



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 21 maart 2019¹

Zaak C-526/17

**Europese Commissie
tegen**

Italiaanse Republiek

„Niet-nakoming – Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten – Concessieovereenkomst voor openbare werken – Verlenging van de bestaande concessie voor de aanleg en het beheer van een autosnelweg zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht”

1. In 1969 is een concessieovereenkomst voor openbare werken gegund zonder een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor een tussen Livorno en Civitavecchia aan de westkust van Italië aan te leggen autosnelweg. Die overeenkomst is daarna gewijzigd bij verdere overeenkomsten in 1987, 1999 en 2009. Geen van deze verdere overeenkomsten is voorafgegaan door een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten.
2. De Europese Commissie heeft thans krachtens artikel 258 VWEU een niet-nakomingsprocedure tegen de Italiaanse Republiek ingesteld. Zij is van mening dat de in 2009 gesloten overeenkomst een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst vormde en dat daarom een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten had moeten worden gevolgd overeenkomstig richtlijn 2004/18/EG². De Italiaanse Republiek betwist dit standpunt.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 2004/18 definieert „overheidsopdrachten voor werken” als „overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I^[3] vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”. Voorts bepaalt artikel 1, lid 2, dat „[e]en ‚werk’ [...] het product [is] van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”. Ingevolge artikel 1, lid 3, moet onder een

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), thans ingetrokken bij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2014, L 94, blz. 65).

3 Bijlage I omvat mede „de bouw van autowegen”.

„concessieovereenkomst voor openbare werken” worden verstaan „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

4. Artikel 2 van richtlijn 2004/18 bepaalt dat „[a]anbestedende diensten [...] ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze [behandelen] en [...] transparantie in hun handelen [betrachten]”.

5. Ingevolge artikel 56 zijn de regels inzake concessies voor openbare werken van toepassing op „alle door aanbestedende diensten gesloten concessieovereenkomsten voor openbare werken waarvan de waarde 5 150 000 EUR of meer bedraagt”.⁴

6. Artikel 58 luidt:

„1. De aanbestedende diensten die gebruik willen maken van een concessieovereenkomst voor openbare werken, geven hun voornemen hiertoe in een aankondiging te kennen.

2. De aankondigingen betreffende concessieovereenkomsten voor openbare werken bevatten de in bijlage VII C bedoelde inlichtingen en in voorkomend geval ook alle door de aanbestedende dienst nuttig geachte inlichtingen in de vorm van de standaardformulieren die door de Commissie overeenkomstig de in artikel 77, lid 2, bedoelde procedure zijn vastgesteld.

3. De aankondigingen worden overeenkomstig artikel 36, leden 2 tot en met 8, bekendgemaakt.

4. Artikel 37 betreffende de bekendmaking van aankondigingen is ook op concessieovereenkomsten voor openbare werken van toepassing.”

7. Artikel 61 bepaalt het volgende:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op aanvullende werken die noch in het aanvankelijk overwogen ontwerp van de concessie, noch in het oorspronkelijke contract waren opgenomen en die als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor de uitvoering van het werk zoals dat daarin is beschreven en dat door de aanbestedende dienst aan de concessiehouder wordt opgedragen, noodzakelijk zijn geworden, mits zij worden gegund aan de ondernemer die dit werk uitvoert: – wanneer deze aanvullende werken uit technisch of economisch oogpunt niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd zonder de aanbestedende diensten grote ongemakken te bezorgen, of – wanneer deze werken, hoewel zij van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden gescheiden, voor de vervolmaking ervan strikt noodzakelijk zijn. Het totale bedrag van de voor de aanvullende diensten of werken geplaatste opdrachten mag echter niet hoger zijn dan 50 % van het bedrag van het hoofdwerk waarvoor de concessie is verleend.”

8. Artikel 80, eerste alinea, luidt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen. [...]”

⁴ Zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot de toepassingsdrempels voor de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2007, L 317, blz. 34).

Feiten en procedure

Overeenkomst van 1969

9. Op 23 oktober 1969 werd tussen de aanbestedende dienst Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (hierna: „ANAS”) en de marktdeelnemer Società Autostrada Tirrenica (hierna: „SAT”) ⁵ een concessieovereenkomst voor openbare werken gesloten (hierna: „overeenkomst van 1969”).

10. Artikel 1, lid 1, van die overeenkomst omschreef de doelstelling ervan als de aanleg en het beheer van de autosnelweg A12 Livorno (Cecina)-Civitavecchia (hierna: „autosnelweg”). ⁶ Artikel 1, lid 2, specificerde de totale lengte van de autosnelweg als „ongeveer 237 kilometer”.

11. Artikel 7 bepaalde dat „de concessie eindigt aan het einde van het dertigste jaar na het begin van de exploitatie van de volledige autosnelweg; hoe dan ook, onverminderd het bepaalde in artikel 5, leden 5 en 6, loopt de periode niet langer dan het dertigste jaar te rekenen vanaf de datum waarop de werken omschreven in het algemene uitvoeringsplan als bedoeld in artikel 5, leden 1 en 2, zijn voltooid”.

Overeenkomst van 1987

12. Op 14 oktober 1987 hebben dezelfde partijen nog een volgende overeenkomst gesloten (hierna: „overeenkomst van 1987”). Volgens de Italiaanse regering is bij die overeenkomst artikel 7 van de overeenkomst van 1969 vervangen door de volgende bepaling: „De huidige concessie heeft een looptijd van dertig jaar vanaf de datum waarop de volledige autosnelweg openstaat voor verkeer.”

Overeenkomst van 1999

13. Op 7 oktober 1999 hebben dezelfde partijen nog een overeenkomst gesloten (hierna: „overeenkomst van 1999”). Artikel 2, lid 1, daarvan bepaalde dat „de onderhavige overeenkomst regelt, tussen de concessieverlenende autoriteit en de concessiehouder, de exploitatie van het 36,6 kilometer lange deel tussen Livorno en Cecina, dat vanaf 3 juli 1993 voor verkeer openstaat en integraal deel uitmaakt van de autosnelweg A12 Livorno-Civitavecchia, waarvan de concessie voor de aanleg en exploitatie aan SAT is verleend”.

14. Artikel 2, lid 3, bepaalde voorts dat „wanneer aan de juridische en feitelijke voorwaarden voor de voortzetting van het bouwprogramma waarvoor een concessie is verleend, is voldaan, een addendum wordt overeengekomen voor de opstelling van een contractueel kader voor de aanleg en exploitatie van twee andere delen van de autosnelweg: Cecina-Grosseto en Grosseto-Civitavecchia”.

15. Artikel 23 droeg het opschrift „Duur van de concessie” en bepaalde dat de „concessie [...] af[loopt] op 31 oktober 2028”.

⁵ Strikt genomen is de Tyrreense Zee (Italiaans: Mar Tirreno), waaraan de marktdeelnemer zijn naam ontleent, dat deel van de Middellandse Zee voor de westkust van Italië dat in het zuiden begrensd wordt door Sicilië, in het westen door Sardinië en Corsica en in het noorden door het eiland Elba, inclusief de Golf van Follonica. De wateren van daar tot Livorno zelf zijn onderdeel van de Ligurische Zee. Zie de website van Istituto idrografico della Marina (<http://www.marina.difesa.it>).

⁶ Het begrip autosnelweg, zoals gebruikt in deze conclusie, wordt in artikel 1, lid 2, van de overeenkomst van 1969 gedefinieerd als „een vierbaansweg waarvan elke zijde 7,5 meter meet en die wordt gescheiden door een middenberm en wordt geflankeerd door een vluchtstrook”.

Overeenkomst van 2009

16. Op 11 maart 2009 werd tussen dezelfde partijen nog een overeenkomst gesloten (hierna: „overeenkomst van 2009”). In de overwegingen van die overeenkomst stond onder meer te lezen dat op 7 oktober 1999 de nieuwe overeenkomst was gesloten tussen ANAS en SAT, goedgekeurd bij decreet van 21 december 1999 en geregistreerd bij de rekenkamer op 11 april 2000, ter vervanging van de eerdere overeenkomst van 23 oktober 1969 en het bijbehorende addendum van 14 oktober 1987, waarin, onder meer, was bepaald dat de concessie op 31 oktober 2028 afloopt.

17. Artikel 1.4 bepaalde dat „partijen overeenkomen geen feitelijk of toekomstig recht, belang of vordering te hebben ten aanzien van de overeenkomst van 7 oktober 1999 of enige handeling of maatregel die vóór de sluiting van deze overeenkomst is vastgesteld”.

18. Artikel 2.1 bepaalde dat „de onderhavige enkele overeenkomst de verhouding tussen de concessieverlenende autoriteit en de concessiehouder volledig en uitsluitend beheerst met betrekking tot het ontwerp, de aanleg en de exploitatie van alle werken die eerder waren toegewezen in het kader van de met ANAS op 7 oktober 1999 gesloten concessieovereenkomst: a) A12 Livorno-Cecina (Rosignano), 36,6 kilometer (open voor verkeer vanaf 3 juli 1993); b) Cecina (Rosignano)-Grosseto, 110,5 kilometer; c) Grosseto-Civitavecchia, 95,5 kilometer, in totaal 242,6 kilometer”.

19. Het eerste deel van artikel 4.1 bepaalde dat „rekening houdend met de perioden waarin de uitvoering van de werken was opgeschort, zoals bedoeld in de preambule en artikel 143 van wetsdecreet nr. 163/2006, de concessie voor de voltooiing van de autosnelweg Cecina (Rosignano)-Civitavecchia wordt beëindigd op 31 december 2046”.

20. Het tweede deel van artikel 4.1 bepaalde dat „indien de concessieverlenende instantie het definitieve project en het bijbehorende economisch en financieel plan (EFP) voor de uitvoering van het deel van de autosnelweg tussen Cecina en Civitavecchia niet vóór 31 december 2012 heeft goedgekeurd, partijen de economische en financiële gevolgen daarvan bepalen, inclusief de gemaakte investeringskosten, onder verwijzing naar de beëindiging van de concessie op de oorspronkelijk vastgestelde datum, namelijk 31 oktober 2028”.

Voortgang van de aanleg

21. Uit de overwegingen van de overeenkomst van 2009 valt af te leiden dat de aanleg van de autosnelweg is opgeschort als gevolg van artikel 11 van wet nr. 287 van 28 april 1971⁷ en artikel 18a van wetsdecreet nr. 376 van 13 augustus 1975⁸, daarna omgezet in wet nr. 492 van 16 oktober 1975⁹. Deze opschorting is vervolgens opgeheven bij de artikelen 9 en 14 van wet nr. 531/1982, die is vastgesteld op 12 augustus 1982¹⁰.

⁷ Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (wet nr. 287 tot wijziging en aanvulling van de wetgeving inzake autosnelwegen), GURI nr. 137 van 1 juni 1971.

⁸ Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (wetsdecreet nr. 376 tot invoering van economische herstelmaatregelen voor export, bouw en openbare werken), GURI nr. 218 van 18 augustus 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 (omzetting in wet, met wijzigingen, van wetsdecreet nr. 376 van 13 augustus 1975 tot invoering van economische herstelmaatregelen voor export, bouw en openbare werken), GURI nr. 276 van 17 oktober 1975.

¹⁰ Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (wet nr. 531 houdende invoering van een tienjarenplan voor de levensvatbaarheid van grote wegen en herstructureringsmaatregelen in de autowegsector), GURI nr. 223 van 14 augustus 1982.

22. Vast staat dat het eerste deel van de autosnelweg, dat 36,6 kilometer van Livorno tot Cecina (Rosignano) beslaat, op 3 juli 1993 voor het verkeer werd opengesteld. Het tweede en derde deel van de autosnelweg, respectievelijk van Cecina (Rosignano) tot Grosseto en van Grosseto tot Civitavecchia, waren toen nog niet aangelegd. Daarna zijn alleen korte gedeelten voltooid.¹¹

23. De overwegingen van de overeenkomst van 2009 geven verder aan dat de aanleg van de autosnelweg opnieuw werd opgeschort bij artikel 55, lid 12, van wet nr. 449 van 27 december 1997¹² en dat die opschorting werd opgeheven bij wet nr. 443 van 21 december 2001¹³. Volgens de Italiaanse regering schreven wet nr. 286 van 24 november 2006 en wet nr. 101 van 6 juni 2008 verder voor dat de bestaande concessieovereenkomsten moesten worden geconsolideerd. Op die basis is de overeenkomst van 2009 gesloten.

24. Noch de Commissie noch de Italiaanse regering heeft informatie verstrekt over eventuele latere wijzigingen in de Italiaanse wetgeving die de geldigheid van de concessieovereenkomst zouden kunnen aantasten.¹⁴

Precontentieuze procedure

25. In 2009 ontving de Commissie een klacht met betrekking tot de verlenging (van 31 oktober 2028 tot 31 december 2046) van de looptijd van de concessieovereenkomst voor aan SAT gegunde werken. De Commissie heeft deze klacht in behandeling genomen en ingeschreven onder nummer 2009/4154. Uit de uitwisseling van mededelingen tussen de Commissie en Italië blijkt dat Italië zich ertoe heeft verbonden de looptijd met drie jaar te verkorten tot 2043 en de gunning van alle bouwwerkzaamheden aan de autosnelweg openbaar aan te besteden. Op basis van deze toezegging heeft de Commissie besloten geen gevolg te geven aan klacht nr. 2009/4154.

26. Het lijkt erop dat SAT ongeveer 30 % van de waarde van de werken heeft toegewezen aan ondernemingen waarover zij de zeggenschap heeft, in twee tranches van in totaal respectievelijk 34 724 661 EUR en 117 323 225 EUR op respectievelijk 15 december 2009 en 30 maart 2012.

27. Op 22 april 2014 heeft de Commissie Italië een brief gestuurd waarin zij het formele standpunt innam dat Italië, door de looptijd van de concessieovereenkomst door middel van de overeenkomst van 2009 te verlengen zonder een openbare aanbesteding uit te schrijven, richtlijn 2004/18, in het bijzonder de artikelen 2 en 58 ervan, niet is nagekomen, en dat artikel 61 van die richtlijn in dit geval niet van toepassing was.

28. In juni 2014 bood Italië aan om 70 % van de werken aan te besteden en herhaalde het zijn aanbod om de looptijd van de concessie met drie jaar te verkorten.

29. Op 17 oktober 2014 heeft de Commissie Italië een met redenen omkleed advies gestuurd. De Commissie weigerde te aanvaarden dat 30 % van de werken *niet* openbaar zou worden aanbesteed. Zij was van oordeel dat verlenging van de overeenkomst tot 2046 het equivalent was van een nieuwe overeenkomst en dat „aangezien ANAS een overeenkomst met SAT heeft gesloten, die de einddatum

¹¹ Zie punt 36 infra.

¹² Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (wet nr. 449 houdende invoering van maatregelen om de overheidsfinanciën in evenwicht te brengen), GURI nr. 302 van 30 december 1997.

¹³ Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (wet nr. 443 tot verlening van een delegatie aan de regering op het gebied van strategische infrastructuur en productiefaciliteiten, evenals andere interventies voor het stimuleren van productieactiviteiten), GURI nr. 299 van 27 december 2001.

¹⁴ Het lijkt erop dat het voorgestelde traject voor de aanleg van deze autosnelweg controversieel was en dat vragen zijn gerezen over onder meer de gevolgen ervan voor het milieu (zie wikivisually.com). Ik zal in deze conclusie niet op deze discussie ingaan.

van de concessie voor de autosnelweg A12 Civitavecchia-Livorno verlengde van 31 oktober 2028 naar 31 december 2046, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, de Italiaanse Republiek de krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18/EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen”.

30. Na het met redenen omkleed advies heeft Italië verschillende toezeggingen gedaan, teneinde het geschil tussen hem en de Commissie op te lossen:

- op 27 oktober 2014 heeft Italië aan de Commissie een ontwerpovereenkomst doen toekomen met een inkorting van de looptijd met drie jaar en een toezegging om 100 % van de werken bij derden aan te besteden;
- op 26 juni 2015 heeft Italië aan de Commissie een ontwerpovereenkomst doen toekomen met een inkorting van de looptijd met zes jaar en een toezegging om 100 % van de werken aan te besteden;
- op 22 juli 2015 heeft Italië aan de Commissie een ontwerpovereenkomst toegezonden met het voorstel om de looptijd van 2046 naar 2040 in te korten en om 100 % van de werken via een openbare aanbestedingsprocedure te gunnen. Bovendien zou SAT haar overeenkomst kwijtraken wanneer zij deze werken niet bij derden zou aanbesteden, en de einddatum van de looptijd zou worden vervroegd tot 2028 als de ontwerpovereenkomst niet vóór 28 februari 2017 was goedgekeurd;
- op 24 juli 2015 heeft Italië nader toegelicht waarom het noodzakelijk was geweest de looptijd te verlengen, waarbij werd aangegeven dat de vertragingen bij de werkzaamheden onder meer waren veroorzaakt door een gebrek aan openbare middelen en vraagstukken met betrekking tot de openbare veiligheid.

31. Op 8 maart 2016 heeft de Commissie Italië verzocht alle nodige maatregelen te nemen om de concessieovereenkomst voor openbare werken uiterlijk op 31 oktober 2028 te beëindigen, zoals eerder in de overeenkomst van 1999 was bepaald.

32. In antwoord hierop heeft Italië op 18 november 2016 de Commissie een notariële akte toegezonden om te bewijzen dat SAT zich ertoe had verbonden alle werken aan te besteden. Italië heeft ook de mogelijkheid geopperd om de einddatum van de looptijd van de concessie te vervroegen van 2046 naar 2038.

Contentieuze procedure

33. De Commissie achtte de antwoorden van Italië ontoereikend. Op 4 september 2017 heeft zij derhalve op grond van artikel 258 VWEU een niet-nakomingsprocedure ingesteld, strekkende tot vaststelling dat „de Italiaanse Republiek, door de termijn voor de concessie van werken aan de autosnelweg A12 Civitavecchia-Livorno te verlengen tot 31 december 2046 zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18/EG [...], zoals gewijzigd”. De Commissie heeft tevens geconcludeerd tot verwijzing van de Italiaanse Republiek in de kosten.

34. De Commissie en de Italiaanse regering hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en de Italiaanse regering heeft schriftelijk geantwoord op een schriftelijke vraag van het Hof, waarover de Commissie haar opmerkingen heeft ingediend.

35. Die vraag had betrekking op de investeringen die SAT reeds had gedaan in de aanleg van de autosnelweg en de tot 2028 verwachte investeringen, tezamen met de totale investering waarop, beweerdelijk, SAT geen adequaat rendement zou behalen indien de concessie zou worden beëindigd in 2028. In haar antwoord van 3 oktober 2018 aan het Hof heeft de Italiaanse regering de volgende uitleg gegeven:

- i) tussen 2009 en 2017 heeft SAT 253,136 miljoen EUR geïnvesteerd in twee stukken snelweg van Cecina (Rosignano) naar San Pietro in Palazzi en van Tarquina Sud naar Civitavecchia, die sindsdien beide zijn opengesteld voor verkeer;
- ii) in het economisch en financieel plan van 2011, gebaseerd op de overeenkomst van 2009, werd ervan uitgegaan dat SAT 3 411,7 miljoen EUR zou investeren om de autosnelweg in 2028 te hebben voltooid, waarvan de hierboven genoemde 253,136 miljoen EUR de geplande werkzaamheden voor de periode 2009-2015 dekte. Zou de overeenkomst in 2028 worden beëindigd, dan zou SAT in de periode 2028-2046 niet de verwachte 1 135,7 miljoen EUR verdienen;
- iii) in het economisch en financieel plan uit 2016, gebaseerd op de toezeggingen van Italië aan de Commissie tijdens de precontentieuze procedure, zou de totale investering die door SAT tot 2023 zou moeten worden gedaan 1 400 miljoen EUR bedragen. Aangezien reeds 253,136 miljoen EUR was geïnvesteerd, moest nog 1 146,86 miljoen EUR worden geïnvesteerd. Zou de overeenkomst in 2028 worden beëindigd, dan zou SAT niet de verwachte 505,185 miljoen EUR verdienen in de periode 2028-2038 (zijnde een van de data voor het einde van de concessie die Italië tijdens de precontentieuze procedure had voorgesteld).¹⁵

36. In haar opmerkingen van 25 oktober 2018 over dit schriftelijke antwoord wees de Commissie erop dat het door de Italiaanse regering gebruikte tijdschema niet overeenkwam met het tijdschema dat in de vraag van het Hof was aangegeven. De Commissie merkte ook op dat volgens de eigen website van SAT het stuk autosnelweg van Cecina (Rosignano) naar San Pietro in Palazzi in 2012 was opengesteld en dat van Tarquina Sud tot Civitavecchia in 2016. De Commissie noteerde dat stond vermeld dat thans een traject van in totaal 54,6 kilometer autosnelweg was voltooid. Dat vertegenwoordigde nog eens 18 kilometer bovenop het gedeelte van 36,6 kilometer dat in 1993 was voltooid. Tot slot merkte de Commissie op dat, volgens krantenberichten, de Italiaanse regering in 2017 verdere werkzaamheden aan de geplande autosnelweg had gestaakt en in plaats daarvan liever de bestaande wegen wilde renoveren.¹⁶

37. Op 12 december 2018 heeft een pleitzitting plaatsgevonden, tijdens welke Italië en de Commissie aanvullende opmerkingen hebben ingediend en vragen van het Hof hebben beantwoord.

Inleidende opmerkingen

Toepasselijkheid van richtlijn 2004/18

38. Italië betwist dat richtlijn 2004/18 van toepassing is op een overeenkomst die oorspronkelijk is gesloten in 1969, dat wil zeggen vóórdat sprake was van enige rechtspraak of relevante secundaire wetgeving inzake overheidsopdrachten.

¹⁵ Zie punt 30 supra.

¹⁶ De Commissie verwees naar een artikel in *Il Fatto quotidiano* van 15 april 2017 dat zij als bijlage bij haar opmerkingen heeft gevoegd.

39. Ik deel de bedingen van Italië niet. Dat een eerste overeenkomst op zichzelf mogelijk buiten de werkingssfeer van de regels voor openbare aanbestedingen valt, betekent niet dat alle wijzigingen van de overeenkomst eveneens buiten de werkingssfeer van de regels voor openbare aanbestedingen moeten blijven.

40. In het arrest Belgacom¹⁷ heeft het Hof verklaard dat „het rechtszekerheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, rechtvaardigt dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst in acht worden genomen, ook – voor zover dit beginsel dit gebiedt – in het geval van een overeenkomst die is gesloten voordat het Hof zich heeft uitgesproken over de gevolgen van het primaire recht voor dergelijke overeenkomsten, en die a posteriori onverenigbaar blijkt te zijn met bepaalde van deze gevolgen”.

41. Hoewel het Hof ook heeft vastgesteld dat de fundamentele beginselen van openbare aanbestedingen onder bepaalde omstandigheden van toepassing zijn op overeenkomsten die formeel zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de Uniewetgeving inzake overheidsopdrachten¹⁸, kunnen dergelijke fundamentele beginselen (hier in het bijzonder de beginselen van gelijke behandeling en transparantie) bijgevolg niet van toepassing zijn op een overeenkomst die is gesloten voordat de betrokken beginselen door het Hof waren geformuleerd.

42. Het eerste instrument van Unierecht ter regeling van de gunning van concessies voor openbare werken was richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.¹⁹ Die richtlijn moest uiterlijk op 19 juli 1990 zijn omgezet.²⁰ Zij kon dus vanzelfsprekend niet op de overeenkomst van 1969 worden toegepast.

43. Het Hof heeft echter ook vastgesteld dat, wanneer een overeenkomst is gesloten voorafgaand aan de vaststelling van de Uniewetgeving inzake overheidsopdrachten, die overeenkomst dus *ratione materiae* en *ratione temporis* buiten de werkingssfeer van die wetgeving valt, elke wezenlijke wijziging van de overeenkomst dient te worden gezien in het licht van de Uniewetgeving die van kracht was op het moment van de wijziging. Met name wanneer het de bedoeling van de partijen is om opnieuw over de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst te onderhandelen, kan de toepassing van de Unievoorschriften inzake overheidsopdrachten gerechtvaardigd zijn. In niet-nakomingsprocedures (zoals deze) rust de bewijslast bij de Commissie.²¹

44. Vast staat dat de litigieuze overeenkomst onder de definitie van een concessieovereenkomst voor openbare werken in artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18 valt. Zij overschrijdt ook duidelijk de drempelwaarde in artikel 56 van de richtlijn, zoals gewijzigd. Bijgevolg valt de overeenkomst van 2009 niet alleen *ratione temporis* maar ook *ratione materiae* binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18.

45. Hieruit volgt dat elke door de overeenkomst van 2009 teweeggebrachte wijziging aan de hand van richtlijn 2004/18 moet worden beoordeeld. Zoals het Hof in het arrest *pressetext Nachrichtenagentur*²² heeft verklaard, is wat dit betreft doorslaggevend of de verandering als „wezenlijk” kan worden beschouwd.

17 Arrest van 14 november 2013 (C-221/12, EU:C:2013:736, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Zie in verband met het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit, arrest van 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress* (C-324/98, EU:C:2000:669, punt 60).

19 PB 1989, L 210, blz. 1. Richtlijn 71/305 is vervolgens vervangen door richtlijn 93/37/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54), die op haar beurt is vervangen door richtlijn 2004/18.

20 Zie artikel 3 van richtlijn 89/440.

21 Arrest van 5 oktober 2000, *Commissie/Frankrijk* (C-337/98, EU:C:2000:543, punten 41-45).

22 Arrest van 19 juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351); zie verder punten 66 e.v. *infra*.

46. Ik merk ook op dat, hoewel er vragen kunnen rijzen over de overeenstemming van de overeenkomsten van 1987 en 1999 met de Uniewetgeving inzake overheidsopdrachten, er geen grondslag is voor het Hof om in de onderhavige zaak op dergelijke vragen in te gaan. De Commissie richt haar pijlen enkel op de overeenstemming van de overeenkomst van 2009 met de Uniewetgeving. Daarom zal ik in deze conclusie de voorafgaande overeenkomsten enkel vermelden en, indien nodig, uitleggen voor zover deze kunnen bijdragen aan een goed begrip van de vraag of de overeenkomst van 2009 de contractuele relatie tussen ANAS en SAT wezenlijk heeft gewijzigd.

Juridische beoordeling

Positie van de Commissie

47. In deze procedure rust op de Commissie de last om elke door haar gemaakte bewering te bewijzen.²³ Het is daarom belangrijk helderheid te verkrijgen over wat de Commissie Italië verwijt.

48. Volgens de Commissie is Italië de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18 niet nagekomen door geen openbare aanbestedingsprocedure te volgen voor een wezenlijke wijziging van een overeenkomst.²⁴ De feitelijke basis voor de bewering is betrekkelijk summier, namelijk dat de overeenkomst van 2009 de duur van de concessieovereenkomst voor openbare werken verlengde van 2028, de einddatum die in de overeenkomst van 1999 was vastgelegd, tot 2046. Volgens de Italiaanse regering is die bewering te simpel. Volgens haar had de datum van 2028 die in de overeenkomst van 1999 was vastgesteld slechts betrekking op één deel van de autosnelweg, terwijl de einddatum voor de resterende gedeelten later moest worden bepaald. De Italiaanse regering erkent niettemin dat de einddatum voor de volledige concessie voor de autosnelweg in de overeenkomst van 2009 is vastgelegd voor 2046.

49. Ik ben niet van mening dat dit argument van de Italiaanse regering afdoet aan de ontvankelijkheid van de zaak van de Commissie. De Commissie heeft haar standpunt duidelijk meegedeeld, zodat de Italiaanse regering in staat is geweest verweer te voeren met betrekking tot de „gemeenschapswetgeving die van kracht was aan het einde van de termijn die de Commissie de betrokken lidstaat heeft gesteld om aan het met redenen omkleed advies te voldoen”²⁵.

50. Het Hof kan pas overgaan tot zijn juridische analyse van de aantijgingen van niet-nakoming wanneer het een duidelijk beeld heeft van de bestaande contractuele regelingen. Daarom moet de reikwijdte van de oorspronkelijke overeenkomst van 1969 en met name de hierin vastgestelde datum van beëindiging worden geanalyseerd en vervolgens naar de wijzigingen in de opvolgende overeenkomsten worden gekeken.

Uitlegging van de overeenkomsten

51. Artikel 7 van de overeenkomst van 1969 voorzag in een zogenoemde niet-vaste looptijd van „maximaal 30 jaar” voor de concessie, beginnend bij „voltooiing van de volledige autosnelweg Livorno-Civitavecchia”. Die looptijd werd door de overeenkomst van 1987 gewijzigd in een periode van precies 30 jaar, in plaats van „maximaal 30 jaar”.

²³ Zie onder andere arresten van 25 mei 1982, Commissie/Nederland (96/81, EU:C:1982:192, punt 6), en 11 juli 2018, Commissie/België (C-356/15, EU:C:2018:555, punt 25).

²⁴ Zie punt 27 supra.

²⁵ Arrest van 9 november 1997, Commissie/Italië (C-365/97, EU:C:1999:544, punt 32).

52. Heeft de vaststelling van een definitieve einddatum (2028) in de overeenkomst van 1999 betrekking op de gehele overeenkomst (de „ruime” uitlegging), of alleen op het eerste stuk autosnelweg van Livorno naar Cecina (Rosignano), dat in 1993 voor het verkeer werd opengesteld, maar dat slechts 36,6 kilometer van de voor de hele autosnelweg geplande 240 kilometer besloeg (de „enge” uitlegging)? Terwijl normaal gesproken geen twijfel mag bestaan over de datum van beëindiging van een overeenkomst, bestaat er hier twijfel over de vraag welke aspecten van de overeenkomst van 1969 onder die nieuwe beëindigingsdatum vielen.

53. De Italiaanse regering geeft de voorkeur aan de enge uitlegging, terwijl de Commissie de ruime uitlegging aanhangt.

54. Wat voor de enge uitlegging pleit, is het feit dat artikel 2, lid 1, van de overeenkomst van 1999 uitdrukkelijk bepaalt dat die overeenkomst alleen van toepassing is op het eerste stuk autosnelweg van Livorno naar Cecina, terwijl artikel 2, lid 3, bepaalt dat de noodzakelijke voorwaarden moeten worden overeengekomen voor de resterende twee delen van de autosnelweg zodra de wetgeving is aangenomen om de werkzaamheden aan deze trajecten te kunnen voortzetten. Deze uitleg leidt derhalve tot de slotsom dat de overeenkomst van 1999 alleen van toepassing is op dat eerste stuk autosnelweg, en niet op het gehele traject.

55. Voor een ruimere uitlegging pleit dat artikel 23 van de overeenkomst van 1999 bepaalt dat de concessie afloopt in 2028 zonder dat kennelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende delen van de autosnelweg. Dit lijkt te worden onderbouwd door de overwegingen bij de overeenkomst van 2009, waarin valt te lezen dat de overeenkomsten van 1969 en 1987, die zonder onderscheid van toepassing waren op de gehele autosnelweg, in de overeenkomst van 1999 moesten worden gewijzigd om de concessie in 2028 te doen aflopen.²⁶

56. Het tweede deel van artikel 4.1 van de overeenkomst van 2009 vermeldt uitdrukkelijk dat de „oorspronkelijke” einddatum van 2028 van toepassing is op de resterende stukken van Cecina (Rosignano) naar Civitavecchia.²⁷ Het eerste deel van artikel 4.1 van de overeenkomst van 2009 voorziet ook in een nieuwe einddatum in 2046, eveneens zonder onderscheid te maken tussen de verschillende delen van de autosnelweg.²⁸

57. Ten slotte hebben het antwoord van de Italiaanse regering op de vraag van het Hof en de opmerkingen van de Commissie daarover duidelijk gemaakt dat werkzaamheden aan de resterende delen van de snelweg zijn verricht vóór de goedkeuring van de overeenkomst van 2009. Dat feit pleit tegen de enge uitlegging.

58. Ik geef daarom de voorkeur aan de door de Commissie aangehangen ruimere uitlegging van de overeenkomst van 1999 en ben van mening dat artikel 23 van de overeenkomst van 2009 de datum van de afloop van de concessie voor de gehele autosnelweg heeft gewijzigd van 2028, zoals vastgelegd in de overeenkomst van 1999, in 2046.

59. Ik wijs er evenwel op dat, ook al mocht de voorkeur worden gegeven aan de engere uitlegging, de overeenkomst van 2009 de einddatum ook voor het tweede en derde gedeelte van de autosnelweg wijzigt. Dat zou kunnen worden gezien als het voortborduren op artikel 2, lid 3, van de overeenkomst van 1999, waarin werd bepaald dat de voorwaarden voor het tweede en derde deel van de autosnelweg op een later tijdstip moesten worden vastgesteld.

²⁶ Zie punt 16 supra.

²⁷ Zie punt 20 supra.

²⁸ Zie punt 19 supra.

60. Op grond hiervan zijn de beëindigingsdata die in de overeenkomsten van 1969 en 1987 zijn vastgesteld, niet langer van toepassing op enig deel van de autosnelweg. De vaststelling van een einddatum in de overeenkomst van 2009 vormde dus ook een wijziging voor het tweede en derde deel van de autosnelweg.

61. Op deze plek breng ik in herinnering dat de stelling dat een reeds bestaande overeenkomst niet kan worden aangevochten op basis van latere wetgeving of op basis van later vastgestelde rechtsbeginselen, moet worden beschouwd als een uitzondering die volgens vaste rechtspraak van het Hof strikt moet worden uitgelegd.²⁹ Dit betekent dat toen de overeenkomst van 1969 bij de overeenkomst van 1999 was gewijzigd, deze daarna niet terug kon worden veranderd naar ruimere looptijden in het verlengde van de oorspronkelijke overeenkomst.

62. Ik ben daarom van mening dat, na de overeenkomsten van 1969 en 1987 in de overeenkomst van 1999 te hebben gewijzigd door te bepalen dat de voorwaarden in een later stadium zouden worden overeengekomen, de Italiaanse regering nu niet kan betogen dat die voorwaarden, die in de overeenkomst van 2009 zijn vastgelegd, min of meer in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke voorwaarden in de overeenkomsten van 1969 en 1987 en dus niet onder de verplichting tot openbare aanbesteding vallen.

63. Al wordt uitgegaan van wat zou kunnen worden aangeduid als een „zeer enge” benadering, waarmee de regelingen in de overeenkomst van 2009 met betrekking tot het tweede en derde deel van de autosnelweg alleen worden vergeleken met de in de overeenkomsten van 1969 en 1987 neergelegde voorwaarden, dan nog blijft overeind dat de beëindigingsdatum werd gewijzigd van een niet-vaststaande periode van 30 jaar naar een definitieve periode van 37 jaar. Dus zelfs wanneer deze zeer enge uitlegging wordt gevolgd, blijft de kern van de bewering van de Commissie intact. De voorwaarden van de overeenkomst zijn gewijzigd.

64. Ik zou hieraan alleen nog willen toevoegen dat, voor zover er moeilijkheden en vragen bestaan met betrekking tot de juiste bewoordingen en strekking van de verschillende overeenkomsten, ANAS en daarmee de Italiaanse regering de verantwoordelijkheid moet nemen voor de bewoordingen van het overeengekomene. Wanneer er twijfels bestaan, mag een dubbelzinnige tekst niet automatisch in hun voordeel worden uitgelegd.

65. Ik ga nu in op de vraag of de wijzigingen die bij de overeenkomst van 2009 zijn aangebracht als wezenlijk kunnen worden aangemerkt.

Wezenlijke wijzigingen

66. Het Hof heeft een niet-limitatieve lijst opgesteld van omstandigheden en voorwaarden waaronder een wijziging als wezenlijk moet worden beschouwd. Zo heeft het Hof in het arrest presstext Nachrichtenagentur verklaard dat een wijziging als wezenlijk kan worden beschouwd wanneer zij:

- kenmerken vertoont die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst; of
- in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure was genoemd, zou hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; of
- de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of

²⁹ Arrest van 13 januari 2005, Commissie/Spanje (C-84/03, EU:C:2005:14, punt 58).

- het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.³⁰

67. Naar mijn mening zijn in casu twee van de criteria voor een wezenlijke wijziging vervuld die het Hof in het arrest *pressetext Nachrichtenagentur* heeft geformuleerd. De partijen waren duidelijk van plan opnieuw over wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst te onderhandelen. Ze deden dit op een manier die het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigde in het voordeel van de opdrachtnemer.

68. Ik begin met de vraag of de beëindigingsdatum van een overeenkomst kan worden beschouwd als een „wezenlijke voorwaarde van deze overeenkomst” die „het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt”. De betrokken overeenkomsten zijn van toepassing op een concessie voor openbare werken. Hoe langer de concessiehouder die concessie kan exploiteren, hoe meer winst hij kan proberen te behalen als de werken eenmaal voltooid zijn en de aanlegkosten terugverdiend zijn via de tolgelden die worden gerekend voor het gebruik van de autosnelweg.

69. De duur van de tussen partijen overeengekomen looptijd is naar mijn mening duidelijk een wezenlijk aspect van elke overeenkomst die een dergelijke concessie regelt. De exploitatieperiode van 29 jaar in de overeenkomst van 1999 (tot 2028) werd in de overeenkomst van 2009 met 18 jaar verlengd (tot 2046). Dit moet worden beschouwd als een wijziging van de wezenlijke voorwaarden en tegelijkertijd als een wijziging van het economische evenwicht van de overeenkomst in het voordeel van de concessiehouder.

70. Als men de zeer enge benadering volgt en de vaste exploitatieperiode van 37 jaar in de overeenkomst van 2009 dus vergelijkt met de niet-vaststaande exploitatieperiode van 30 jaar in de overeenkomst van 1969, wordt het inderdaad minder gemakkelijk om te bepalen welke van de twee economisch meer in het voordeel van de concessiehouder is.

71. Ik heb echter hierboven uiteengezet waarom ik van mening ben dat de zeer enge uitlegging niet zonder meer steun vindt in de bewoordingen van de overeenkomsten.³¹ Bovendien ben ik, wanneer – zoals in het onderhavige geval – een wijziging plaatsvindt die de overeenkomst *hoe dan ook* fundamenteel wijzigt, van mening dat het aan de Italiaanse regering staat om aan te tonen dat een dergelijke wijziging niettemin *niet* als een „wezenlijke wijziging” in de zin van het arrest *pressetext Nachrichtenagentur* moet worden beschouwd.³² Ik vind niet dat de Italiaanse regering dit hier heeft gedaan.

72. Voorts zou, mocht het Hof tot de slotsom komen dat enkel het eerste deel van de autosnelweg (ongeveer 36 kilometer) voorwerp van een wezenlijke wijziging was, de bewering van de Commissie voor dat deel onverminderd bewezen zijn.

73. Het is mijns inziens niet van belang dat het eerste stuk van de autosnelweg slechts 15 % uitmaakte van een grotere contractuele verbintenis om 240 kilometer autosnelweg aan te leggen. Dat doet niet af aan de vaststelling dat de verplichtingen tot openbare aanbesteding niet zijn nagekomen.

74. Ik kom bijgevolg tot de slotsom dat de overeenkomst van 2009 een wezenlijke wijziging vormde van de al bestaande contractuele regelingen en dus openbaar aanbesteed had moeten worden.

30 Arrest van 19 juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, punten 34-37). Die zaak had betrekking op de toepassing van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB 1992, L 209, blz. 1), maar ik zie geen goede reden om een ander criterium toe te passen met betrekking tot „wezenlijke wijziging” in de context van richtlijn 2004/18. Zie ook arresten van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, EU:C:2000:543, punt 46), en 11 juli 2013, Commissie/Nederland (C-576/10, EU:C:2013:510, punt 46).

31 Zie punten 63 en 64 supra.

32 Arrest van 19 juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, punten 34-37).

75. Ik ga nu in op de vraag of de Italiaanse regering zich kan beroepen op gronden die haar van die verplichting vrijstellen.

Vrijstellingsgronden

76. De Italiaanse regering heeft verwezen naar feitelijke en juridische elementen van na 1969, met name externe ontwikkelingen waarover SAT geen controle had, die hebben bijgedragen aan de vertraging bij de aanleg van de autosnelweg en dus aan de vertraging van de mogelijkheid om de concessie te exploiteren. De Italiaanse regering betoogt dat een verlenging van de looptijd van de exploitatie noodzakelijk was om „het evenwicht van de overeenkomst te waarborgen”. Zij betoogt dat als de looptijd van de exploitatie niet was verlengd, dat evenwicht zou zijn ondermijnd.

77. Ik verwerp dit betoog om twee redenen.

78. In de eerste plaats heeft het Hof reeds duidelijk verklaard dat „noch het feit dat een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van een overheidsopdracht niet is gemotiveerd door de bewuste wil van de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver om opnieuw te onderhandelen over de voorwaarden van deze opdracht, maar door hun wil om een schikking te vinden voor objectieve problemen die bij de uitvoering van die opdracht zijn gerezen, noch het objectief onzekere karakter van sommige prestaties, kunnen rechtvaardigen dat tot deze wijziging wordt besloten zonder eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling, dat ten gunste moet komen van alle marktdeelnemers die potentieel in een overheidsopdracht zijn geïnteresseerd”³³.

79. In de tweede plaats blijkt uit de feiten die ik hierboven heb samengevat³⁴ dat de verträgen bij de aanleg van de autosnelweg voornamelijk te wijten waren aan bepaalde wetgevingsinitiatieven van de Italiaanse regering zelf. Wat ook de redenen kunnen zijn geweest voor de invoering van de betrokken wetgeving, het feit blijft dat de Italiaanse regering een uitdrukkelijke keuze heeft gemaakt door wetgeving aan te nemen die rechtstreeks van invloed was op het vermogen van SAT om de autosnelweg aan te leggen en te exploiteren volgens het oorspronkelijk geplande schema.

80. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat „een lidstaat zich [...] niet op praktische of administratieve moeilijkheden kan beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van door een richtlijn voorgeschreven verplichtingen of termijnen. Hetzelfde geldt voor financiële moeilijkheden; de lidstaten dienen deze met passende maatregelen te overwinnen”³⁵. De Italiaanse regering mag dan misschien volstrekt geldige redenen hebben gehad om maatregelen te nemen die gevolgen hadden voor de eerder gegunde concessieovereenkomst voor openbare werken en wellicht de impact van die wetgeving op SAT hebben willen verzachten, zij kon dit dus niet doen zonder rekening te houden met het Unierecht inzake overheidsopdrachten.

81. De Italiaanse regering betoogt verder dat het ontbreken van een openbare aanbesteding in 2009 (waardoor van het beginsel van gelijke behandeling is afgeweken) kan worden gerechtvaardigd door verwijzing naar het recht van SAT om zich te beroepen op de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen.

³³ Arrest van 7 september 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punt 32).

³⁴ Zie punten 21-23 supra.

³⁵ Arrest van 18 oktober 2012, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-301/10, EU:C:2012:633, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

82. Met dit argument lijkt de Italiaanse regering zich te baseren op een lezing a contrario van het arrest *Promoimpresa e.a.*, waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[d]e in de hoofdgedingen aan de orde zijnde concessies [...] echter verleend [zijn] toen reeds was vastgesteld dat overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang aan een transparantieplichting moesten worden onderworpen, zodat het rechtszekerheidsbeginsel niet kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een door artikel 49 VWEU verboden ongelijke behandeling”³⁶.

83. Zoals ik het begrijp, beroept de Italiaanse regering zich hier op het (onbetwiste) feit dat de overeenkomst van 1969 werd gesloten voordat de Unievoorschriften en beginselen inzake overheidsopdrachten van toepassing werden, waarmee zij betoogt dat deze overeenkomst daarna vrijgesteld moet blijven van toetsing aan het Unierecht. De vraag is echter niet of de overeenkomst uit 1969 voldoet aan de relevante Unieregels, maar of de overeenkomst van 2009 dit doet.³⁷

84. Voorts kan het rechtszekerheidsbeginsel niet, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, „worden aangevoerd om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Het doet dienaangaande niet ter zake dat deze uitbreiding een redelijke oplossing kan vormen ter beëindiging van een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van de overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden”.³⁸ Mijns inziens bestaat er geen reden om dit oordeel niet op de overeenkomst van 1969 toe te passen.

85. De wezenlijke aard van een concessie is dat het grootste deel van het risico bij de concessiehouder moet komen te liggen.³⁹ Anders dan bij andere soorten overeenkomst het geval is, moet de concessiehouder (in casu SAT) dus bij het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst het inherente element van het toekomstige risico aanvaarden. De gewone commerciële voorzichtigheid zal ervoor zorgen dat de noodzaak om een dergelijk risico mee te wegen gevolgen zal hebben voor de bieding en/of de nadere onderhandelingen over de overeenkomst zelf.

86. Er zij op gewezen dat het Hof inderdaad heeft verklaard dat bepalingen in de oorspronkelijke documenten die de gunningsprocedure regelen uitdrukkelijk latere wezenlijke wijzigingen kunnen toelaten.⁴⁰

87. Tegen deze achtergrond had de Italiaanse regering kunnen trachten te betogen dat artikel 2, lid 3, van de overeenkomst van 1999, volgens hetwelk de contractuele voorwaarden voor het tweede en derde deel van de autosnelweg in een later stadium moesten worden overeengekomen, namelijk „wanneer is voldaan aan de juridische en feitelijke voorwaarden voor voortzetting van het bouwprogramma waarvoor een concessie is verleend”, moet worden behandeld als een voorbehoud dat analoog is aan een voorbehoud in de aanbestedingsdocumenten.

88. Mijns inziens kan hiervan om twee redenen geen sprake zijn.

89. Ten eerste *waren* er geen originele „aangebestedingsdocumenten” die voortvloeiden uit een openbare aanbestedingsprocedure, aangezien geen van de betrokken overeenkomsten aan een dergelijke procedure onderworpen werd.

³⁶ Arrest van 14 juli 2016 (C-458/14 en C-67/15, EU:C:2016:558, punt 73).

³⁷ Zie punt 46 supra.

³⁸ Arrest van 14 november 2013, *Belgacom* (C-221/12, EU:C:2013:736, punt 40).

³⁹ Arrest van 10 maart 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (C-274/09, EU:C:2011:130, punten 24-26).

⁴⁰ Arrest van 7 september 2016, *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, punten 36 en 37).

90. Ten tweede moet het recht om een dergelijk voorbehoud te gebruiken als basis voor latere wezenlijke wijzigingen worden beschouwd als een uitzondering op het algemene beginsel dat alle noodzakelijke elementen die voortvloeien uit een openbare aanbestedingsprocedure moeten worden weergegeven in de door de aanbestedende overheidsinstantie opgestelde aanbestedingsdocumenten. Volgens vaste rechtspraak moeten uitzonderingen restrictief worden uitgelegd. Het zou onaanvaardbaar zijn als een overeenkomst die aanvankelijk was vrijgesteld van openbare aanbestedingsverplichtingen later zou kunnen worden „aangevuld” met de invoeging van een voorbehoud dat een wezenlijke wijziging behelst op het moment dat een dergelijke overeenkomst anders onder de Uniewetgeving inzake overheidsopdrachten zou vallen.

91. Als er al van zou worden uitgegaan dat de overeenkomst van 1999 een voorbehoud voor toekomstige wijzigingen bevat, dan nog kan dat voorbehoud dus niet dienen als basis voor de vrijstelling van de overeenkomst van 2009 van de verplichting om te voldoen aan richtlijn 2004/18.

92. Ten slotte kan Italië zich mijns inziens niet beroepen op artikel 61 van richtlijn 2004/18 dat wijzigingen met betrekking tot „aanvullende werken” toelaat. De wezenlijke wijziging tussen 1999 en 2009 betrof niet de omvang van de oorspronkelijke werken die door de concessiehouder zouden worden uitgevoerd, maar de *tijd* die SAT kreeg om na de voltooiing ervan winst hieruit te behalen. Een dergelijke wijziging valt *ratione materiae* niet binnen de werkingssfeer van artikel 61.

93. Naar mijn mening vormde de wijziging van de looptijd van de concessie door artikel 4.1 van de overeenkomst van 2009 een wezenlijke verandering in de zin van het arrest *pressetext Nachrichtenagentur*⁴¹, ongeacht of deze wordt gezien in relatie tot de overeenkomst van 1999 (zoals de Commissie betoogt), dan wel in relatie tot de overeenkomst van 1969 (de door de Italiaanse regering voorgestelde benadering). De sluiting van de overeenkomst van 2009 zonder openbare aanbesteding vormde derhalve een schending van de verplichting tot gelijke behandeling bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2004/18 en de verplichting om de aankondiging betreffende concessieovereenkomsten voor openbare werken bekend te maken bedoeld in artikel 58 van die richtlijn.

Kosten

94. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien ik van mening ben dat het Hof de vordering van de Europese Commissie dient toe te wijzen, dient de Italiaanse Republiek in de kosten te worden verwezen.

Conclusie

95. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

- 1) te verklaren dat de in 2009 ingevoerde verlenging van 2028 tot 2046 van de looptijd van de concessieovereenkomst voor openbare werken voor de aanleg en de exploitatie van de autosnelweg A12 een wijziging was van een wezenlijk aspect van de overeenkomst van 1999 tussen de aanbestedende dienst (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) en de concessiehouder (Società Autostrada Tirrenica) en dat de Italiaanse Republiek, door deze wijziging niet aan een openbare aanbestedingsprocedure te onderwerpen, haar verplichtingen op grond van de artikelen 2 en 58 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd, niet is nagekomen;

⁴¹ Arrest van 19 juni 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, punten 34-37).

2) de Italiaanse Republiek te verwijzen in de kosten.