



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 21. marca 2019¹

Zadeva C-526/17

**Evropska komisija
proti**

Italijanski republik

„Neizpolnitev obveznosti države članice – Direktiva 2004/18/ES o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev – Koncesije za javne gradnje – Podaljšanje obstoječe koncesije za gradnjo in upravljanje avtoceste brez objave obvestila o razpisu“

1. Leta 1969 je bila oddana koncesijska pogodba za javne gradnje brez postopka javnega naročanja za gradnjo avtoceste med Livornom in Civitavecchio na zahodni obali Italije. Ta koncesija je bila pozneje spremenjena z nadaljnimi pogodbami leta 1987, 1999 in 2009. Pred sklenitvijo nadaljnje pogodbe ni bil nikoli opravljen postopek javnega naročanja.

2. Evropska komisija je proti Italijanski republik zdaj začela postopek za ugotavljanje kršitev na podlagi člena 258 PDEU. Meni, da je pogodba, sklenjena leta 2009, pomenila bistveno spremembo prvotne pogodbe in da bi bilo zato treba izvesti postopek javnega naročanja v skladu z Direktivo 2004/18/ES.² Italijanska republika izpodbija to trditev.

Zakonodajni okvir

Pravo Unije

3. Člen 1(2) Direktive 2004/18 opredeljuje „javna naročila gradenj“ kot „javna naročila, katerih predmet je bodisi izvedba bodisi izvedba in projektiranje gradenj, povezanih z eno od dejavnosti v skladu s pomenom iz Priloge I,³ ali gradnja ali izvedba neke gradnje s katerimi koli sredstvi, ki ustrezajo zahtevam naročnika“. Člen 1(2) poleg tega določa, da „gradnja“ pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije“. Člen 1(3) opredeljuje „koncesijo za javne gradnje“ kot „naročilo enake vrste kakor javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je razlog za izvedbo gradenj bodisi samo pravica do koriščenja gradnje ali ta pravica skupaj s plačilom“.

4. Člen 2 Direktive 2004/18 določa, da morajo „[n]aročniki [...] obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno“.

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132), zdaj razveljavljena z Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju (UL 2014, L 94, str. 65).

³ Priloga I vključuje „gradnjo avtocest“.

5. Člen 56 določa, da se pravila, ki urejajo koncesije za javne gradnje, uporabljajo „za vse koncesije za javna naročila gradenj, ki jih sklenejo naročniki, če je vrednost naročil enaka 5.150.000 EUR ali večja“.⁴

6. Člen 58 določa:

„1. Naročniki, ki želijo oddati koncesijo za javno naročilo gradenj, mora[jo] objaviti svojo namero z javnim razpisom.

2. Obvestila o koncesiji za javne gradnje mora vsebovati informacije iz Priloge VII C in, če je to primerno, katero koli drugo informacijo, za katero naročnik meni, da je koristna, v skladu s standardnimi obrazci, ki jih je Komisija sprejela v skladu s postopkom iz člena 77(2).

3. Javni razpis se mora objaviti v skladu s členom 36(2) do (8).

4. Člen 37, ki zadeva objavo javnih razpisov, se uporablja tudi za koncesije za javne gradnje.“

7. Člen 61 določa:

„Ta direktiva se ne sme uporabljati za dodatne gradnje, ki niso vključene v prvotno obravnavani koncesionarski projekt ali v prvotno naročilo, vendar so zaradi nepredvidljivih okoliščin postale potrebne za izvedbo naročila gradenj, ki jih je naročnik podelil koncesionarju, pod pogojem, da se naročilo odda gospodarskemu subjektu, ki izvaja te gradnje: – če teh dodatnih gradenj ni mogoče tehnično ali ekonomsko ločiti od prvotnega naročila, ne da bi to naročnikom povzročilo resne težave, ali – če so te gradnje, čeprav bi se lahko ločile od izvajanja prvotnega naročila, nujno potrebne za dokončanje tega naročila. Vendar skupna vrednost naročil, oddanih za dodatne gradnje, ne sme presežati 50 % zneska prvotne koncesijske pogodbe za gradnje.“

8. Člen 80(1) določa, da morajo „[d]ržave članice [...] sprejeti zakone, podzakonske akte in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo[,] najpozneje do 31. januarja 2006“.

Dejanski in postopkovni okvir

Pogodba iz leta 1969

9. Naročnik Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (v nadaljevanju: ANAS) in gospodarski subjekt Società Autostrada Tirrenica (v nadaljevanju: SAT)⁵ sta 23. oktobra 1969 sklenila koncesijsko pogodbo za javno naročilo gradenj (v nadaljevanju: pogodba iz leta 1969).

10. V členu 1(1) je bil cilj te pogodbe opisan kot gradnja in upravljanje avtoceste A12 od Livorna (Cecina) do Civitavecchie (v nadaljevanju: avtocesta).⁶ V členu 1(2) je bila določena skupna dolžina avtoceste „približno 237 km“.

⁴ Kakor je bil spremenjen z Uredbo Komisije (ES) št. 1422/2007 z dne 4. decembra 2007 o spremembi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede njihovih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil (UL 2007, L 317, str. 34).

⁵ Strogo gledano je Tirensko morje (il mar Tirreno), iz katerega je gospodarski subjekt izpeljal svoj naziv, del Sredozemskega morja ob zahodni italijanski obali, ki na jugu sega do Sicilije, na zahodu do Sardinije in Korzike in na severu do Elbe, vključno s Folloneškim zalivom. Vode od tam do Livorna so del Ligurskega morja. Glej spletno stran Istituto idrografico della Marina (<http://www.marina.difesa.it>).

⁶ Izraz „avtocesta“, kot se uporablja v teh sklepnih predlogih, je v členu 1(2) pogodbe iz leta 1969 opredeljen kot „cesta z dvema smernima voziščema širine 7,5 metrov, ločenima z ločilnim pasom in obdanima z odstavnim pasom“.

11. Člen 7 je določal, da „koncesija preneha veljati ob koncu tridesetega leta od začetka uporabe celotne avtoceste; vsekakor pa to obdobje, brez poseganja v določbe člena 5(5) in (6), ne sme preseči tridesetega leta od datuma, ko je bila končana gradnja, opisana v splošnem načrtu izvajanja gradnje, ki je naveden v členu 5(1) in (2)“.

Pogodba iz leta 1987

12. Isti stranki sta 14. oktobra 1987 sklenili novo pogodbo („pogodba iz leta 1987“). Po navedbah italijanske vlade je bil s to pogodbo člen 7 pogodbe iz leta 1969 nadomeščen z naslednjo določbo: „Trajanje te koncesije je trideset let od datuma, ko je celotna avtocesta odprta za promet.“

Pogodba iz leta 1999

13. Isti stranki sta 7. oktobra 1999 sklenili novo pogodbo („pogodba iz leta 1999“). Njen člen 2(1) je določal, da „ta sporazum med koncedentom in koncesionarjem ureja obratovanje 36,6-kilometrskega odseka med Livornom in Cecino, ki je bil za promet odprt 3. julija 1993 in je sestavni del avtoceste A12 Livorno-Civitavecchia, za katero je bila koncesija za gradnjo in upravljanje dodeljena družbi S.A.T.“

14. Člen 2(3) je določal še, da „ko bodo izpolnjeni pravni in dejanski pogoji za nadaljevanje programa gradnje, za katerega je bila dodeljena koncesija, se bo sklenil dodatek za vzpostavitev pogodbenega okvira za gradnjo in obratovanje še dveh odsekov: Cecina – Grosseto in Grosseto – Civitavecchia“.

15. Člen 23 je bil naslovljen „Trajanje koncesije“. Določal je, da „koncesija preneha 31. oktobra 2028“.

Pogodba iz leta 2009

16. Isti stranki sta 11. marca 2009 znova sklenili novo pogodbo („pogodba iz leta 2009“). V uvodnih izjavah te pogodbe je bilo med drugim navedeno, da je bil 7. oktobra 1999 med družbama ANAS in SAT sklenjen nov sporazum, potrjen z odlokom z dne 21. decembra 1999, ki je bil registriran pri Računskem sodišču 11. aprila 2000, s katerim je bil nadomeščen prejšnji sporazum z dne 23. oktobra 1969 in povezani dodatek z dne 14. oktobra 1987 ter ki med drugim določa, da koncesija preneha 31. oktobra 2028.

17. Člen 1(4) je določal, da „[se] stranke [...] strinjajo, da nimajo nobenih pravic, interesov ali zahtevkov, dejanskih ali pričakovanih, v zvezi s sporazumom z dne 7. oktobra 1999 ali katerim koli drugim aktom ali listino, ki je bila sprejeta pred sklenitvijo tega sporazuma“.

18. Člen 2(1) je določal, da „ta enotni sporazum v celoti in izključno ureja razmerje med koncedentom in koncesionarjem, kar zadeva načrtovanje, gradnjo in obratovanje vseh gradenj, ki so bile prej vključene v koncesijsko pogodbo, ki je bila z družbo ANAS sklenjena 7. oktobra 1999: (a) A12 Livorno – Cecina (Rosignano) 36,6 km (odprta za promet 3. julija 1993); (b) Cecina (Rosignano) – Grosseto, 110,5 km; (c) Grosseto – Civitavecchia, 95,5 km, skupaj 242,6 km“.

19. Prvi del člena 4(1) je določal, da „ob upoštevanju obdobj, v katerih je bilo izvajanje gradenj prekinjeno, kot je navedeno v preambuli in členu 143 zakonske uredbe št. 163/2006, koncesija za dokončanje avtoceste Cecina (Rosignano) – Civitavecchia preneha 31. decembra 2046“.

20. Drugi del člena 4(1) je določal, da „če koncedent ne odobri končnega projekta ter ustreznega ekonomskega in finančnega načrta (EFP) za izvedbo odseka Cecina – Civitavecchia do 31. decembra 2012, stranke ugotovijo ekonomske in finančne posledice tega, vključno z nastalimi investicijskimi stroški, ob upoštevanju prenehanja koncesije na prvotno določen datum, to je 31. oktobra 2028“.

Potek gradbenih del

21. Iz uvodnih izjav pogodbe iz leta 2009 je razvidno, da so bila gradbena dela na avtocesti ustavljena na podlagi člena 11 zakona št. 287 z dne 28. aprila 1971⁷ in člena 18a uredbe-zakona št. 376 z dne 13. avgusta 1975,⁸ ki je bila kasneje potrjena v zakon št. 492 z dne 16. oktobra 1975.⁹ Ta ustavitev je bila kasneje preklicana s členoma 9 in 14 zakona št. 531/1982, sprejetega 12. avgusta 1982.¹⁰

22. Ni sporno, da je bil prvi odsek avtoceste v dolžini 36,6 km od Livorna do Cecine (Rosignano) odprt za promet 3. julija 1993. Drugi in tretji odsek avtoceste, od Cecine (Rosignano) do Grosseta ter od Grosseta do Civitavecchie, v tistem času nista bila zgrajena. Kasneje so bili dokončani le krajši odseki.¹¹

23. Iz uvodnih izjav pogodbe iz leta 2009 je dalje razvidno, da so bila gradbena dela na avtocesti ponovno ustavljena na podlagi člena 55(12) zakona št. 449 z dne 27. decembra 1997¹² in da je bila ta ustavitev preklicana z zakonom št. 443 z dne 21. decembra 2001.¹³ Po navedbah italijanske vlade se je z zakonom št. 286 z dne 24. novembra 2006 in zakonom št. 101 z dne 6. junija 2008 poleg tega zahtevalo, da se obstoječe koncesijske pogodbe konsolidirajo. Na tej podlagi je bila sklenjena pogodba iz leta 2009.

24. Niti Komisija niti italijanska vlada nista predložili informacij o kakršnih koli poznejših spremembah italijanske zakonodaje, ki bi lahko vplivale na veljavnost koncesijske pogodbe.¹⁴

Predhodni postopek

25. Komisija je leta 2009 prejela pritožbo glede podaljšanja trajanja (do 31. decembra 2046 namesto do 31. oktobra 2028) koncesijske pogodbe za gradnje, ki je bila dodeljena družbi SAT. Komisija je obravnavala to pritožbo, ki jo je registrirala pod številko 2009/4154. Iz izmenjave sporočil med Komisijo in Italijo je razvidno, da se je Italija zavezala, da bo to obdobje skrajšala za tri leta do leta 2043 in da bo za dodelitev vseh gradbenih del na avtocesti uporabila postopek javnega naročanja. Komisija se je na podlagi te zaveze odločila, da ne bo nadaljevala postopka v zvezi s pritožbo št. 2009/4154.

26. Zdi se, da je družba SAT približno 30 % vrednosti gradenj dodelila podjetjem pod svojim nadzorom, in sicer v dveh sklopih v skupnem znesku 34.724.661 EUR oziroma 117.332.225 EUR 15. decembra 2009 oziroma 30. marca 2012.

7 Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (zakon št. 287 o spremembah in dopolnitvah zakonodaje o avtocestah), GURI št. 137 z dne 1. junija 1971.

8 Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (uredba-zakon št. 376 o ukrepih za oživitve gospodarstva, ki se nanašajo na izvoz, gradbeništvo in javne gradnje), GURI št. 218 z dne 18. avgusta 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 (potrditev v zakon, s spremembami, uredbe-zakona št. 376 z dne 13. avgusta 1975 o ukrepih za oživitve gospodarstva, ki se nanašajo na izvoz, gradbeništvo in javne gradnje), GURI št. 276 z dne 17. oktobra 1975.

10 Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (zakon št. 531 o desetletnem načrtu za gradnjo glavnega cestnega omrežja in ukrepih za prestrukturiranje v avtocestnem sektorju), GURI št. 223 z dne 14. avgusta 1982.

11 Glej točko 36 spodaj.

12 Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (zakon št. 449 o ukrepih za stabilizacijo javnih financ), GURI št. 302 z dne 30. decembra 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 (zakon št. 443 o pooblastilih vlade v zvezi s strateško infrastrukturo in proizvodnimi zmogljivostmi ter drugimi posegi za oživitve proizvodne dejavnosti), GURI št. 299 z dne 27. decembra 2001.

14 Zdi se, da je trasa, predlagana za gradnjo te avtoceste, sprožila polemike in da so se pojavila vprašanja, ki se med drugim nanašajo na njen vpliv na okolje (glej wikivisually.com). Te razprave v teh sklepnih predlogih ne obravnavam.

27. Komisija je 22. aprila 2014 Italiji poslala dopis, v katerem je navedla svoje uradno stališče, da je Italija s podaljšanjem koncesijske pogodbe s pogodbo iz leta 2009 brez izvedbe postopka javnega naročanja kršila Direktivo 2004/18, zlasti njena člena 2 in 58, ter da se člen 61 te direktive ne uporablja za zadevne okoliščine.

28. Italija je junija 2014 predlagala, da objavi javni razpis za 70 % gradenj, in ponovno ponudila skrajšanje trajanja koncesije za tri leta.

29. Komisija je 17. oktobra 2014 Italiji poslala obrazloženo mnenje. Ni se strinjala, da se 30 % gradenj *ne* bi vključilo v postopek javnega naročanja. Komisija je menila, da je podaljšanje koncesije do leta 2046 enakovredno podelitvi nove koncesije in da „je družba ANAS sporazum z družbo SAT, s katerim se je datum izteka koncesije za avtocesto A12 Civitavecchia – Livorno premaknil z 31. oktobra 2028 na 31. decembra 2046, sklenila brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu, zato je Italijanska republika kršila obveznosti iz členov 2 in 58 Direktive 2004/18/ES“.

30. Po prejemu obrazloženega mnenja je Italija predlagala različne zaveze za rešitev spora med njo in Komisijo. In sicer:

- 27. oktobra 2014 je Italija Komisiji poslala osnutek pogodbe s triletnim skrajšanjem trajanja in zavezo, da bo 100 % gradenj prek javnega razpisa ponudila tretjim osebam;
- 26. junija 2015 je Italija Komisiji poslala osnutek pogodbe s šestletnim skrajšanjem trajanja in zavezo, da bo 100 % gradenj dodelila prek javnega razpisa;
- 22. julija 2015 je Italija Komisiji poslala osnutek pogodbe, v katerem je predlagala skrajšanje trajanja do leta 2040 namesto do leta 2046 in zavezo, da bo 100 % gradenj dodelila po postopku javnega naročanja. Poleg tega bi bila družbi SAT koncesija odvzeta, če teh gradenj ne bi dodelila tretjim osebam, datum prenehanja koncesije pa bi se premaknil na leto 2028, če osnutek pogodbe ne bi bil odobren do 28. februarja 2017;
- Italija je 24. julija 2015 predložila dodatna pojasnila, zakaj naj bi bilo nujno podaljšati trajanje, in navedla, da so pri gradnji nastale zamude med drugim zaradi pomanjkanja javnih sredstev in pomislekov glede javne varnosti.

31. Komisija je 8. marca 2016 Italiji naložila, da mora sprejeti vse potrebne ukrepe, da bo koncesijska pogodba za javno naročilo gradenj prenehala 31. oktobra 2028, kot je bilo prej določeno s pogodbo iz leta 1999.

32. Italija je 18. novembra 2016 v odgovoru Komisiji poslala dokazila v obliki notarskega zapisa v smislu, da se je družba SAT obvezala, da bo z razpisi oddala vse gradnje. Italija je omenila tudi možnost premika datuma prenehanja koncesije z leta 2046 na leto 2038.

Sodni postopek

33. Komisija je menila, da ti odgovori Italije niso ustrezni. Zato je 4. septembra 2017 začela postopek za ugotavljanje kršitev na podlagi člena 258 PDEU, pri čemer je predlagala, naj se ugotovi, da je „Italijanska republika s tem, da je datum izteka koncesije gradenj v zvezi z avtocesto A12 Civitavecchia-Livorno podaljšala do 31. decembra 2046, ne da bi objavila obvestilo o javnem naročilu, kršila obveznosti, ki jih ima v skladu s členoma 2 in 58 Direktive 2004/18/ES [...], kakor je bila spremenjena“. Predlagala je tudi, naj se Italijanski republiki naloži plačilo stroškov postopka.

34. Komisija in italijanska vlada sta predložili pisna stališča, poleg tega pa je italijanska vlada na pisno vprašanje Sodišča vložila pisni odgovor, v zvezi s katerim je Komisija predložila svoja stališča.

35. To vprašanje se je nanašalo na vlaganja, ki jih je družba SAT že opravila v zvezi z gradnjo avtoceste, in pričakovana vlaganja do leta 2028, skupaj s celotno vrednostjo naložbe, za katero je bilo zatrjevano, da družba SAT zanjo ne bi prejela primerne donosa, če bi koncesija prenehala leta 2028. Italijanska vlada je v odgovoru Sodišču z dne 3. oktobra 2018 pojasnila, da:

- (i) je družba SAT med letoma 2009 in 2017 vložila 253.136 milijonov EUR v odseka avtoceste od Cecine (Rosignano) do San Pietra in Palazzi ter od Tarquine Sud do Civitavecchie, ki sta bila odprta za promet;
- (ii) je bilo v ekonomskem in finančnem načrtu iz leta 2011, ki temelji na pogodbi iz leta 2009, predvideno, da bo družba SAT vložila 3411,7 milijona EUR za dokončanje avtoceste do leta 2028, pri čemer 253,136 milijona EUR, navedenih zgoraj, predstavlja dela, načrtovana za obdobje 2009–2015. Če bi koncesija prenehala leta 2028, družba SAT v obdobju od leta 2028 do 2046 ne bi zaslužila predvidenih 1135,7 milijona EUR;
- (iii) so v ekonomskem in finančnem načrtu iz leta 2016, ki temelji na zavezah, ki jih je Italija predlagala Komisiji v predhodnem postopku, skupna vlaganja, ki naj bi jih družba SAT opravila do leta 2023, znašala 1400 milijonov EUR. Ker je bilo 253,136 milijona EUR že vloženi, na bi bilo vloženi še 1146,86 milijona EUR. Če bi koncesija prenehala leta 2028, družba SAT ne bi zaslužila predvidenih 505,185 milijona EUR med letoma 2028 in 2038 (to je bil eden od datumov izteka koncesije, ki jih je Italija predlagala v predhodnem postopku).¹⁵

36. Komisija je v svojih stališčih z dne 25. oktobra 2018 o tem pisnem odgovoru poudarila, da se časovni okvir za naložbe, ki ga je uporabljala italijanska vlada, ne ujema s časovnim okvirom, ki je bil naveden v vprašanju sodišča. Komisija je navedla še, da je bil po podatkih s spletišča družbe SAT avtocestni odsek od Cecine (Rosignano) do San Pietra in Palazzi odprt leta 2012, tisti od Tarquine Sud do Civitavecchie pa leta 2016. Komisija je opozorila, da je bilo navedeno, da je skupna dolžina odseka do takrat dokončane avtoceste 54,6 km. To je poleg 36,6 km, ki so bili dokončani leta 1993, pomenilo dodatnih 18 km. Nazadnje je Komisija navedla, da je po poročanju časopisov italijanska vlada v letu 2017 opustila nadaljnjo gradnjo načrtovane avtoceste in se namesto tega raje odločila obnoviti obstoječe ceste.¹⁶

37. Na obravnavi, ki je bila 12. decembra 2018, sta Italija in Komisija predložili dodatna stališča in odgovorili na vprašanja Sodišča.

Uvodne ugotovitve

Uporaba Direktive 2004/18

38. Italija izpodbija uporabo Direktive 2004/18 za pogodbo, ki je bila prvotno sklenjena leta 1969, pred nastankom kakršne koli sodne prakse ali upoštevne sekundarne zakonodaje o javnem naročanju.

39. Z dvomom Italije se ne strinjam. Čeprav prvotna pogodba sama morda ne spada na področje uporabe pravil o javnem naročanju, iz tega ne izhaja, da morajo vse spremembe pogodbe ravno tako ostati zunaj področja uporabe pravil o javnem naročanju.

¹⁵ Glej točko 30 zgoraj.

¹⁶ Komisija se je sklicevala na članek iz časopisa *Il Fato quotidiano* z dne 15. aprila 2017, ki ga je priložila svojim stališčem.

40. V sodbi Belgacom¹⁷ je Sodišče razsodilo, da „načelo pravne varnosti, ki je splošno načelo prava Unije, upravičuje to, da se pravni učinki pogodbe spoštujejo, tudi – kolikor to narekuje to načelo – v primeru, ko je bila pogodba sklenjena, preden se je Sodišče izreklo o vplivu primarnega prava glede tovrstnih pogodb, in se je v zvezi z njo naknadno izkazalo, da je v nasprotju s tem vplivom“.

41. Zato se, čeprav je Sodišče odločilo tudi, da se temeljna načela javnega naročanja v določenih okoliščinah uporabljajo za pogodbe, ki so izvzete s področja zakonodaje Unije o javnem naročanju,¹⁸ takšna temeljna načela (tu zlasti načeli enakega obravnavanja in preglednosti) ne morejo uporabiti za pogodbo, ki je bila sklenjena, preden je Sodišče določilo obravnavana načela.

42. Prvi pravni instrument EU, ki ureja oddajo koncesij za javne gradnje, je bila Direktiva Sveta 89/440/EGS z dne 18. julija 1989 o spremembi Direktive 71/305/EGS o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj.¹⁹ To direktivo je bilo treba prenesti do 19. julija 1990.²⁰ Zato se očitno ne more uporabljati za pogodbo iz leta 1969.

43. Vendar pa je Sodišče odločilo tudi, da kadar je bila pogodba sklenjena pred sprejetjem zakonodaje Unije o javnem naročanju in zato *ratione materiae* in *temporis* ne spada na področje uporabe te zakonodaje, se morajo vse bistvene spremembe pogodbe obravnavati ob upoštevanju zakonodaje Unije, ki velja v času spremembe. Uporaba pravil javnega naročanja Unije je zlasti upravičena takrat, ko je namen pogodbenih strank ponovno pogajanje o bistvenih pogojih naročila. V postopku za ugotavljanje kršitev (kot je ta) Komisija nosi dokazno breme.²¹

44. Ni sporno, da zadevno naročilo spada pod opredelitev koncesije za javne gradnje iz člena 1(3) Direktive 2004/18. Prav tako jasno presega mejno vrednost iz člena 56 Direktive, kakor je bila spremenjena. Zato pogodba iz leta 2009 tudi *ratione materiae* spada na področje uporabe Direktive 2004/18, s katero je zajeta *ratione temporis*.

45. Iz tega izhaja, da je treba vse spremembe, ki so določene s pogodbo iz leta 2009, presoditi na podlagi Direktive 2004/18. Kot je Sodišče pojasnilo v sodbi *pressetext Nachrichtenagentur*,²² je odločilno vprašanje, ali se sprememba lahko šteje za „bistveno“.

46. Poudarjam tudi, da bi se bilo mogoče vprašati, ali sta bili pogodbi iz let 1987 in 1999 v skladu z zakonodajo Unije o javnem naročanju, toda v obravnavani zadevi Sodišče nima podlage za obravnavo tega vprašanja. Komisija je izpodbijala le skladnost pogodbe iz leta 2009 s pravom Unije. Zato se bom v teh sklepnih predlogih sklicevala na prejšnji pogodbi in ju po potrebi razlagala, le če lahko prispevata k razumevanju tega, ali je bilo s pogodbo iz leta 2009 pogodbeno razmerje med družbama ANAS in SAT bistveno spremenjeno.

17 Sodba z dne 14. novembra 2013 (C-221/12, EU:C:2013:736, točka 40 in navedena sodna praksa).

18 V zvezi z načelom prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva glej sodbo z dne 7. decembra 2000, *Telaustria in Telefonadress* (C-324/98, EU:C:2000:669, točka 60).

19 UL 1989, L 210, str. 1. Direktiva 71/305 je bila pozneje nadomeščena z Direktivo Sveta 93/37/EGS o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163), ki jo je nadomestila Direktiva 2004/18.

20 Glej člen 3 Direktive 89/440.

21 Sodba z dne 5. oktobra 2000, Komisija/Francija (C-337/98, EU:C:2000:543, točke od 41 do 45).

22 Sodba z dne 19. junija 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351); glej tudi točko 66 in naslednje spodaj.

Pravna presoja

Trditve Komisije

47. V teh postopkih Komisija nosi breme dokazovanja vsake trditve, ki jo navaja.²³ Zato je pomembno pojasniti trditve, ki jih Komisija uveljavlja proti Italiji.

48. Komisija trdi, da je Italija kršila člena 2 in 58 Direktive 2004/18, ker ni izvedla postopka javnega naročanja, da bi bistveno spremenila naročilo.²⁴ Dejanska podlaga za to trditev je sorazmerno jedrnata, in sicer, da je bilo s pogodbo iz leta 2009 trajanje koncesije za javne gradnje podaljšano do leta 2046 namesto do leta 2028, kar je bil končni datum iz pogodbe iz leta 1999. Italijanska vlada graja lahkotnost te trditve. Po njenem mnenju se je leto 2028, ki je bilo določeno s pogodbo iz leta 1999, navezovalo le na en avtocestni odsek, medtem ko naj bi se za ostale odseke trajanje določilo pozneje. Italijanska vlada se kljub temu strinja, da je s pogodbo iz leta 2009 sedaj za celotno koncesijo za avtocesto določeno trajanje do leta 2046.

49. Menim, da ta trditev italijanske vlade ne vpliva na dopustnost trditev Komisije. Komisija je jasno sporočila svoje stališče, s čimer je italijanski vladi omogočila, da pripravi svojo obrambo glede na „zakonodajo Skupnosti, ki je veljala ob koncu roka, ki ga je Komisija določila zadevni državi članici za uskladitev z obrazloženim mnenjem“.²⁵

50. Sodišče lahko opravi pravno analizo navedb o kršitvah, šele ko ima jasen pregled nad sprejetimi pogodbenimi ureditvami. Zato je treba analizirati področje uporabe izvirne pogodbe iz leta 1969 in zlasti trenutek prenehanja, ki je bil v njej določen, ter nato obravnavati spremembe, ki so bile uvedene z naslednjimi pogodbami.

Razlaga pogodb

51. Člen 7 pogodbe iz leta 1969 je za koncesijo določal spremenljivo obdobje do 30 let z začetkom ob končanju celotne avtoceste od Livorna do Civitavecchie. Ta rok je bil v pogodbi iz leta 1987 spremenjen v obdobje točno 30 let namesto do 30 let.

52. Ali se je določitev dokončnega trenutka prenehanja (2028) v pogodbi iz leta 1999 uporabljala za celotno naročilo („široka“ razlaga) ali le za prvi odsek avtoceste od Livorna do Cecine (Rosignano), ki je bil za promet odprt leta 1993, vendar je obsegal le 36,6 kilometra od načrtovanih 240 kilometrov celotne avtoceste („ozka“ razlaga)? Medtem ko običajno ne bi smelo biti nobenega dvoma o datumu prenehanja pogodbe, obstaja dvom o tem, na katere vidike pogodbe iz leta 1969 se je nanašal ta nov trenutek prenehanja.

53. Italijanska vlada podpira ozko razlago, Komisija pa široko razlago.

54. V prid ozki razlagi govori dejstvo, da člen 2(1) pogodbe iz leta 1999 izrecno navaja, da se pogodba uporablja samo za prvi odsek avtoceste od Livorna do Cecine, medtem ko člen 2(3) navaja, da je treba pogoje, ki so potrebni za preostala dva odseka avtoceste, dogovoriti, ko bo sprejeta zakonodaja, ki bo omogočila nadaljevanje gradnje teh odsekov. Ta razlaga zato privede do sklepa, da se pogodba iz leta 1999 uporablja samo za prvi odsek avtoceste, ne za celotno traso.

²³ Glej med drugim sodbi z dne 25. maja 1982, Komisija/Nizozemska (96/81, EU:C:1982:192, točka 6), in z dne 11. julija 2018, Komisija/Belgija (C-356/15, EU:C:2018:555, točka 25).

²⁴ Glej točko 27 zgoraj.

²⁵ Sodba z dne 9. novembra 1997, Komisija/Italija (C-365/97, EU:C:1999:544, točka 32).

55. V prid širši razlagi govori dejstvo, da člen 23 pogodbe iz leta 1999 določa, da koncesija preneha leta 2028, pri čemer očitno ne ločuje med različnimi odseki avtoceste. Videti je, da to podpirajo uvodne izjave pogodbe iz leta 2009, v katerih je pojasnjeno, da naj bi bili pogodbi iz let 1969 in 1987, ki sta se nanašali na celotno avtocesto brez razlik, spremenjeni s pogodbo iz leta 1999, tako da bo koncesija prenehala leta 2028.²⁶

56. V drugem delu člena 4(1) pogodbe iz leta 2009 je izrecno navedeno, da se „prvotni“ končni datum leta 2028 uporablja za preostala odseka od Cecine (Rosignano) do Civitavecchie.²⁷ Prvi del člena 4(1) pogodbe iz leta 2009 določa tudi nov datum prenehanja v letu 2046, ravno tako brez razlikovanja med različnimi odseki avtoceste.²⁸

57. Nazadnje, odgovor italijanske vlade na vprašanje Sodišča in stališča Komisije o tem odgovoru so jasno pokazali, da se je gradnja preostalih odsekov avtoceste začela pred sklenitvijo pogodbe iz leta 2009. To dejstvo nasprotuje temu, da bi se dala prednost ozki razlagi.

58. Zato sem naklonjena široki razlagi pogodbe iz leta 1999, ki jo je predstavila Komisija, in menim, da je člen 23 pogodbe iz leta 2009 spremenil datum prenehanja koncesije za celotno avtocesto iz leta 2028, kakor je bil določen s pogodbo iz leta 1999, na leto 2046.

59. Vendar tudi če bi se dala prednost ožji razlagi, opozarjam, da je bil s pogodbo iz leta 2009 datum prenehanja spremenjen tudi za drugi in tretji odsek avtoceste. Lahko bi se štelo, da to temelji na členu 2(3) pogodbe iz leta 1999, v kateri je bilo določeno, da se pogoji za drugi in tretji odsek avtoceste določijo pozneje.

60. Na tej podlagi naj se datumi prenehanja, ki so določeni v pogodbah iz let 1969 in 1987, od takrat ne bi več uporabljali za noben del avtoceste. Določitev datuma prenehanja v pogodbi iz leta 2009 je v skladu s tem pomenila spremembo tudi za drugi in tretji odsek avtoceste.

61. Tu ponavljam, da je treba stališče, da se že obstoječa pogodba ne more izpodbijati na podlagi poznejše zakonodaje ali na podlagi pozneje uvedenih pravnih načel, obravnavati kot izjemo, ki jo je treba v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča razlagati ozko.²⁹ To pomeni, da čim je bila pogodba iz leta 1969 spremenjena s pogodbo iz leta 1999, te pozneje ni bilo mogoče spremeniti nazaj na ugodnejše pogoje, ki so v skladu z izvirno pogodbo.

62. Zato menim, da je italijanska vlada pogodbi iz leta 1969 in 1987 spremenila s pogodbo iz leta 1999 – tako da je določila, da se pogoji dogovorijo pozneje – zato sedaj ne more trditi, da se ti pogoji, ki so določeni v pogodbi iz leta 2009, bolj ali manj ujemajo s prvotnimi pogoji iz pogodb iz let 1969 in 1987 ter da bi zato morali biti izvzeti iz obveznosti javnega naročanja.

63. Vendar tudi če bi se sprejel pristop, ki bi se ga lahko štelo za „zelo ozek“, tako da bi se uredite v pogodbi iz leta 2009 v zvezi z drugim in tretjim odsekom avtoceste primerjala samo s pogoji, ki so bili določeni v pogodbah iz let 1969 in 1987, ostaja dejstvo, da je bil datum prenehanja spremenjen tako, da je bilo spremenljivo 30-letno obdobje spremenjeno v dokončno 37-letno obdobje. Tudi če bi se uporabila ta zelo ozka razlaga, ostaja bistvo navedb Komisije nedotaknjeno. Pogoji naročila so bili spremenjeni.

²⁶ Glej točko 16 zgoraj.

²⁷ Glej točko 20 zgoraj.

²⁸ Glej točko 19 zgoraj.

²⁹ Sodba z dne 13. januarja 2005, Komisija/Španija (C-84/03, EU:C:2005:14, točka 58).

64. Dodajam le še to, da morata družba ANAS in prek nje italijanska vlada – če obstajajo težave in nejasnosti glede pravnega besedila v različnih pogodbah in njihovega pomena – prevzeti odgovornost za pogodbeno besedila, ki so bila dogovorjena. Če obstaja dvom, se dvomno besedilo ne sme samodejno razlagati v njuno korist.

65. Zdaj bom obravnavala vprašanje, ali se spremembe, ki jih je uvedla pogodba iz leta 2009, lahko označijo za bistvene.

Bistvene spremembe

66. Sodišče je določilo neizčrpen seznam okoliščin in pogojev, pri katerih se sprememba obravnava kot bistvena. Sodišče je tako v sodbi pressetext Nachrichtenagentur odločilo, da se sprememba lahko šteje za bistveno, če:

- bistveno spreminja določbe prvotnega naročila in zato izkazuje željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih pogojev tega naročila; ali
- bi v primeru, da bi bila uvedena v postopku prvotne oddaje, omogočala, da bi bili sprejeti oziroma izbrani drugi ponudniki; ali
- močno razširi naročilo na storitve, ki v prvotnem naročilu niso bile predvidene; ali
- spreminja ekonomsko ravnovesje pogodbe v prid ponudniku, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, na način, ki ni bil predviden v pogojih prvotnega naročila.³⁰

67. Menim, da sta tukaj izpolnjeni dve merili za bistveno spremembo, ki ju je Sodišče navedlo v sodbi pressetext Nachrichtenagentur. Stranki sta se očitno želeli ponovno pogajati o bistvenih pogojih naročila. To sta storili na način, ki je spremenil ekonomsko ravnovesje v prid ponudnika, ki mu je bilo dodeljeno naročilo.

68. Začela bom s tem, ali datum prenehanja koncesije lahko šteje za „bistveni pogoj te koncesije“ in je tak, da „spreminja ekonomsko ravnovesje“. Zadevne pogodbe se nanašajo na koncesijo za javne gradnje. Čim dlje lahko koncesionar izkorišča koncesijo, tem več dobička lahko pričakuje, potem ko so dela končana in si je skozi cestnino, ki se zaračuna za uporabo avtoceste, povrnil stroške gradnje.

69. Dolžina obdobja, o katerem se dogovorita stranki, je po mojem mnenju zelo očitno bistveni vidik katere koli pogodbe, ki ureja takšno koncesijo. Obdobje izkoriščanja, dolgo 29 let, iz pogodbe iz leta 1999 (do leta 2028) je bilo v pogodbi iz leta 2009 podaljšano za dodatnih 18 let (do leta 2046). To se mora obravnavati kot sprememba bistvenih pogojev in obenem sprememba ekonomskega ravnovesja koncesije v korist koncesionarja.

70. Res je, da če se uporabi zelo ozek pristop in se tako 37-letno fiksno obdobje izkoriščanja v pogodbi iz leta 2009 primerja s spremenljivim 30-letnim obdobjem izkoriščanja v pogodbi iz leta 1969, je težje presoditi, katero od obeh je za koncesionarja ekonomsko ugodnejše.

³⁰ Sodba z dne 19. junija 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, točke od 34 do 37). Ta zadeva se je nanašala na uporabo Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322), vendar ne vidim nobenega utemeljenega razloga za uporabo drugačnega preizkusa za „bistvene spremembe“ v okviru Direktive 2004/18. Glej tudi sodbi z dne 5. oktobra 2000, Komisija/Francija (C-337/98, EU:C:2000:543, točka 46), in z dne 11. julija 2013, Komisija/Nizozemska (C-576/10, EU:C:2013:510, točka 46).

71. Toda zgoraj sem predstavila razloge, zakaj menim, da zelo ozka razlaga v besedilih nima opore.³¹ Poleg tega, če – kakor tu – pride do spremembe, ki s *katerega koli vidika* bistveno spreminja naročilo, menim, da mora italijanska vlada dokazati, da se takšna sprememba vseeno *ne* bi smela obravnavati kot „bistvena sprememba“ v smislu sodbe *pressetext Nachrichtenagentur*.³² Ne zdi se mi, da bi italijanska vlada to tukaj storila.

72. Dalje, če bi Sodišče ugotovilo, da je bil predmet bistvene spremembe samo prvi odsek avtoceste (približno 36 kilometrov), bi bile navedbe Komisije še vedno dokazane za tisti odsek.

73. Menim, da ni pomembno, da je prvi avtocestni odsek predstavljal le 15 % večje pogodbene zaveze za gradnjo 240 kilometrov avtoceste. To ne more vplivati na ugotovitev, da obveznosti javnega naročanja niso bile upoštevane.

74. V skladu s tem ugotavljam, da je pogodba iz leta 2009 pomenila bistveno spremembo prejšnjih pogodbenih ureditev in da bi zato zanj moral biti opravljen postopek javnega naročanja.

75. Sedaj bom obravnavala vprašanje, ali se italijanska vlada lahko sklicuje na kateri koli razlog za oprostitev te obveznosti.

Razlogi za oprostitev

76. Italijanska vlada se je sklicevala na dejanske in pravne elemente, ki so se pojavljali od leta 1969, natančneje na zunanje okoliščine, na katere družba SAT ni imela vpliva, ki so prispevale k zamudi pri gradnji avtoceste in posledično k možnosti izkoriščanja koncesije. Italijanska vlada trdi, da je bilo podaljšanje obdobja izkoriščanja potrebno za „zagotovitev ravnovesja pogodbe“. Trdi, da bi bilo ravnotežje porušeno, če obdobje izkoriščanja ne bi bilo podaljšano.

77. To trditev zavračam iz dveh razlogov.

78. Prvič, Sodišče je že pojasnilo, da „niti (i) dejstvo, da je bistvena sprememba pogojev javnega naročila namesto z odločno voljo naročnika in izbranega ponudnika po spremembi pogojev tega naročila utemeljena z njuno voljo najti rešitev s poravnavo za objektivne težave, ki so nastopile med izvedbo navedenega naročila, niti (ii) objektivna negotovost nekaterih izpolnitev ne upravičujeta sprejetja te spremembe, ne da bi bilo spoštovano načelo enakega obravnavanja, do katerega morajo biti upravičeni vsi subjekti, ki bi se lahko zanimali za javno naročilo“.³³

79. Drugič, iz dejanskega stanja, ki sem ga povzela zgoraj,³⁴ je jasno, da je bilo mogoče zamudo pri gradnji avtoceste pripisati predvsem nekaterim zakonodajnim pobudam, ki jih je sprožila italijanska vlada. Ne glede na razloge za uvedbo zadevne zakonodaje ostaja dejstvo, da je bilo sprejetje zakonodaje, ki je neposredno vplivala na sposobnost družbe SAT za gradnjo in izkoriščanje avtoceste v skladu s prvotno predvidenim časovnim načrtom, izrecna odločitev italijanske vlade.

³¹ Glej točki 63 in 64 zgoraj.

³² Sodba z dne 19. junija 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, točke od 34 do 37).

³³ Sodba z dne 7. septembra 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, točka 32).

³⁴ Glej točke od 21 do 23 zgoraj.

80. Iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da se „država članica ne sme sklicevati na praktične ali administrativne težave, da bi upravičila nespoštovanje obveznosti in rokov, določenih v direktivi. To velja tudi za finančne težave, ki jih morajo države članice odpraviti z ustreznimi ukrepi“.³⁵ Čeprav je italijanska vlada morda imela povsem upravičene razloge za sprejetje ukrepov, ki so vplivali na prej dodeljeno koncesijo za javne gradnje, in čeprav je italijanska vlada morda želela ublažiti vpliv te zakonodaje na družbo SAT, tako da ji je podaljšala obdobje izkoriščanja, tega torej ne bi smela storiti ob neupoštevanju prava Unije na področju javnih naročil.

81. Italijanska vlada trdi še, da je neizvedbo postopka javnega naročanja v letu 2009 (in s tem odstopanje od načela enakega obravnavanja) mogoče utemeljiti s sklicevanjem na pravico družbe SAT, da se lahko zanese na načeli pravne varnosti in legitimnih pričakovanj.

82. Zdi se, da se italijanska vlada pri tem opira na sklepanje *a contrario*, ki izhaja iz sodbe Sodišča Promoimpresa in drugi, v kateri je Sodišče odločilo, da „so bile koncesije iz postopkov v glavni stvari dodeljene, čeprav je že bilo odločeno, da bi morala za pogodbe, ki pomenijo gotov čezmejni interes, veljati obveznost preglednosti, tako da se za utemeljitev različnega obravnavanja, ki je prepovedano na podlagi člena 49 PDEU, ni mogoče sklicevati na načelo pravne varnosti“.³⁶

83. Kot razumem, se italijanska vlada tu sklicuje na (nesporno) dejstvo, da je bila pogodba iz leta 1969 sklenjena, preden so se začela uporabljati pravila in načela Unije o javnih naročilih, na podlagi česar zatrjuje, da bi morala tudi kasneje ostati izvzeta iz nadzora v skladu s pravom EU. Vendar pa vprašanje ni, ali je pogodba iz leta 1969 v skladu z upoštevnimi pravili Unije. Gre za to, ali je pogodba iz leta 2009³⁷ v skladu s temi pravili.

84. Poleg tega, kot je pravilno poudarila Komisija, se na načelo pravne varnosti „ni mogoče sklicevati, da bi se pogodba razširila na način, ki je v nasprotju z načeloma enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznostjo preglednosti, ki izhaja iz teh načel. V zvezi s tem ni pomembno, da je ta razširitev razumna rešitev, s katero je mogoče razrešiti spor, ki je nastal med zadevnima strankama iz razlogov, na katere nimata nikakršnega vpliva, in ki se nanaša na obseg pogodbe, ki ju zavezuje“.³⁸ Menim, da ni razloga, da se ta presoja ne bi uporabila za pogodbo iz leta 1969.

85. Že zaradi same narave koncesije se mora večina tveganja prenesti na koncesionarja.³⁹ Zato mora koncesionar (tukaj družba SAT) v nasprotju z drugimi vrstami pogodb pri sklepanju prvotne pogodbe sprejeti sestavni element prihodnjega tveganja. Običajna poslovna preudarnost zagotovi, da nujnost upoštevanja takega tveganja vpliva na predloženo ponudbo in/ali podrobna pogajanja o sami pogodbi.

86. Opozoriti je treba, da je Sodišče dejansko razsodilo, da lahko določbe v prvotni razpisni dokumentaciji postopka javnega naročila izrecno dopuščajo naknadne bistvene spremembe.⁴⁰

87. V teh okoliščinah je italijanska vlada morda želela trditi, da bi se moral člen 2(3) pogodbe iz leta 1999, ki določa, da se bodo pogodbeni pogoji za drugi in tretji odsek avtoceste določili pozneje, „ko bodo izpolnjeni pravni in dejanski pogoji za nadaljevanje programa gradnje, za katerega je bila dodeljena koncesija“, obravnavati kot pridržek, soroden pridržku v razpisni dokumentaciji.

88. Po mojem mnenju to ni mogoče iz dveh razlogov.

35 Sodba z dne 18. oktobra 2012, Komisija/Združeno kraljestvo (C-301/10, EU:C:2012:633, točka 66 in navedena sodna praksa).

36 Sodba z dne 14. julija 2016 (C-458/14 in C-67/15, EU:C:2016:558, točka 73).

37 Glej točko 46 zgoraj.

38 Sodba z dne 14. novembra 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, točka 40).

39 Sodba z dne 10. marca 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, točke od 24 do 26).

40 Sodba z dne 7. septembra 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, točki 36 in 37).

89. Prvič, izvirne „razpisne dokumentacije“, ki bi nastala na podlagi postopka javnega naročanja, ni *bilo*, saj nobeno od zadevnih naročil ni bilo oddano po takem postopku.

90. Drugič, pravico do uporabe takega pridržka kot osnove za poznejše bistvene spremembe je treba obravnavati kot izjemo od splošnega načela, da morajo biti vsi nujni elementi, ki izhajajo iz postopka javnega naročanja, vidni v razpisni dokumentaciji, ki jo je sestavil javni organ naročnik. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba izjeme razlagati ozko. Ne bi bilo sprejemljivo, če bi bilo naročilo, ki je bilo prvotno izvzeto iz obveznosti javnega naročanja, pozneje lahko „dopolnjeno“, tako da bi se vstavil pridržek, ki bi uvedel bistveno spremembo, takrat ko bi za takšno naročilo sicer veljala obveznost javnega naročanja v skladu s pravom Unije.

91. Tudi če bi pogodbo iz leta 1999 razlagali tako, da vsebuje pridržek za prihodnje spremembe, se torej ta pridržek ne more uporabiti kot podlaga za to, da se pogodba iz leta 2009 izvzame iz obveznosti, da mora biti usklajena z Direktivo 2004/18.

92. Nazadnje, menim, da se Italija ne more sklicevati na člen 61 Direktive 2004/18, ki dovoljuje spremembe v zvezi z „dodatnimi gradnjami“. Bistvena sprememba med pogodbama iz let 1999 in 2009 ni bila v obsegu prvotnih del, ki naj bi jih opravil koncesionar, temveč v *času*, ki ga je dobila družba SAT, da po dokončanju gradenj pridobiva dobiček. Taka sprememba ne spada na področje uporabe člena 61 *ratione materiae*.

93. Po mojem mnenju je sprememba trajanja koncesije, uvedena s členom 4(1) pogodbe iz leta 2009, bistvena sprememba, kot je opredeljena v sodbi *pressetext Nachrichtenagentur*,⁴¹ ne glede na to, ali se obravnava v zvezi s pogodbo iz leta 1999 (kot trdi Komisija) ali v zvezi s pogodbo iz leta 1969 (pristop, ki ga je predlagala italijanska vlada). Sklenitev pogodbe iz leta 2009 brez postopka javnega naročanja je tako pomenila kršitev obveznosti enakega obravnavanja iz člena 2 Direktive 2004/18 in obveznosti objave obvestila o javnem naročilu iz člena 58 Direktive.

Stroški

94. V skladu s členom 138(1) Poslovnika sodišča se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker menim, da bi moralo Sodišče ugoditi tožbenemu predlogu Evropske komisije, bi morala Italijanska republika plačati stroške.

Predlog

95. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj:

1. ugotovi, da je bilo podaljšanje trajanja koncesije za javne gradnje za gradnjo in upravljanje avtoceste A12 do leta 2046 namesto do leta 2028, ki je bilo uvedeno leta 2009, sprememba bistvenega vidika pogodbe iz leta 1999 med naročnikom (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) in koncesionarjem (Società Autostrada Tirrenica), in da je Italijanska republika s tem, da za to spremembo ni izvedla postopka oddaje javnega naročila, kršila obveznosti, ki jih ima v skladu s členoma 2 in 58 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, kakor je bila spremenjena;
2. Italijanski republiki naloži plačilo stroškov.

⁴¹ Sodba z dne 19. junija 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351, točke od 34 do 37).