Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 21 marca 2019 r.[1]

Sprawa C-526/17

Komisja Europejska
przeciwko

Republice Włoskiej

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Dyrektywa 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Koncesja na roboty budowlane – Przedłużenie obowiązującej koncesji na budowę i eksploatację autostrady bez opublikowania ogłoszenia o koncesji

1. W 1969 r. udzielono koncesji na roboty budowlane bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę autostrady między Livorno a Civitavecchią na zachodnim wybrzeżu Włoch. Umowę dotyczącą koncesji zmieniano następnie w 1987 r., 1999 r. i 2009 r. Ani razu kolejnych umów nie poprzedzało przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Komisja Europejska wszczęła przeciwko Republice Włoskiej postępowanie dotyczące uchybienia na podstawie art. 258 TFUE. Komisja uważa, że umowa zawarta w 2009 r. stanowiła istotną zmianę pierwotnej umowy, w związku z czym należało przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE[2]. Republika Włoska kwestionuje to twierdzenie.

Ramy prawne

Prawo Unii

3. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18 definiuje „zamówienia publiczne na roboty budowlane" jako „zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I[3], lub obiektu budowlanego albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą". Artykuł 1 ust. 2 stanowi dalej, że „»obiekt budowlany« oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną".

1 Język oryginału: angielski.

2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114) uchylona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

3 Załącznik I obejmuje „budowę autostrad".

Artykuł 1 ust. 3 definiuje „koncesję na roboty budowlane” jako „umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością”.

4. Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 stanowi, że „[i]nstytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

5. Artykuł 56 stanowi, że przepisy regulujące koncesje na roboty budowlane mają „zastosowanie wobec wszystkich umów dotyczących koncesji na roboty budowlane zawieranych przez instytucje zamawiające, w przypadku gdy ich wartość jest równa lub większa niż 5 150 000 EUR” [4].

6. Artykuł 58 stanowi, że:

„1. Instytucje zamawiające, które pragną udzielić zamówienia publicznego dotyczącego koncesji na roboty budowlane, oznajmiają swój zamiar za pomocą ogłoszenia.

2. Ogłoszenia o koncesjach na roboty budowlane zawierają informacje, o których mowa w załączniku VII C, oraz, w stosownych okolicznościach, wszelkie inne informacje, które instytucja zamawiająca uznaje za przydatne, zgodnie ze standardowymi formularzami przyjętymi przez Komisję w wyniku procedury, o której mowa w art. 77 ust. 2.

3. Ogłoszenia publikowane są zgodnie z art. 36 ust. 2–8.

4. Artykuł 37, dotyczący publikacji ogłoszeń, ma zastosowanie również do koncesji na roboty budowlane”.

7. Artykuł 61 stanowi, że:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania wobec dodatkowych robót budowlanych, nieuwzględnionych ani w pierwotnie rozważanym objętym koncesją projekcie, ani w pierwotnym zamówieniu, które jednak z uwagi na nieprzewidziane wydarzenia stały się niezbędne do wykonania określonego w nich obiektu budowlanego, zleconego koncesjonariuszowi przez instytucję zamawiającą, pod warunkiem że zamówienia udzielono wykonawcy wykonującemu dany obiekt budowlany:

– gdy takie roboty budowlane ze względów technicznych lub ekonomicznych nie mogą zostać oddzielone od pierwotnego zamówienia w sposób nieuciążliwy dla instytucji zamawiających, lub

– gdy takie roboty budowlane mogą zostać oddzielone od wykonania pierwotnego zamówienia, lecz są absolutnie niezbędne do jego zakończenia.

Jednakże łączna wartość zamówień udzielonych na dodatkowe roboty budowlane nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia wyjściowego”.

8. Zgodnie z art. 80 ust. 1 „[p]aństwa członkowskie wprowadzą w życie najpóźniej do dnia 31 stycznia 2006 r. przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy i niezwłocznie powiadomią o tym Komisję”.

4 W wersji zmienionej rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. zmieniającym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE i 2004/18/WE w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. 2007, L 317, s. 34).

Okoliczności faktyczne i postępowanie

Umowa z 1969 r.

9. W dniu 23 października 1969 r. instytucja zamawiająca – Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (zwana dalej „ANAS") – oraz wykonawca – Società Autostrada Tirrenica (zwany dalej „SAT")[5] zawarły umowę w przedmiocie koncesji na roboty budowlane (zwaną dalej „umową z 1969 r.").

10. W art. 1 ust. 1 umowy określono, iż jej przedmiotem jest budowa i eksploatacja autostrady A12 z Livorno (Ceciny) do Civitavecchii (zwanej dalej „autostradą")[6]. W art. 1 ust. 2 doprecyzowano, iż łączna długość autostrady wynosi „około 237 km".

11. W art. 7 stwierdzono, że „koncesja wygasa z końcem trzydziestego roku od momentu, w którym zacznie się eksploatacja całej autostrady; przy czym bez uszczerbku dla zasad określonych w art. 5 ust. 5 i 6 okres ten nie powinien przekroczyć trzydziestego roku od daty, w której ukończono roboty określone w ogólnym planie realizacji robót, o którym mowa w art. 5 ust. 1 i 2".

Umowa z 1987 r.

12. W dniu 14 października 1987 r. strony zawarły kolejną umowę (zwaną dalej „umową z 1987 r."). Według włoskiego rządu umową tą zastąpiono art. 7 umowy z 1969 r. następującym postanowieniem: „okres obowiązywania niniejszej koncesji ustala się na trzydzieści lat od daty otwarcia całości autostrady dla ruchu".

Umowa z 1999 r.

13. W dniu 7 października 1999 r. te same strony zawarły kolejną umowę (zwaną dalej „umową z 1999 r."). Artykuł 2 ust. 1 stanowił, że „niniejsza umowa reguluje stosunki między instytucją udzielającą koncesji a koncesjonariuszem w związku z eksploatacją liczącego 36,6 km odcinka między Livorno a Ceciną, otwartego dla ruchu w dniu 3 lipca 1993 r. i stanowiącego integralną część autostrady A12 Livorno-Civitavecchia, na której budowę i eksploatację koncesji udzielono SAT".

14. Artykuł 2 ust. 3 stanowił, że „gdy warunki prawne i faktyczne dalszego programu budowy, w odniesieniu do którego przyznano koncesję, zostaną spełnione, podpisany zostanie aneks w celu ustalenia ram umownych dotyczących budowy i eksploatacji dwóch kolejnych odcinków: Cecina–Grosseto i Grosseto–Civitavecchia".

15. Artykuł 23 nosił tytuł „Okres obowiązywania koncesji". Stanowił, że „koncesja wygasa w dniu 31 października 2028 r.".

5 Ściśle mówiąc, Morze Tyrreńskie (il mar Tirreno), od którego wykonawca wziął swoją nazwę, jest częścią Morza Śródziemnego przy zachodnim wybrzeżu Włoch, sąsiadującą od południa z Sycylią, od zachodu z Sardynią i Korsyką, a od północy z Elbą, w tym zatoką Follonica. Wody sięgające stamtąd do samego Livorno stanowią część Morza Liguryjskiego. Zobacz strona internetowa Istituto idrografico della Marina (http://www.marina.difesa.it).

6 Termin „autostrada" stosowany w niniejszej opinii zdefiniowano w art. 1 ust. 2 umowy z 1969 r., jako „drogę dwujezdniową, której każda jezdnia mierzy 7,5 m, a oddzielona jest od drugiej pasem rozdzielającym i wzdłuż której biegnie pas awaryjny".

Umowa z 2009 r.

16. W dniu 11 marca 2009 r. te same strony zawarły kolejną umowę (zwaną dalej „umową z 2009 r."). Preambuła tej umowy stanowiła między innymi, iż „w dniu 7 października 1999 r. zawarto nową umowę między ANAS i SAT, zatwierdzoną dekretem z dnia 21 grudnia 1999 r., zarejestrowaną przez trybunał obrachunkowy w dniu 11 kwietnia 2000 r., zastępującą wcześniejszą umowę z dnia 23 października 1969 r. oraz powiązany z nią aneks z dnia 14 października 1987 r., który stanowił między innymi, że koncesja wygasa w dniu 31 października 2028 r.".

17. Artykuł 1 ust. 4 stanowił, że „strony uzgadniają, że nie mają żadnych bieżących ani przyszłych praw, interesów ani roszczeń w odniesieniu do umowy z dnia 7 października 1999 r. lub dowolnego aktu lub środka przyjętego przed zawarciem niniejszej umowy".

18. Artykuł 2 ust. 1 stanowił, że „niniejsza umowa reguluje w pełni i w sposób wyłączny stosunek między instytucją udzielającą koncesji a koncesjonariuszem w kwestii zaprojektowania, budowy i eksploatacji wszystkich obiektów budowlanych uprzednio przydzielonych na mocy umowy dotyczącej koncesji zawartej z ANAS w dniu 7 października 1999 r.: a) A12 Livorno–Cecina (Rosignano) 36,6 km (otwarty dla ruchu w dniu 3 lipca 1993 r.); b) Cecina (Rosignano) – Grosseto, 110,5 km; c) Grosseto–Civitavecchia, 95,5 km, łącznie 242,6 km".

19. Pierwsza część art. 4 ust. 1 stanowiła, że „uwzględniając okresy, gdy zawieszono realizację robót, o których mowa w preambule i art. 143 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, koncesja na ukończenie autostrady Cecina (Rosignano) – Civitavecchia wygasa w dniu 31 grudnia 2046 r.".

20. Druga część art. 4 ust. 1 stanowiła, że „jeżeli instytucja udzielająca koncesji nie zatwierdzi ostatecznego projektu i powiązanego z nim planu gospodarczo-finansowego na realizację odcinka Cecina–Civitavecchia do dnia 31 grudnia 2012 r., strony ustalają gospodarcze i finansowe konsekwencje takiego stanu rzeczy, w tym poniesione koszty inwestycji, poprzez odniesienie do wygaśnięcia koncesji w dacie wskazanej pierwotnie, tj. 31 października 2028 r.".

Postęp robót budowlanych

21. Preambuła umowy z 2009 r. wskazuje, że roboty budowlane na autostradzie zawieszono w wyniku zastosowania art. 11 ustawy nr 287 z dnia 28 kwietnia 1971 r.[7] i art. 18a dekretu z mocą ustawy nr 376 z dnia 13 sierpnia 1975 r.[8], następnie zmienionego w ustawę nr 492 z dnia 16 października 1975 r.[9]. Zawieszenie to zniesiono następnie art. 9 i 14 ustawy nr 531/1982 przyjętej w dniu 12 sierpnia 1982 r.[10].

7 Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (ustawa nr 287 zmieniająca i uzupełniająca przepisy dotyczące autostrad), GURI nr 137 z dnia 1 czerwca 1971 r.

8 Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (dekret z mocą ustawy nr 376 wprowadzający środki ożywienia gospodarczego dla eksportu, robót budowlanych i robót publicznych), GURI nr 218 z dnia 18 sierpnia 1975 r.

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 (ustawa nr 492, przekształcenie w ustawę ze zmianami dekretu z mocą ustawy z dnia 13 sierpnia 1975 r., nr 376, wprowadzającego środki ożywienia gospodarczego dla eksportu, robót budowlanych i robót publicznych), GURI nr 276 z dnia 17 października 1975 r.

10 Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (ustawa nr 531 wprowadzająca plan dziesięcioletni dotyczący rentowności głównych dróg i środków restrukturyzacji w sektorze autostrad), GURI nr 223 z dnia 14 sierpnia 1982 r.

22. Nie budzi kontrowersji, że pierwszy odcinek autostrady obejmujący 36,6 km z Livorno do Ceciny (Rosignano) otwarto dla ruchu w dniu 3 lipca 1993 r. Drugi i trzeci odcinek autostrady, odpowiednio z Ceciny (Rosignano) do Grosseto i z Grosseto do Civitavecchii, nie były w tym czasie wybudowane. Następnie ukończono jedynie niewielkie fragmenty [11].

23. Preambuła umowy z 2009 r. wskazuje ponadto, że roboty budowlane na autostradzie zawieszono ponownie na mocy art. 55 ust. 12 ustawy nr 449 z dnia 27 grudnia 1997 r. [12], a następnie wznowiono ustawą nr 443 z dnia 21 grudnia 2001 r. [13]. Według rządu włoskiego ustawa nr 286 z dnia 24 listopada 2006 r. i ustawa nr 101 z dnia 6 czerwca 2008 r. wymagały, by istniejące umowy w przedmiocie koncesji zostały skonsolidowane. To na tej podstawie uzgodniono umowę z 2009 r.

24. Ani Komisja, ani rząd włoski nie przedstawiły informacji dotyczących kolejnych zmian przepisów włoskich, które mogłyby wpływać na ważność umowy dotyczącej koncesji [14].

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

25. W 2009 r. Komisja otrzymała skargę dotyczącą przedłużenia obowiązywania umowy dotyczącej koncesji na roboty zawartej z SAT (od dnia 31 października 2028 r. do 31 grudnia 2046 r.). Komisja rozpatrzyła skargę, którą zarejestrowano pod numerem 2009/4154. Wymiana korespondencji między Komisją a Włochami świadczy o tym, że Włochy podjęły się skrócenia obowiązywania umowy o trzy lata, do 2043 r., jak również do objęcia wszystkich zamówień na roboty budowlane na autostradzie postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie tego zobowiązania Komisja podjęła decyzję, by nie wszczynać postępowania w odpowiedzi na skargę 2009/4154.

26. Wygląda na to, że SAT przydzielił ok. 30% wartości robót przedsiębiorstwom, nad którymi ma kontrolę, w dwóch transzach wynoszących odpowiednio 34 724 661 EUR i 117 323 225 EUR, odpowiednio w dniach 15 grudnia 2009 r. i 30 marca 2012 r.

27. W dniu 22 kwietnia 2014 r. Komisja wysłała do Włoch pismo, w którym przedstawiła swoje oficjalne stanowisko, iż przedłużając obowiązywanie umowy dotyczącej koncesji poprzez umowę z 2009 r. bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Włochy naruszyły dyrektywę 2004/18, w szczególności jej art. 2 i 58, oraz że art. 61 tej dyrektywy nie miał zastosowania do tych okoliczności.

28. W czerwcu 2014 r. Włochy zaproponowały, że zorganizują przetarg na 70% robót i powtórzyły propozycję skrócenia obowiązywania koncesji o trzy lata.

29. W dniu 17 października 2014 r. Komisja przesłała Włochom uzasadnioną opinię. Odmówiła zgody na to, by 30% robót *nie* było objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Komisja uznała, że przedłużenie obowiązywania umowy do 2046 r. było równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia oraz że „ANAS zawarł umowę z SAT, w której zmieniono datę wygaśnięcia koncesji dla autostrady A12 Civitavecchia–Livorno z dnia 31 października 2028 r. na 31 grudnia 2046 r. bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, dlatego też Republika Włoska nie dotrzymała zobowiązań wynikających z art. 2 i 58 dyrektywy 2004/18/WE”.

11 Zobacz pkt 36 poniżej.

12 Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (ustawa nr 449, wprowadzająca środki służące stabilizacji finansów publicznych), GURI nr 302 z dnia 30 grudnia 1997 r.

13 Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (ustawa nr 443 określająca zadania rządu w zakresie infrastruktury i zakładów produkcyjnych o strategicznym znaczeniu, jak również inne działania w zakresie ożywienia działalności produkcyjnej), GURI nr 299 z dnia 27 grudnia 2001 r.

14 Wygląda na to, że trasa proponowana na budowę tej konkretnej autostrady wzbudziła kontrowersje oraz że podnoszono problemy związane między innymi z oddziaływaniem na środowisko (zob. wikivisually.com). W niniejszej opinii nie włączam się w tę debatę.

30. W odpowiedzi na uzasadnioną opinię Włochy przedstawiły propozycje różnych zobowiązań służących rozwiązaniu sporu z Komisją. Tak więc:

– w dniu 27 października 2014 r. Włochy przesłały Komisji projekt umowy zakładający skrócenie obowiązywania koncesji o trzy lata oraz zobowiązanie do objęcia postępowaniem o udzielenie osobom trzecim zamówienia publicznego 100% robót;

– w dniu 26 czerwca 2015 r. Włochy przesłały Komisji projekt umowy zakładający skrócenie obowiązywania koncesji o sześć lat oraz zobowiązanie do objęcia postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego 100% robót;

– w dniu 22 lipca 2015 r. Włochy przesłały Komisji projekt umowy, w którym zaproponowały skrócenie obowiązywania koncesji z 2046 r. do 2040 r., jak również udzielanie 100% zamówień na roboty budowlane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, SAT zostałby pozbawiony umowy, gdyby nie udzielił zamówienia na roboty osobom trzecim, a data wygaśnięcia koncesji zostałaby przesunięta na 2028 r., jeżeli projekt umowy nie zostałby zatwierdzony do dnia 28 lutego 2017 r.;

– w dniu 24 lipca 2015 r. Włochy przedstawiły dalsze wyjaśnienia co do tego, dlaczego konieczne było wydłużenie obowiązywania umowy, wskazując, iż opóźnienia w robotach spowodowane były między innymi brakiem środków publicznych i obawami dotyczącymi bezpieczeństwa publicznego.

31. W dniu 8 marca 2016 r. Komisja zwróciła się do Włoch o podjęcie wszystkich działań koniecznych do tego, by umowa dotycząca koncesji na roboty budowlane uległa rozwiązaniu do dnia 31 października 2028 r., zgodnie z tym, co przewidywała umowa z 1999 r.

32. W odpowiedzi w dniu 18 listopada 2016 r. Włochy przesłały Komisji dowód w formie aktu notarialnego, z którego wynikało, że SAT zobowiązał się do udzielenia zamówienia na całość robót. Włochy podniosły również możliwość przesunięcia daty wygaśnięcia koncesji z 2046 r. na 2038 r.

Postępowanie przed Trybunałem

33. Komisja uznała odpowiedzi Włoch za nieadekwatne. Z tego względu w dniu 4 września 2017 r. wniosła ona skargę o stwierdzenie uchybienia na podstawie art. 258 TFUE, domagając się stwierdzenia, że „odraczając wygaśnięcie umowy na roboty związane z autostradą A12 Civitavecchia–Livorno do 31 grudnia 2046 r. bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom państwa członkowskiego wynikającym z art. 2 i 58 dyrektywy 2004/18/WE […] z późniejszymi zmianami". Komisja zażądała również, by Trybunał obciążył Republikę Włoską kosztami postępowania.

34. Komisja i rząd włoski przedłożyły stanowiska na piśmie, a ponadto rząd włoski udzielił pisemnej odpowiedzi na pisemne pytanie zadane przez Trybunał, co do której Komisja zgłosiła swoje uwagi.

35. Pytanie dotyczyło inwestycji dokonanych już przez SAT w budowę autostrady oraz inwestycji przewidzianych do 2028 r., wraz z łączną kwotą inwestycji, z której, jak utrzymywano, SAT nie uzyskałby odpowiedniego zwrotu, gdyby koncesja wygasła w 2028 r. W odpowiedzi z dnia 3 października 2018 r. udzielonej Trybunałowi rząd włoski wyjaśnił, iż:

(i) Między 2009 r. a 2017 r. SAT zainwestował 253,136 mln EUR w dwa odcinki autostrady z Ceciny (Rosignano) do San Pietro in Palazzi i z Tarquinia Sud do Civitavecchii – obydwa otwarte już dla ruchu.

(ii) W planie gospodarczo-finansowym z 2011 r. opartym na umowie z 2009 r. prognozowano, że SAT zainwestuje 3411,7 mln EUR, by ukończyć autostradę do 2028 r., z czego kwota 253,136 mln EUR, o której mowa powyżej, dotyczyła robót planowanych na okres od 2009 do 2015 r. Gdyby umowa została rozwiązana w 2028 r., SAT nie zarobiłby prognozowanego 1135,7 mln EUR w okresie od 2028 do 2046 r.

(iii) W planie gospodarczo-finansowym z 2016 r. opartym na zobowiązaniach proponowanych przez Włochy Komisji w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi ogólna kwota inwestycji dokonanych przez SAT do 2023 r. miała wynieść 1400 mln EUR. Ponieważ 253,136 mln EUR już zainwestowano, do zainwestowania pozostało jeszcze 1146,86 mln EUR. Gdyby umowa została rozwiązana w 2028 r., SAT nie zyskałby prognozowanej kwoty 505,185 mln EUR w latach 2028–2038 (rok 2038 jest jedną z dat wygaśnięcia koncesji proponowaną przez Włochy w ramach postępowania poprzedzającego wniesienie skargi) [15].

36. W swoich uwagach z dnia 25 października 2018 r. przedstawionych w odniesieniu do tej odpowiedzi pisemnej Komisja zauważyła, że ramy czasowe dla inwestycji podane przez rząd włoski nie odpowiadają ramom czasowym określonym w pytaniu Trybunału. Komisja zauważyła też, że według własnej strony internetowej SAT odcinek autostrady z Ceciny (Rosignano) do San Pietro w Palazii otwarto w 2012 r., a odcinek z Tarquinia Sud do Civitavecchii w 2016 r. Komisja zauważyła, że całkowity ukończony obecnie odcinek wynosił 54,6 km. Oznaczało to dodatkowe 18 km względem 36,6 km ukończonych w 1993 r. Wreszcie Komisja zauważyła, że według doniesień prasowych rząd włoski zarzucił dalsze prace nad planowaną autostradą w 2017 r., decydując się zamiast tego na konserwację istniejących dróg [16].

37. Podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 12 grudnia 2018 r., Włochy i Komisja przedłożyły swoje uwagi i odniosły się do pytań Trybunału.

Uwagi wstępne

W przedmiocie możliwości stosowania dyrektywy 2004/18

38. Włochy kwestionują możliwość zastosowania dyrektywy 2004/18 do umowy pierwotnie zawartej w 1969 r., a więc przed wypracowaniem orzecznictwa lub istotnego prawa wtórnego dotyczącego zamówień publicznych.

39. Nie podzielam wątpliwości Włoch. Chociaż pierwotna umowa może pozostawać poza zakresem przepisów o zamówieniach publicznych, nie oznacza to, iż wszystkie zmiany tej umowy również pozostają poza ich zakresem.

40. W sprawie Belgacom [17] Trybunał orzekł, że „zasada pewności prawa, która jest ogólną zasadą prawa Unii, może uzasadnić przestrzeganie skutków prawnych porozumienia, nawet jeżeli zasada ta dotyczy porozumienia zawartego przed orzeczeniem Trybunału w przedmiocie skutków prawa pierwotnego wobec tego typu porozumień, które później okazują się sprzeczne z niektórymi z tych skutków”.

15 Zobacz pkt 30 powyżej.

16 Komisja odwołała się do artykułu opublikowanego w *Il Fatto Quotidiano* z dnia 15 kwietnia 2017 r., który załączyła do swoich uwag.

17 Wyrok z dnia 14 listopada 2013 r., C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo.

41. W związku z powyższym, choć Trybunał ustalił również, że podstawowe zasady zamówień publicznych mają w pewnych okolicznościach zastosowanie do umów formalnie wyłączonych z zakresu unijnych przepisów o zamówieniach publicznych [18], tego rodzaju podstawowe zasady (w tym przypadku w szczególności zasady równego traktowania i przejrzystości) nie mogą mieć zastosowania do umowy zawartej, zanim dane zasady zostały ustanowione przez Trybunał.

42. Pierwszym unijnym instrumentem prawnym regulującym przyznawanie koncesji na roboty budowlane była dyrektywa Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r., która zmieniała dyrektywę 71/305/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane [19]. Dyrektywę tę należało transponować do dnia 19 lipca 1990 r. [20]. Rozumie się samo przez się, iż nie mogła ona mieć zastosowania do umowy z 1969 r.

43. Niemniej jednak Trybunał stwierdził również, że gdy umowa została zawarta przed przyjęciem przepisów unijnych o zamówieniach publicznych, a więc pozostaje ona poza zakresem tych przepisów zarówno ze względu na przedmiot, jak i czas, wszelkie istotne zmiany umowy należy rozważać w świetle przepisów unijnych obowiązujących w chwili zmiany. W szczególności, jeżeli zamiarem stron jest renegocjowanie istotnych warunków umowy, zastosowanie unijnych przepisów o zamówieniach publicznych może być uzasadnione. W postępowaniu o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego (takim jak niniejsze) ciężar dowodu spoczywa na Komisji [21].

44. Bezsporne jest, że umowa, której dotyczy sprawa, wchodzi w zakres definicji koncesji na roboty budowlane z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2004/18. W sposób oczywisty przekracza ona również wartość progową określoną w art. 56 dyrektywy z późniejszymi zmianami. W związku z powyższym również umowa z 2009 r. ze względu na przedmiot wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2004/18, jak również jest nią objęta w świetle przesłanki czasowej.

45. Wynika z tego, że wszelkie zmiany dokonywane umową z 2009 r. należy oceniać na podstawie dyrektywy 2004/18. Jak wyjaśnił Trybunał w wyroku wydanym w sprawie pressetext Nachrichtenagentur [22], kwestią decydującą jest to, czy zmiana może być uznana za „istotną".

46. Zauważam też, że choć można zadać pytanie, czy umowy z 1987 r. i 1999 r. są zgodne z przepisami unijnymi dotyczącymi zamówień publicznych, nie ma podstaw, aby Trybunał odnosił się do tych pytań w niniejszej sprawie. Komisja zakwestionowała wyłącznie zgodność z prawem Unii umowy z 2009 r. W związku z powyższym w niniejszej opinii w razie potrzeby odwołam się do wcześniejszych umów i dokonam ich wykładni jedynie w zakresie, w jakim może to przyczynić się do zrozumienia, czy umowa z 2009 r. wprowadziła istotne zmiany stosunku umownego między ANAS a SAT.

Ocena prawna

Twierdzenia Komisji

47. W niniejszym postępowaniu to na Komisji spoczywa ciężar udowodnienia podnoszonych zarzutów [23]. Ważne jest zatem doprecyzowanie skargi, jaką Komisja wnosi przeciwko Włochom.

18 Zobacz w związku z zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r., Telaustria i Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, pkt 60.

19 Dz.U. 1989, L 210, s. 1. Dyrektywa 71/305 została następnie zastąpiona dyrektywą Rady 93/37/EWG dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54), która z kolei została zastąpiona dyrektywą 2004/18.

20 Zobacz art. 3 dyrektywy 89/440.

21 Wyrok z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Francja, C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 41–45.

22 Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, EU:C:2008:351; zob. dalej pkt 66 i nast. poniżej.

23 Zobacz między innymi wyroki: z dnia 25 maja 1982 r., Komisja/Niderlandy, 96/81, EU:C:1982:192, pkt 6; z dnia 11 lipca 2018 r., Komisja/Belgia, C-356/15,EU:C:2018:555, pkt 25.

48. Komisja uważa, że Włochy poprzez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu dokonania istotnej zmiany w umowie naruszyły art. 2 i 58 dyrektywy 2004/18 [24]. Podstawa faktyczna tego zarzutu jest stosunkowo zwięzła, a mianowicie: umową z 2009 r. przesunięto koniec obowiązywania koncesji na roboty budowlane z 2028 r., a więc terminu ustalonego w umowie z 1999 r., na 2046 r. Rząd włoski krytykuje prostotę tego zarzutu. W jego ocenie data 2028 r. ustalona w umowie z 1999 r. dotyczyła wyłącznie jednego odcinka autostrady, podczas gdy okres obowiązywania dla pozostałych odcinków miał być określony w późniejszym terminie. Rząd włoski mimo wszystko zgadza się, że umowa z 2009 r. określa, iż cała koncesja na autostradę wygasa w 2046 r.

49. Nie uważam, aby argument rządu włoskiego wpływał na dopuszczalność skargi Komisji. Stanowisko Komisji zostało zakomunikowane wyraźnie, przez co rząd włoski miał możliwość przygotować obronę w odniesieniu do „przepisów wspólnotowych obowiązujących w chwili upływu terminu wyznaczonego przez Komisję danemu państwu członkowskiemu na zastosowanie się do uzasadnionej opinii” [25].

50. Trybunał nie może przejść do analizy zarzutów naruszeń, dopóki nie będzie dysponował jasnym obrazem istniejących ustaleń umownych. Konieczne jest zatem przeanalizowanie zakresu pierwotnej umowy z 1969 r., w szczególności daty jej rozwiązania, którą w niej ustalono, a następnie zmian wprowadzanych kolejnymi umowami.

Wykładnia umów

51. Artykuł 7 umowy z 1969 r. przewiduje w odniesieniu do koncesji ruchomy termin do 30 lat, począwszy od ukończenia całej autostrady z Livorno do Civitavecchii. Termin ten zmieniono umową z 1987 r. w taki sposób, by wyznaczał on okres dokładnie 30 lat, a nie do 30 lat.

52. Czy określenie jednoznacznej daty rozwiązania (w 2028 r.) w umowie z 1999 r. ma zastosowanie do całej umowy (wykładnia „szeroka”) czy jedynie do pierwszego odcinka z Livorno do Ceciny (Rosignano), który został otwarty dla ruchu w 1993 r., a który obejmował jedynie 36,6 km z planowanych 240 km całej autostrady (wykładnia „wąska”)? Chociaż normalnie nie powinno być wątpliwości co do daty rozwiązania umowy, tutaj występuje wątpliwość co do tego, jakie aspekty umowy z 1969 r. były objęte nową datą rozwiązania.

53. Rząd włoski preferuje wykładnię wąską, natomiast Komisja – szeroką.

54. Na korzyść wykładni wąskiej przemawia fakt, iż art. 2 ust. 1 umowy z 1999 r. wprost stanowi, że umowa ma zastosowanie wyłącznie do pierwszego odcinka autostrady z Livorno do Ceciny, natomiast art. 2 ust. 3 stanowi, że należy uzgodnić warunki konieczne dla pozostałych dwóch odcinków autostrady, gdy dojdzie do przyjęcia przepisów umożliwiających dalsze prowadzenie robót na tych odcinkach. Wykładnia ta prowadzi zatem do wniosku, że umowa z 1999 r. dotyczy wyłącznie pierwszego odcinka autostrady, a nie całej trasy.

55. Za szerszą wykładnią przemawia fakt, iż art. 23 umowy z 1999 r. stanowi, że koncesja dobiega końca w 2028 r. bez wyraźnego rozróżnienia na poszczególne odcinki autostrady. Wydaje się to potwierdzać preambuła umowy z 2009 r., w której wyjaśniono, że umowy z 1969 r. i 1987 r., które miały zastosowanie do całej autostrady bez rozróżnienia, miały być zmienione umową z 1999 r. w taki sposób, żeby koncesja kończyła się w 2028 r. [26].

24 Zobacz pkt 27 powyżej.

25 Wyrok z dnia 9 listopada 1997 r., Komisja/Włochy, C-365/97, EU:C:1999:544, pkt 32.

26 Zobacz pkt 16 powyżej.

56. W drugiej części art. 4 ust. 1 umowy z 2009 r. wprost stwierdzono, że „pierwotna" data końcowa – 2028 r. – ma zastosowanie do pozostałych odcinków od Ceciny (Rosignano) do Civitavecchii [27]. Pierwsza część art. 4 ust. 1 umowy z 2009 r. również stanowi, że nowa data rozwiązania umowy – 2046 r. – ma zastosowanie bez rozróżnienia na poszczególne odcinki autostrady [28].

57. Wreszcie odpowiedź rządu włoskiego na pytanie Trybunału, a także uwagi Komisji w tej kwestii dobitnie wskazują, że roboty nad pozostałymi odcinkami autostrady rozpoczęto przed zawarciem umowy z 2009 r. Fakt ten przemawia przeciwko przychyleniu się ku wąskiej wykładni.

58. Preferuję zatem szerszą wykładnię umowy z 1999 r. postulowaną przez Komisję i uważam, że art. 23 umowy z 2009 r. zmienił datę wygaśnięcia koncesji dla całej autostrady z 2028 r., ustalonego w umowie z 1999 r., na 2046 r.

59. Niemniej jednak nawet jeżeli preferowana miałaby być węższa wykładnia, zwracam uwagę, że umową z 2009 r. zmieniono datę rozwiązania umowy również w odniesieniu do drugiego i trzeciego odcinka autostrady. Można to wywieść z art. 2 ust. 3 umowy z 1999 r., który stanowił, że warunki dla drugiego i trzeciego odcinka autostrady mają być ustalone w późniejszej dacie.

60. Na tej podstawie daty rozwiązania określone w umowach z 1969 r. i 1987 r. nie miały już zastosowania do żadnej części autostrady. W związku z powyższym ustalenie daty rozwiązania umowy z 2009 r. stanowiło zmianę również odnośnie do drugiego i trzeciego odcinka autostrady.

61. W tym miejscu przypomnę, że twierdzenie, jakoby istniejących wcześniej umów nie można było kwestionować na podstawie późniejszych przepisów lub później ustalonych zasad prawa, należy postrzegać jako wyjątek, który zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału powinno się interpretować w sposób ścisły [29]. Zatem po tym, jak umowę z 1969 r. zmieniono umową z 1999 r., nie można było jej następnie zmienić z powrotem na bardziej korzystną zgodnie z pierwotną umową.

62. Uznaję zatem, że po tym, jak rząd włoski zmienił umowy z 1969 r. i 1987 r. umową z 1999 r. poprzez zapis, iż warunki mają być ustalone na późniejszym etapie, nie może on argumentować, iż warunki te, określone w umowie z 2009 r., odpowiadają mniej więcej warunkom pierwotnym z umów z 1969 r. i 1987 r. i z tego względu powinny być wyłączone z obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

63. Jednakże nawet gdyby przyjąć „bardzo wąskie" podejście, w myśl którego ustalenia zawarte w umowie z 2009 r. odnośnie do drugiego i trzeciego odcinka autostrady są porównywane wyłącznie z warunkami określonymi w umowach z 1969 r. i 1987 r., nie zmienia to faktu, że datę wygaśnięcia zmieniono z ruchomego terminu 30 lat na jednoznaczny okres 37 lat. Zatem nawet przy bardzo wąskiej wykładni istota zarzutu Komisji pozostaje nienaruszona. Warunki umowy uległy zmianie.

64. Dodam jedynie, że w zakresie, w jakim istnieją trudności i brak pewności co do właściwego brzmienia poszczególnych umów oraz ich znaczenia, ANAS, a poprzez niego i włoski rząd, muszą wziąć odpowiedzialność za treść umowy, która została ustalona. W razie wątpliwości tekst niejednoznaczny nie powinien być automatycznie interpretowany na ich korzyść.

65. Przejdę teraz do kwestii, czy zmiany wprowadzone umową z 2009 r. można uznać za istotne.

27 Zobacz pkt 20 powyżej.

28 Zobacz pkt 19 powyżej.

29 Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r., Komisja/Hiszpania, C-84/03, EU:C:2005:14, pkt 58.

Istotne zmiany

66. Trybunał ustalił niewyczerpującą listę okoliczności i warunków, w których zmianę należy postrzegać jako istotną. Trybunał orzekł zatem w sprawie pressetext Nachrichtenagentur, że zmianę można uznać za istotną, gdy:

– charakteryzuje się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym może wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia; lub

– gdyby była wprowadzona w pierwotnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pozwoliłaby na dopuszczenie lub wybranie innych oferentów; lub

– rozszerza w znaczącym stopniu zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były nim objęte; lub

– zmienia równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnym zamówieniu [30].

67. W mojej ocenie spełniono tu dwa kryteria istotnej zmiany, określone przez Trybunał w sprawie pressetext Nachrichtenagentur. Strony w sposób wyraźny zamierzały renegocjować zasadnicze warunki umowy. Czyniły to w sposób, który zmienił równowagę ekonomiczną na korzyść wykonawcy.

68. Zacznę od kwestii, czy data rozwiązania umowy może być uznana za „istotny warunek umowy" oraz za warunek, który „zmienia równowagę ekonomiczną". Sporne umowy są umowami koncesji na roboty budowlane. Im dłużej koncesjonariusz może korzystać z koncesji, tym bardziej może liczyć na czerpanie zysków po ukończeniu robót i odzyskaniu kosztów budowy poprzez pobór opłat za użytkowanie autostrady.

69. Czas obowiązywania umowy wynegocjowany przez strony stanowi w moim przekonaniu bardzo istotny aspekt wszelkich umów regulujących tego rodzaju koncesję. 29-letni okres eksploatacji z umowy z 1999 r. (do 2028 r.) przedłużono o dodatkowe 18 lat w umowie z 2009 r. (do 2046 r.). Należy postrzegać to jako zmianę istotnych warunków, a jednocześnie korzystną dla koncesjonariusza zmianę w równowadze ekonomicznej umowy.

70. Prawdą jest, że jeżeli przyjąć bardzo wąskie podejście, a następnie porównać 37 lat okresu eksploatacji przewidziane w umowie z 2009 r. z ruchomym okresem eksploatacji wynoszącym 30 lat przewidzianym w umowie z 1969 r., ustalenie, które z tych dwóch rozwiązań jest korzystniejsze dla koncesjonariusza pod względem ekonomicznym, staje się trudniejsze.

71. Przedstawiłam jednakże powyżej przyczyny, dla których uważam, że bardzo wąska wykładnia nie znajduje bezpośredniego potwierdzenia w treści umów [31]. Co więcej, jeżeli – jak w tym przypadku – występuje zmiana, która *z dowolnej perspektywy* fundamentalnie zmienia umowę, to uważam, iż do rządu włoskiego należy wykazanie, że zmiany tej *nie* należy mimo wszystko postrzegać jako „istotnej zmiany" w znaczeniu wyroku pressetext Nachrichtenagentur [32]. Nie uważam, aby rząd włoski w tej sprawie tego dokonał.

30 Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34–37. Sprawa ta dotyczyła zastosowania dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1), ale nie widzę powodu, by stosować inne kryterium „istotnej zmiany" w kontekście dyrektywy 2004/18. Zobacz również wyroki: z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Francja, C-337/98,EU:C:2000:543, pkt 46; z dnia 11 lipca 2013 r., Komisja/Niderlandy, C-576/10, EU:C:2013:510, pkt 46.

31 Zobacz pkt 63, 64 powyżej.

32 Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34–37.

72. Co więcej, gdyby Trybunał stwierdził, że istotnej zmianie poddano tylko pierwszy odcinek autostrady (liczący ok. 36 km), zarzuty Komisji pozostałyby zasadne dla tego odcinka.

73. Nie uznaję za znaczące, że pierwszy odcinek autostrady stanowił zaledwie 15% większego zobowiązania umownego obejmującego budowę 240 km autostrady. Nie może to wpłynąć na ustalenie, że nie przestrzegano obowiązków w zakresie zamówień publicznych.

74. W związku z powyższym uważam, że umowa z 2009 r. stanowiła istotną zmianę istniejących wcześniej ustaleń umownych i że powinna ona podlegać postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

75. Przejdę teraz do pytania, czy rząd włoski może powołać się na jakąkolwiek podstawę zwalniającą ją z tego obowiązku.

Podstawy zwolnienia

76. Rząd włoski powołał się na przesłanki faktyczne i prawne, które występowały od 1969 r., konkretnie zaś na zdarzenia zewnętrzne pozostające poza kontrolą SAT, które miały wpływ na opóźnienia w budowie autostrady, a zatem na możliwość korzystania z koncesji. Rząd włoski argumentuje, że przedłużenie okresu eksploatacji było konieczne w celu „zagwarantowania równowagi umowy". Twierdzi on, że gdyby okres eksploatacji nie został wydłużony, podważałoby to ową równowagę.

77. Odrzucam ten argument z dwóch względów.

78. Po pierwsze Trybunał wyjaśnił już, „że ani okoliczność polegająca na tym, iż istotna zmiana warunków zamówienia nie wynikała z żywionego przez strony świadomego zamiaru ponownego negocjowania jego warunków, ale z ich woli zawarcia ugody w celu zaradzenia obiektywnym trudnościom napotkanym przy wykonaniu umowy, ani – obiektywnie rzecz biorąc – losowy charakter wykonania niektórych elementów zamówienia nie mogą uzasadniać wprowadzenia tej zmiany z pominięciem zasady równego traktowania, która winna obejmować wszystkie podmioty, które mogłyby być zainteresowane tym zamówieniem" [33].

79. Po drugie z okoliczności faktycznych, które streściłam powyżej [34], wynika jasno, że opóźnienia w budowie autostrady były w pierwszej kolejności spowodowane pewnymi inicjatywami ustawodawczymi podejmowanymi przez sam rząd włoski. Niezależnie od przyczyn wprowadzania danych przepisów, faktem jest, że rząd włoski dokonał wprost wyboru, przyjmując przepisy, które bezpośrednio wpłynęły na SAT i jego możliwość budowy i eksploatacji autostrady zgodnie z pierwotnie planowanym harmonogramem.

80. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że „państwo członkowskie nie może powoływać się na trudności praktyczne lub administracyjne w celu uzasadnienia niedotrzymania obowiązków i terminów ustanowionych w dyrektywie. To samo dotyczy trudności finansowych, które państwa członkowskie muszą pokonać, podejmując odpowiednie środki" [35]. W związku z powyższym, chociaż rząd włoski mógł mieć całkowicie uzasadnione powody do przyjęcia środków, które wpłynęły na udzieloną wcześniej koncesję na roboty budowlane i chociaż rząd włoski może chcieć złagodzić oddziaływanie tych przepisów na SAT poprzez przedłużenie okresu eksploatacji, nie może uczynić tego, ignorując unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych.

33 Wyrok z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, pkt 32.

34 Zobacz pkt 21–23 powyżej.

35 Wyrok z dnia 18 października 2012 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo, C-301/10, EU:C:2012:633, pkt 66 i przytoczone tam orzecznictwo.

81. Rząd włoski argumentuje ponadto, że brak postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w 2009 r. (a więc odstępstwo od zasady równego traktowania) można uzasadniać poprzez odwołanie się do prawa SAT do powołania się na zasady pewności prawa i uzasadnionych oczekiwań.

82. Podnosząc te argumenty, rząd włoski zdaje się polegać na argumencie *a contrario* wywiedzionym z orzeczenia Trybunału w sprawie Promoimpresa i in., w którym Trybunał orzekł, iż „[k]oncesji będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym udzielono jednak w momencie, gdy ustalono już, że umowy mające niewątpliwe znaczenie transgraniczne powinny podlegać obowiązkowi przejrzystości, z uwagi na co nie można powołać się na zasadę pewności prawa w celu uzasadnienia odmiennego traktowania zabronionego na podstawie art. 49 TFUE” [36].

83. Jak rozumiem, rząd włoski opiera się tu na (bezspornym) fakcie, iż umowę z 1969 r. zawarto, zanim zaczęły mieć zastosowanie unijne przepisy i zasady dotyczące zamówień publicznych, by podnieść, że umowa ta powinna zatem być zwolniona z analizy dokonywanej w świetle prawa Unii. Pytanie jednak nie dotyczy tego, czy umowa z 1969 r. jest zgodna z odpowiednimi przepisami prawa Unii, tylko czy zgodna jest z nimi umowa z 2009 r. [37].

84. Co więcej, jak słusznie zauważyła Komisja, nie można powoływać się na zasadę pewności prawa, aby „rozszerzyć porozumienie sprzecznie z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, a także z wynikającym z nich obowiązkiem przejrzystości. Nie ma znaczenia w tym względzie, że to rozszerzenie może stanowić racjonalne rozwiązanie odpowiednie do zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, z przyczyn całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu wiążącego je porozumienia” [38]. W mojej ocenie nie ma podstaw, by nie zastosować tego stwierdzenia do umowy z 1969 r.

85. Sam charakter koncesji polega na tym, że większość ryzyka musi przejść na koncesjonariusza [39]. Zatem w przeciwieństwie do innych rodzajów zamówień koncesjonariusz (tutaj SAT) musi zaakceptować przy zawieraniu pierwotnej umowy nieodzowny element przyszłego ryzyka. Zwykła ostrożność handlowa będzie gwarantować, że potrzeba uwzględnienia takiego ryzyka wpłynie na proponowaną ofertę lub szczegółowe negocjacje dotyczące zamówienia.

86. Należy zauważyć, że Trybunał faktycznie orzekł, iż postanowienia zawarte w pierwotnej dokumentacji zamówienia odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą wprost zezwalać na istotne zmiany dokonywane na późniejszym etapie [40].

87. W tym kontekście włoski rząd mógł podnosić, że art. 2 ust. 3 umowy z 1999 r., w myśl którego warunki umowne dotyczące drugiego i trzeciego odcinka autostrady mają być określone na późniejszym etapie, „gdy warunki prawne i faktyczne dalszego programu budowy, w odniesieniu do którego przyznano koncesję, zostaną spełnione”, należy uważać za zastrzeżenie analogiczne względem zastrzeżenia w dokumentacji zamówienia.

88. W mojej opinii nie może tak być z dwóch przyczyn.

89. Po pierwsze nie *było* pierwotnej „dokumentacji zamówienia” wynikającej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ żadna z umów, których dotyczy sprawa, nie była objęta tego rodzaju postępowaniem.

36 Wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 73.

37 Zobacz pkt 46 powyżej.

38 Wyrok z dnia 14 listopada 2013 r., Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 40.

39 Wyrok z dnia 10 marca 2011 r., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, pkt 24–26.

40 Wyrok z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, pkt 36, 37.

90. Po drugie prawo do skorzystania z takiego zastrzeżenia jako podstawy do dalszej istotnej zmiany należy postrzegać jako wyjątek od ogólnej zasady, że wszystkie konieczne elementy wynikające z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być odzwierciedlone w dokumentacji zamówienia sporządzonej przez zamawiającą instytucję publiczną. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyjątkom należy nadać wykładnię zawężającą. Niedopuszczalne byłoby, gdyby umowa – pierwotnie wyłączona z wymogów dotyczących zamówień publicznych – mogła być później „uzupełniana" poprzez włączenie zastrzeżenia wprowadzającego istotną zmianę w momencie, podczas gdy w przeciwnym razie umowa taka podlegałaby wymogom dotyczącym zamówień publicznych przewidzianych prawem Unii.

91. Zatem nawet gdyby interpretować umowę z 1999 r. jako zawierającą zastrzeżenia co do przyszłych zmian, zastrzeżenia te nie mogą służyć jako podstawa zwolnienia umowy z 2009 r. z wymogu zgodności z dyrektywą 2004/18.

92. Wreszcie nie uważam, aby Włochy mogły powołać się na art. 61 dyrektywy 2004/18, który zezwala na dokonanie zmian odnośnie do „dodatkowych robót budowlanych". Istotne zmiany między 1999 r. a 2009 r. nie dotyczyły zakresu pierwotnych robót budowlanych, które miały być zrealizowane przez koncesjonariusza, ale *czasu*, przez jaki SAT miał czerpać z nich zysk po ich ukończeniu. Tego rodzaju zmiana nie wchodzi w zakres przedmiotowy art. 61.

93. W mojej ocenie zmiana okresu obowiązywania koncesji wprowadzona przez art. 4 ust. 1 umowy z 2009 r. stanowiła istotną zmianę według definicji z wyroku pressetext Nachrichtenagentur[41], niezależnie od tego, czy rozważać ją w związku z umową z 1999 r. (jak argumentuje Komisja) czy w związku z umową z 1969 r. (co proponuje rząd włoski). Zawarcie umowy z 2009 r. bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiło zatem uchybienie obowiązkowi równego traktowania przewidzianemu w art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz obowiązkowi opublikowania ogłoszenia o zamówieniu określonemu w art. 58.

Koszty

94. Zgodnie z art. 138 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Jako że uważam, że Trybunał powinien uwzględnić żądania Komisji Europejskiej, Republika Włoska powinna zostać obciążona kosztami.

Wnioski

95. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał:

1) orzekł, iż wydłużenie obowiązywania koncesji na roboty budowlane z 2028 r. do 2046 r. w odniesieniu do budowy i eksploatacji autostrady A12 wprowadzone w 2009 r. stanowiło zmianę istotnego aspektu umowy z 1999 r. zawartej między instytucją zamawiającą (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) a koncesjonariuszem (Società Autostrada Tirrenica); oraz że poprzez nieprzeprowadzenie w związku z tą zmianą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Republika Włoska uchybiła zobowiązaniom wynikającym z art. 2 i 58 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, z późniejszymi zmianami;

2) obciążył Republikę Włoską kosztami postępowania.

41 Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34–37.