrücklich, dass das „ursprüngliche“ Auslaufdatum 2028 auf die verbleibenden Abschnitte von Cecina (Rosignano) nach Civitavecchia anzuwenden ist²⁷. Art. 4.1 Teil 1 des Vertrags von 2009 bestimmt außerdem 2046 als neues Auslaufdatum, ebenfalls ohne zwischen den verschiedenen Autobahnabschnitten zu unterscheiden²⁸.

57. Schließlich wird aus der Antwort der italienischen Regierung auf die Frage des Gerichtshofs und die Stellungnahme der Kommission dazu deutlich, dass vor Abschluss des Vertrags von 2009 Arbeiten an den verbleibenden Autobahnabschnitten ausgeführt worden sind. Dieser Umstand spricht gegen die enge Auslegung.

58. Ich bevorzuge daher die weitere Auslegung des Vertrags von 1999, die durch die Kommission vertreten wird, und bin der Ansicht, dass Art. 23 des Vertrags von 2009 das Auslaufdatum der Konzession für die gesamte Autobahn von 2028, wie im Vertrag von 1999 vorgesehen, in 2046 geändert hat.

59. Selbst wenn der engeren Auslegung der Vorzug zu geben wäre, möchte ich hervorheben, dass der Vertrag von 2009 das Auslaufdatum auch für den zweiten und den dritten Autobahnabschnitt ändert. Das konnte man Art. 2 Abs. 3 des Vertrags von 1999 entnehmen, der bestimmte, dass die Bedingungen für den zweiten und den dritten Autobahnabschnitt zu einem späteren Zeitpunkt festgelegt werden sollten.

60. Auf dieser Grundlage waren die in den Verträgen von 1969 und 1987 festgelegten Enddaten auf keinen Teil der Autobahn mehr anwendbar. Die Festlegung eines Auslaufdatums im Vertrag von 2009 stellte daher auch für den zweiten und den dritten Autobahnabschnitt eine Änderung dar.

²⁶ Vgl. oben, Nr. 16.

²⁷ Vgl. oben, Nr. 20.

²⁸ Vgl. oben, Nr. 19.

61. An dieser Stelle möchte ich daran erinnern, dass der Vortrag, dass ein bestehender Vertrag nicht an den Anforderungen späterer Rechtsvorschriften oder später geschaffener Rechtsgrundsätze gemessen werden kann, als Ausnahme angesehen werden muss, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs restriktiv auszulegen ist²⁹. Nachdem der Vertrag von 1969 durch den Vertrag von 1999 geändert worden war, konnte dies daher nicht durch einen späteren Wechsel zu großzügigeren Bestimmungen, die dem ursprünglichen Vertrag entsprachen, rückgängig gemacht werden.

62. Nachdem sie die Verträge von 1969 und 1987 im Vertrag von 1999 geändert hat, indem sie bestimmt hat, dass über die Bedingungen zu einem späteren Zeitpunkt Einigung erzielt werden solle, ist es der italienischen Regierung meiner Ansicht nach verwehrt, dahin gehend zu argumentieren, dass diese im Vertrag von 2009 definierten Bedingungen mehr oder weniger den ursprünglichen Bedingungen in den Verträgen von 1969 und 1987 entsprächen und dass sie aus diesem Grund von der Verpflichtung zur öffentlichen Auftragsvergabe ausgenommen sein sollten.

63. Selbst wenn man eine, wie man sagen könnte, „sehr enge“ Auslegung vornähme, so dass die Vereinbarungen im Vertrag von 2009 in Bezug auf den zweiten und den dritten Autobahnabschnitt nur mit den in den Verträgen von 1969 und 1987 festgelegten Bedingungen verglichen werden, steht doch weiterhin fest, dass das Auslaufdatum von einem variablen 30-Jahres-Zeitraum auf einen festen 37-Jahres-Zeitraum geändert wurde. Daher bleibt sogar bei Anwendung dieser sehr engen Auslegung der Kern der Behauptung der Kommission intakt. Die Vertragsbedingungen sind geändert worden.

64. Ich füge lediglich hinzu, dass insoweit, als es Schwierigkeiten und Unsicherheiten hinsichtlich des richtigen Wortlauts und der Bedeutung der unterschiedlichen Verträge gibt, ANAS und durch sie die italienische Regierung die Verantwortung für die vertraglichen Texte, die vereinbart wurden, übernehmen müssen. Im Zweifel sollte ein mehrdeutiger Text nicht automatisch zu ihren Gunsten ausgelegt werden.

65. Ich wende mich jetzt der Frage zu, ob die im Vertrag von 2009 vorgenommenen Änderungen als wesentlich bezeichnet werden können.

Wesentliche Änderungen

66. Der Gerichtshof hat eine nicht abschließende Liste von Umständen und Bedingungen erstellt, unter denen eine Änderung als wesentlich anzusehen ist. Dementsprechend hat der Gerichtshof im Urteil *pressetext Nachrichtenagentur* entschieden, dass eine Änderung als wesentlich angesehen werden kann, wenn sie

- wesentlich andere Merkmale aufweist als der ursprüngliche Auftrag und damit dem Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lässt oder,
- wäre sie zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vergabeverfahrens eingeführt worden, die Zulassung anderer Bieter oder die Annahme anderer Angebote erlaubt hätte, oder
- den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert oder
- das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert³⁰.

29 Urteil vom 13. Januar 2005, *Kommission/Spanien* (C-84/03, EU:C:2005:14, Rn. 58).

30 Urteil vom 19. Juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, Rn. 34 bis 37). Diese Rechtssache betraf die Anwendung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992, L 209, S. 1), aber für mich ist kein Grund ersichtlich, im Zusammenhang mit der Richtlinie 2004/18 andere Kriterien für die „wesentliche Änderung“ anzuwenden. Vgl. auch Urteile vom 5. Oktober 2000, *Kommission/Frankreich* (C-337/98, EU:C:2000:543, Rn. 46), und vom 11. Juli 2013, *Kommission/Niederlande* (C-576/10, EU:C:2013:510, Rn. 46).

67. Meiner Ansicht nach sind zwei der vom Gerichtshof im Urteil presstext Nachrichtenagentur aufgestellten Kriterien für eine wesentliche Änderung vorliegend erfüllt. Die Parteien hatten eindeutig die Absicht, wesentliche Bestimmungen des Vertrags neu zu verhandeln. Sie taten dies auf eine Weise, die das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers änderte.

68. Ich beginne mit der Frage, ob das Auslaufdatum eines Vertrags als „wesentliche Bestimmung eines Vertrags“ und als eine Bestimmung, die „das wirtschaftliche Gleichgewicht ändert“, angesehen werden kann. Die streitigen Verträge betreffen öffentliche Baukonzessionen. Je länger der Konzessionär diese Konzession verwerten kann, desto mehr kann er davon ausgehen, Gewinne zu erwirtschaften, sobald die Arbeiten fertiggestellt sind und er die Baukosten durch die Mautgebühren für die Nutzung der Autobahn wiedererlangt hat.

69. Die Dauer der zwischen den Parteien verhandelten Laufzeit ist meiner Ansicht nach sehr offensichtlich ein wesentlicher Aspekt jedes Vertrags über eine solche Konzession. Der 29-jährige Nutzungszeitraum im Vertrag von 1999 (bis 2028) wurde im Vertrag von 2009 um weitere 18 Jahre (bis 2046) verlängert. Das muss als eine Änderung wesentlicher Bestimmungen und gleichzeitig als eine Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrags zugunsten des Konzessionärs angesehen werden.

70. Es ist zutreffend, dass es schwieriger wird zu bewerten, welcher der beiden Verträge für den Konzessionär wirtschaftlich günstiger ist, wenn man eine sehr enge Auslegung vornimmt und der feste Nutzungszeitraum von 37 Jahren im Vertrag von 2009 auf diese Weise mit dem variablen Nutzungszeitraum von 30 Jahren im Vertrag von 1969 verglichen wird.

71. Vorstehend habe ich jedoch die Gründe dargelegt, aus denen ich davon ausgehe, dass die sehr enge Auslegung nicht ohne Weiteres durch den Wortlaut gestützt wird³¹. Wenn es darüber hinaus – wie vorliegend – eine Änderung gibt, die den Vertrag *nach jeder Auffassung* grundlegend ändert, bin ich der Ansicht, dass es der italienischen Regierung obliegt, darzulegen, dass eine solche Änderung gleichwohl *nicht* als eine „wesentliche Änderung“ im Sinne der Rechtssache presstext Nachrichtenagentur anzusehen sein soll³². Ich bin nicht der Auffassung, dass die italienische Regierung dies vorliegend getan hat.

72. Sollte der Gerichtshof zu der Entscheidung gelangen, dass nur der erste Autobahnabschnitt (ungefähr 36 km) einer wesentlichen Änderung unterlag, bliebe die Behauptung der Kommission für diesen Abschnitt außerdem dennoch bewiesen.

73. Ich erachte es nicht als wesentlich, dass der erste Autobahnabschnitt nur 15 % einer größeren vertraglichen Verpflichtung, 240 Autobahnkilometer zu errichten, ausmachte. Das kann die Feststellung, dass die Verpflichtung zur öffentlichen Auftragsvergabe verletzt worden ist, nicht entkräften.

74. Dementsprechend gelange ich zu dem Ergebnis, dass der Vertrag von 2009 eine wesentliche Änderung der früheren vertraglichen Vereinbarungen darstellte und dass die Vergabe daher im Wege eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge hätte erfolgen müssen.

75. Ich wende mich jetzt der Frage zu, ob die italienische Regierung sich auf Ausnahmeregelungen berufen kann, die sie von dieser Verpflichtung befreien.

³¹ Vgl. oben, Nrn. 63 und 64.

³² Urteil vom 19. Juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, Rn. 34 bis 37).

Ausnahmeregelungen

76. Die italienische Regierung hat auf faktische und rechtliche Elemente hingewiesen, die seit 1969 dazwischengetreten sind, insbesondere externe Entwicklungen außerhalb des Einflussbereichs von SAT, die zu der Verzögerung beim Bau der Autobahn und damit der Möglichkeit, die Konzession zu verwerten, beigetragen haben. Die italienische Regierung vertritt die Auffassung, dass eine Verlängerung des Nutzungszeitraums erforderlich gewesen sei, um „das Gleichgewicht des Vertrags zu garantieren“. Sie macht geltend, dass das Gleichgewicht durcheinandergebracht worden wäre, wäre der Nutzungszeitraum nicht verlängert worden.

77. Ich lehne dieses Argument aus zwei Gründen ab.

78. Erstens hat der Gerichtshof bereits klargestellt, dass „weder der Umstand, dass eine wesentliche Änderung der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags nicht auf dem gezielten Willen des öffentlichen Auftraggebers und des Zuschlagsempfängers zur Neuverhandlung der Auftragsbestimmungen, sondern auf ihrem Streben nach einem Vergleich zur Überwindung von objektiven, bei der Durchführung des Auftrags aufgetretenen Schwierigkeiten beruht, noch der objektiv unsichere Charakter bestimmter Vorhaben als Rechtfertigung dafür dienen [kann], dass diese Änderung beschlossen wird, ohne dass der Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet wird, der alle potenziell an einem öffentlichen Auftrag interessierten Akteure schützen muss“³³.

79. Zweitens wird aus den Fakten, die ich oben³⁴ zusammengefasst habe, ersichtlich, dass die Verspätungen beim Bau der Autobahn in erster Linie bestimmten gesetzgeberischen Initiativen der italienischen Regierung selbst zuzuschreiben waren. Aus welchen Gründen auch immer die fraglichen Rechtsvorschriften erlassen worden sein mögen, es bleibt der Umstand, dass die italienische Regierung eine ausdrückliche Entscheidung getroffen hat, indem sie Rechtsvorschriften erlassen hat, die das Vermögen von SAT, die Autobahn nach dem ursprünglich vorgesehenen Zeitplan zu bauen und zu nutzen, direkt beeinflusst haben.

80. Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt, dass „sich ein Mitgliedstaat ... nicht auf praktische oder administrative Schwierigkeiten berufen kann, um die Nichteinhaltung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen. Das Gleiche gilt für finanzielle Schwierigkeiten, die die Mitgliedstaaten mit geeigneten Maßnahmen zu überwinden haben.“³⁵ Obwohl die italienische Regierung durchaus triftige Gründe für die Ergreifung von Maßnahmen, die die zuvor gewährte Baukonzession beeinflusst haben, gehabt haben mag, und obwohl die italienische Regierung den Wunsch gehabt haben mag, die Auswirkungen dieser Rechtsvorschriften auf SAT durch die Verlängerung des Nutzungszeitraums abzumildern, konnte sie dies folglich nicht unter Verstoß gegen europarechtliche Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe tun.

81. Die italienische Regierung vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass die Nichtdurchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge (und damit die Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung) im Jahr 2009 mit dem Hinweis auf das Recht von SAT gerechtfertigt werden könne, sich auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu berufen.

33 Urteil vom 7. September 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, Rn. 32).

34 Vgl. oben, Nrn. 21 bis 23.

35 Urteil vom 18. Oktober 2012, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-301/10, EU:C:2012:633, Rn. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung).

82. Mit dieser Argumentation scheint sich die italienische Regierung auf einen Umkehrschluss aus der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Promoimpresa* u. a. zu stützen, in der der Gerichtshof entschieden hat, dass „die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Konzessionen ... vergeben [wurden], als bereits feststand, dass Verträge, an denen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, einer Transparenzpflicht unterworfen werden müssen, so dass der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht zur Rechtfertigung einer nach Art. 49 AEUV verbotenen Ungleichbehandlung angeführt werden kann“³⁶.

83. Nach meinem Verständnis stützt sich die italienische Regierung vorliegend auf den (unstreitigen) Umstand, dass der Vertrag von 1969 abgeschlossen wurde, bevor die europarechtlichen Vorschriften und Grundsätze über das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar wurden, um geltend zu machen, dass er danach von der Kontrolle nach EU-Recht ausgenommen bleiben sollte. Die Frage ist jedoch nicht die, ob der Vertrag von 1969 mit den einschlägigen europarechtlichen Vorschriften vereinbar ist, sondern die, ob dies auf den Vertrag von 2009 zutrifft³⁷.

84. Wie die Kommission darüber hinaus richtigerweise hervorgehoben hat, kann der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht „geltend gemacht werden, um eine Vereinbarung in einer mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie der sich daraus ergebenden Transparenzpflicht unvereinbaren Art und Weise zu erweitern. Dabei ist es unerheblich, dass diese Erweiterung eine vernünftige Lösung zur Beilegung eines Rechtsstreits darstellen kann, der zwischen den Betroffenen wegen der Tragweite ihrer Vereinbarung anhängig ist und auf Gründe zurückzuführen ist, auf die sie überhaupt keinen Einfluss hatten.“³⁸ Für meine Begriffe gibt es keinen Grund, dieses Diktum nicht auf den Vertrag von 1969 anzuwenden.

85. Es liegt in der Natur einer Konzession, dass das Hauptrisiko auf den Konzessionär übergehen muss³⁹. Im Gegensatz zu anderen Vertragsarten muss daher der Konzessionär (hier SAT) das inhärente Element des künftigen Risikos akzeptieren, wenn er den Erstvertrag abschließt. Normale wirtschaftliche Vorsicht wird sicherstellen, dass das Erfordernis, ein solches Risiko zu berücksichtigen, das Gebot, das abgegeben wird und/oder die detaillierten Verhandlungen des Vertrags selbst beeinflussen wird.

86. Es sollte beachtet werden, dass der Gerichtshof entschieden hat, dass Bestimmungen in den ursprünglichen Vertragsunterlagen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge die nachträgliche Vornahme wesentlicher Änderungen ausdrücklich erlauben können⁴⁰.

87. Vor diesem Hintergrund mag die italienische Regierung versucht haben, geltend zu machen, dass Art. 2 Abs. 3 des Vertrags von 1999, wonach die mit dem zweiten und dem dritten Autobahnabschnitt zusammenhängenden vertraglichen Bedingungen zu einem späteren Zeitpunkt festgelegt werden sollten, „wenn die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen für die Fortsetzung des Bauprogramms in Bezug darauf, welche Konzession gewährt worden ist, erfüllt sind“, als Vorbehalt im Sinne eines Vorbehalts in den Vertragsdokumenten behandelt werden sollte.

88. Meiner Meinung nach kann das aus zwei Gründen nicht der Fall sein.

89. Erstens *gab* es keine ursprünglichen „Vertragsdokumente“, die aus einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stammten, da keiner der fraglichen Verträge einem solchen Verfahren unterworfen wurde.

36 Urteil vom 14. Juli 2016 (C-458/14 und C-67/15, EU:C:2016:558, Rn. 73).

37 Vgl. oben, Nr. 46.

38 Urteil vom 14. November 2013, *Belgacom* (C-221/12, EU:C:2013:736, Rn. 40).

39 Urteil vom 10. März 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (C-274/09, EU:C:2011:130, Rn. 24 bis 26).

40 Urteil vom 7. September 2016, *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, Rn. 36 und 37).

90. Zweitens muss das Recht, einen solchen Vorbehalt als Grundlage für spätere Änderungen zu nutzen, als Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz angesehen werden, dass alle wesentlichen Elemente, die aus einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge herrühren, den von dem öffentlichen Auftraggeber erstellten Vertragsunterlagen zu entnehmen sein sollten. Nach ständiger Rechtsprechung sind Ausnahmen restriktiv auszulegen. Es wäre inakzeptabel, wenn ein Vertrag, der ursprünglich von den Verpflichtungen der öffentlichen Auftragsvergabe ausgenommen war, später durch das Einfügen eines Vorbehalts, der eine wesentliche Änderung zu einem Zeitpunkt einführt, in dem ein solcher Vertrag anderenfalls nach Unionsrecht den Verpflichtungen zur öffentlichen Auftragsvergabe unterläge, „vervollständigt“ werden könnte.

91. Selbst wenn man den Vertrag von 1999 dahin gehend auslegt, dass er einen Vorbehalt für künftige Änderungen enthält, kann dieser Vorbehalt daher nicht als Grundlage dafür dienen, dass der Vertrag von 2009 von dem Erfordernis, der Richtlinie 2004/18 zu entsprechen, entbunden ist.

92. Schließlich kann Italien sich meiner Ansicht nach nicht auf Art. 61 der Richtlinie 2004/18 berufen, der die Vornahme von Änderungen in Bezug auf „zusätzliche Arbeiten“ erlaubt. Die wesentliche Änderung zwischen 1999 und 2009 betraf nicht den Umfang der ursprünglichen Arbeiten, die durch den Konzessionär auszuführen waren, sondern die *Zeit*, die SAT eingeräumt wurde, um nach ihrem Abschluss Gewinn zu erzielen. Eine solche Änderung fällt nicht in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 61.

93. Meiner Ansicht nach stellte die Veränderung der Laufzeit der Konzession, die durch Art. 4.1 des Vertrags von 2009 eingeführt wurde, eine wesentliche Änderung im Sinne der Rechtssache *pressetext Nachrichtenagentur*⁴¹ dar, unabhängig davon, ob sie in Bezug auf den Vertrag von 1999 geprüft wird (wie die Kommission geltend macht) oder in Bezug auf den Vertrag von 1969 (der von der italienischen Regierung vorgeschlagene Ansatz). Der Abschluss des Vertrags von 2009 ohne ein vorausgegangenes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stellte daher eine Verletzung der Verpflichtung zur Gleichbehandlung aus Art. 2 der Richtlinie 2004/18 und der Verpflichtung aus Art. 58 der Richtlinie dar, eine Auftragsbekanntmachung zu veröffentlichen.

Kosten

94. Gemäß Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da ich davon ausgehe, dass der Gerichtshof den von der Kommission gestellten Anträgen stattgeben wird, sollte die Italienische Republik die Kosten tragen.

Ergebnis

95. Im Licht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof daher vor,

1. festzustellen, dass die im Jahr 2009 eingeführte Verlängerung der Laufzeit der Baukonzession für den Bau und den Betrieb der Autobahn A12 von 2028 bis 2046 die Änderung eines wesentlichen Punktes des Vertrags von 1999 zwischen dem öffentlichen Auftraggeber (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) und dem Konzessionär (Società Autostrada Tirrenica) war und dass die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2 und 58 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in geänderter Fassung verstoßen hat, indem sie diese Änderung nicht einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterworfen hat;

⁴¹ Urteil vom 19. Juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, Rn. 34 bis 37).

2. der Italienischen Republik die Kosten aufzuerlegen.