



Datum van
inontvangstneming

:

22/12/2022

Zaak C-683/22

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

4 november 2022

Verwijzende rechter:

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 oktober 2022

Verzoekende partijen:

Adusbef - Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari

AIPE - Associazione italiana pressure equipment

Confimi Industria Abruzzo - Associazione dell'industria manifatturiera e dell'impresa privata dell'Abruzzo

Verwerende partijen:

Presidenza del Consiglio dei ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili

DIPE – Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica

Autorità di regolazione dei trasporti

Corte dei Conti

Avvocatura dello Stato

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Nietigverklaring van besluit nr. 37 van 22 februari 2022 van de Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili (minister van Infrastructuur en Duurzame mobiliteit; hierna: „MIMS”), in overleg met de Ministro dell’Economia e delle Finanze (minister van Economische Zaken en Financiën; hierna: „MEF”), waarbij de schikkingsovereenkomst is goedgekeurd die op 14 oktober 2021 is ondertekend door de MIMS en de vennootschap Autostrade per l’Italia SpA (hierna: „ASPI”), en van een reeks andere bestuurshandelingen en daaraan verbonden adviezen waarmee een einde is gemaakt aan de procedure waarin de concessiehouder ASPI werd verweten dat zij ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van haar onderhoudsverplichtingen en haar zorgplicht met betrekking tot de Italiaanse snelwegen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

Prejudiciële vragen

- 1) „Staat het [Unie]recht eraan in de weg dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder te beoordelen of een openbare aanbesteding moet worden uitgeschreven en zich daarover uit te spreken?
- 2) Staat het [Unie]recht eraan in de weg dat een nationale regeling aldus wordt uitgelegd dat de concessieverlenende instantie een procedure kan inleiden tot wijziging van een geldende concessie voor snelwegen, wat de betrokken entiteiten en de inhoud ervan betreft, of tot heronderhandeling van een dergelijke concessie, zonder de betrouwbaarheid te beoordelen van een concessiehouder die ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen?
- 3) Eist het [Unie]recht in geval van aangetoonde schending van de regel van openbare aanbesteding en/of aangetoonde onbetrouwbaarheid van de houder van een concessie voor snelwegen dat de rechtsverhouding wordt beëindigd?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht en Unierechtspraak

Richtlijn 2014/23, met name de artikelen 38, 43 en 44.

Arrest van het Hof van Justitie van 18 september 2019, C-526/17, waarbij de Italiaanse Republiek is veroordeeld wegens het verlengen van een concessie voor een gedeelte van een snelweg die destijds zonder aanbesteding is verleend, waarbij het Hof met name heeft geoordeeld dat „een wezenlijke wijziging van een concessieovereenkomst voor openbare werken [...]in beginsel [moet] leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde overeenkomst”.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 8 duodecies van decreto-legge (voorlopig wetsbesluit) nr. 59 van 8 april 2008, waarbij de „ eenvormige overeenkomst” (convenzione unica) voor de verlening aan ASPI van de concessie voor meerdere snelwegtrajecten is goedgekeurd.

Artikel 43 van decreto legge (voorlopig wetsbesluit) nr. 201 van 6 december 2011, waarin de rechtsverhouding tussen de concessieverlener en de concessiehouder op het gebied van overeenkomsten voor snelwegen is geregeld, met name de „actualisering” en/of „herziening” van die overeenkomsten.

Meerdere bepalingen van decreto legislativo n. 50 - codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 – wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016.

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 Op 11 oktober 2007 heeft ASPI van de bevoegde nationale autoriteiten, op grond van een „eenvormige overeenkomst”, de concessie verkregen voor het beheer van delen van het Italiaanse snelwegennet met een lengte van meer dan 2 800 km, tot 31 december 2038. Die eenvormige overeenkomst is goedgekeurd bij artikel 8 duodecies van decreto-legge nr. 59 van 8 april 2008, dat vervolgens in wet is omgezet.
- 2 Artikel 43 van decreto legge nr. 201 van 6 december 2011, dat vervolgens eveneens in wet is omgezet, heeft bepaalde aspecten van de rechtsverhouding tussen de concessieverlenende instantie en de concessiehouder geregeld, met name op het gebied van „actualisering” en/of „herzieningen” van de overeenkomsten voor snelwegen.
- 3 Op 14 augustus 2018 is een deel van het Polcevera-viaduct (de zogeheten Morandi-brug te Genua) van de autosnelweg A10, waarvoor ASPI concessiehouder was, ingestort, waarbij 43 mensen zijn omgekomen.
- 4 Na deze gebeurtenis heeft de MIMS een procedure ingeleid waarin concessiehouder ASPI werd verweten ernstig te zijn tekortgeschoten in de nakoming van haar onderhoudsverplichtingen en haar zorgplicht.

- 5 Op 11 juli 2020 heeft ASPI tijdens die procedure een voorstel ingediend waarmee zij een compenserende financiële tussenkomst van 3 400 miljoen EUR aanbood, een verhoging van de veiligheidsstandaards en de uitvoering van een alomvattende reorganisatie van de onderneming, waarbij de Cassa Depositi e Prestiti (deposito- en kredietbank) en andere voor haar aanvaardbare investeerders zouden worden betrokken en waaraan de zeggenschap van ASPI zou worden overgedragen. De overheidsinstantie heeft dit voorstel aanvaard.
- 6 De voornoemde procedure werd op 14 oktober 2021 afgesloten met een schikkingsovereenkomst tussen de MIMS en ASPI.
- 7 In deze schikkingsovereenkomst is ten eerste vastgesteld dat de concessiehouder ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen, en ten tweede aan de overheidsinstantie de keuze voorbehouden om de eenvormige overeenkomst te beëindigen dan wel opnieuw daarover te onderhandelen, gezien het risico van gerechtelijke procedures bij de eventuele beëindiging zou worden ingeleid en de noodzaak om de financiële belangen van de Italiaanse staat te beschermen.
- 8 Zoals ook de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) heeft geconstateerd in zijn arrest nr. 168 van 27 juli 2020, zou de beëindiging van de concessie uitzonderlijk duur zijn voor de publieke contractpartij, die onderworpen is aan een volstrekt uitzonderlijke vergoedingsregeling die ten gunste van de concessiehouder afwijkt van de op dit soort betrekkingen toepasselijke regels van gemeen recht. Zo bepaalt artikel 9 van de eenvormige overeenkomst met betrekking tot het verval van de concessie wegens ernstige tekortkoming door de concessiehouder, dat de overheid aan de concessiehouder een „overdrachtsvergoeding” moet betalen ten bedrage van de actuele nettowaarde van de exploitatie-inkomsten „tot aan de einddatum van de concessie”, waardoor de concessiehouder verzekerd is van de winst die hij uit de rechtsverhouding zou hebben gehaald, ook al is die rechtsverhouding beëindigd om redenen die aan de concessiehouder zelf zijn toe te rekenen.
- 9 Op 22 februari 2022, heeft de MIMS, in overleg met de MEF, een ministerieel besluit vastgesteld waarbij de voornoemde schikkingsovereenkomst werd goedgekeurd, zodat de concessieverhouding werd voortgezet.
- 10 In het hoofdgeding is beroep ingesteld tegen zowel voornoemd ministerieel besluit als de schikkingsovereenkomst, en tegen een reeks overheidsmaatregelen en adviezen die aan die handelingen zijn voorafgegaan.
- 11 Verzoeksters zijn een vereniging van Italiaanse fabrikanten die actief zijn in de sector drukapparatuur en aanverwante sectoren (AIPE), een consortium dat de productiesector in de regio Abruzzo vertegenwoordigt (Confimi Industria Abruzzo), en een vereniging voor consumentenbescherming die met name gespecialiseerd is in de banksector (Adusbef). Zij stellen dat zij er een specifiek en gekwalificeerd belang hebben bij dat de dienst voor het gebruik van snelwegen

efficiënt, onder eerlijke voorwaarden en tegen redelijke en betaalbare kosten wordt verleend.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 12 Verzoeksters verwijten de overheidsinstantie in wezen dat zij ervoor heeft gekozen de betrokken concessie voort te zetten in plaats van een nieuwe openbare aanbesteding uit te schrijven.
- 13 Meer bepaald voeren verzoeksters ten eerste schending aan van artikel 43 van richtlijn 2014/23 (dat in nationaal recht is omgezet bij artikel 175 van de codice dei contratti pubblici), volgens welke bepaling concessies zonder nieuwe gunningsprocedure kunnen worden gewijzigd „indien de concessiehouder aan wie de concessie aanvankelijk door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie was gegund, wordt vervangen” in geval van „rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de oorspronkelijke concessiehouder, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, met inbegrip van overname, fusie, acquisitie of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de overeenkomst meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen”. Volgens verzoeksters heeft de overheidsinstantie niet onderzocht of de regel van openbare aanbesteding eventueel werd omzeild door de in punt 5 hierboven genoemde wijziging van de eigendomsstructuur van ASPI.
- 14 Ten tweede voeren verzoeksters aan dat artikel 44 van richtlijn 2014/23 is geschonden, waarin is bepaald dat „[d]e lidstaten [...] ervoor [zorgen] dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties onder de bij het toepasselijke nationale recht bepaalde voorwaarden een concessie gedurende de looptijd ervan kunnen beëindigen” in een situatie waarin „de concessie is gewijzigd, waardoor een nieuwe concessiegunningsprocedure in de zin van artikel 43 vereist zou zijn geweest”. Volgens verzoeksters heeft de overheidsinstantie namelijk op onrechtmatige wijze het systeem van gunning door onderhandelingen voortgezet, wat na de inwerkingtreding van de Europese regeling niet langer is toegestaan, en zeker niet voor de gunning van een concessie met een omvang als in de onderhavige zaak aan de orde is.
- 15 Ten derde voeren verzoeksters schending van artikel 38 van richtlijn 2014/23 inzake de selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden aan, voor zover ASPI een zeer ernstige beroepsfout heeft gemaakt, die is vastgesteld en erkend door de concessieverlener en alle technische overheidsdiensten die zich met het voorval hebben beziggehouden. Die tekortkoming is van dien aard dat zij de beëindiging van de rechtsverhouding tussen de concessieverlenende dienst en de concessiehouder ruimschoots rechtvaardigt.
- 16 Verweerders betogen ten eerste dat op de contractuele relatie een bijzondere regeling van toepassing is en dat de middelen ongegrond zijn voor zover zij zijn

toegespitst op onrechtmatigheden die verband houden met wettelijke bepalingen die niet van toepassing zijn op concessies voor snelwegen, die buiten de objectieve werkingssfeer van de codice dei contratti pubblici vallen.

- 17 Ten tweede stellen zij, onder verwijzing naar de in punt 5 hierboven genoemde wijzigingen van de eigendomsstructuur, dat er geen sprake was van een verlenging van de concessie, maar eerder van een wijziging van de identiteit van de concessiehouder, hetgeen volgens de eenvormige overeenkomst is toegestaan.
- 18 Ten derde stellen verweerders, specifiek met betrekking tot artikel 44 van richtlijn 2014/23, dat deze bepaling de aanbestedende diensten niet verplicht tot, maar de mogelijkheid biedt om bestaande concessies te beëindigen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 19 De verwijzende rechter vraagt zich af of bij de in de nationale wetgeving vastgestelde procedure voor de actualisering en/of herziening van bestaande overeenkomsten betreffende snelwegen de bepalingen van richtlijn 2014/23, met name de artikelen 43, 44 en 38 daarvan, in acht moeten worden genomen.
- 20 Onder verwijzing naar de schikkingsovereenkomst merkt de verwijzende rechter op dat „partijen [hebben beoogd] elk geschil over de mogelijke strijdigheid van deze bepalingen met het Unierecht te voorkomen”. Bovendien zijn in de schikkingsovereenkomst de redenen genoemd waarom de voorkeur moet worden gegeven aan de vernieuwing van de concessie boven de beëindiging ervan, te weten de ononderbroken voortzetting van alle activiteiten ter verbetering en aanpassing van het snelwegennet, de onmiddellijke aanvang van de uitvoering van het investeringsprogramma betreffende het snelwegennet voor een totaalbedrag van 13 600 miljoen EUR, het behoud en de bevordering van de huidige werkgelegenheid van ongeveer 7.000 werknemers, en de continuïteit van de dienst voor het gebruik van de snelwegen.
- 21 Het kritieke punt dat een prejudiciële verwijzing naar het Hof noodzakelijk maakt, is echter dat in de overeenkomstig nationaal recht gevoerde procedure vooraf niet alle door de toepasselijke bepalingen van het Unierecht vereiste beoordelingen zijn verricht.
- 22 De verwijzende rechter leidt hieruit af dat volgens de concessieverlenende instantie de voorwaarden voor voortzetting van de concessie moeten worden geacht te zijn vervuld (uitsluitend) op grond van het feit dat zij zelf corrigerende maatregelen op de ondernemingsstructuur van ASPI heeft toegepast.
- 23 Volgens de verwijzende rechter moet daarentegen, gelet op de wijziging van de ondernemingsstructuur, middels een prejudiciële verwijzing worden nagegaan of de toepassing van artikel 43 van richtlijn 2014/23 al dan niet vereist dat in het kader van de overeenkomstig het nationale recht gevoerde administratieve procedure wordt vastgesteld of een aanbesteding moet worden uitgeschreven.

- 24 De verwijzende rechter is van oordeel dat deze vraag, die relevant is voor de beslissing over een eventuele bevoegdheidsoverschrijding of een eventuele ernstige en kennelijke schending van het Unierecht, bevestigend moet worden beantwoord.
- 25 Hij voegt daaraan toe dat artikel 175 van de codice dei contratti pubblici, waarbij artikel 43 van richtlijn 2014/23 in nationaal recht is omgezet, de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om concessies zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure te kunnen wijzigen, tot twee heeft teruggebracht, te weten: „1: de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien; 2) de wijziging verandert de algehele aard van de concessie niet”.
- 26 Volgens hem kunnen de met het voorstel van 11 juli 2020 ingediende wijzigingen niet worden beschouwd als „omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon voorzien”.
- 27 Het is immers duidelijk dat een tekortkoming (bestaande in niet-uitgevoerd onderhoud) die zo ernstig is dat de verkeersveiligheid in gevaar komt of zelfs tot een tragische gebeurtenis zoals die van 14 augustus 2018 kan leiden, niet kan worden beschouwd als een „onvoorzienbare omstandigheid” in de zin van voornoemde bepaling.
- 28 Bij de vaststelling van haar besluit om de concessie zonder aanbesteding te wijzigen heeft de concessieverlenende instantie echter zelfs deze beoordeling niet verricht: bij de wijziging van de inhoud van de eenvormige overeenkomst lijkt ervan te zijn uitgegaan dat de schadebrengende gebeurtenis als gevolg van niet-uitgevoerd onderhoud een onvoorzienbare omstandigheid vormde.
- 29 Volgens de verwijzende rechter had de concessieverlenende instantie bovendien vanuit Unierechtelijk perspectief moeten nagaan of de wijziging van de schikkingsovereenkomst „de algehele aard van de concessie” niet veranderde zoals artikel 43 van richtlijn 2014/23 als voorwaarde stelt voor afwijking van de regel van openbare aanbesteding. Maar ook dit aspect is niet nagegaan.
- 30 Bijgevolg zou het Hof, indien het vaststelt dat overeenkomstig artikel 43 van richtlijn 2014/23 een aanbesteding had moeten worden uitgeschreven, zich ook moeten uitspreken over de toepassing van het daaropvolgende artikel 44 van die richtlijn (zie punt 14 hierboven).
- 31 Wat de verenigbaarheid met artikel 38 van richtlijn 2014/23 inzake de „selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden” betreft, verwijst de verwijzende rechter naar voornoemd arrest van de Corte costituzionale – waarin de legislatieve keuze om het ingestorte viaduct door derden te laten herbouwen, is bevestigd – waarin die rechter heeft geoordeeld dat de instorting van het Polcevera-viaduct „waarbij maar liefst 43 mensen omkwamen, een grote impact heeft gehad op de burgerzin van de gemeenschap en afbreuk heeft gedaan aan de vertrouwensrelatie die niet mag ontbreken tussen burgers en het overheidsapparaat, waaraan de zorg voor

primaire goederen is toevertrouwd, waaronder in de eerste plaats de gezondheid en de veiligheid”.

- 32 De verwijzende rechter wijst er dus op dat ASPI enerzijds onbetrouwbaar werd geacht voor het herbouwen van het ingestorte viaduct, maar anderzijds daarentegen wel betrouwbaar werd geacht voor de voortzetting van het beheer van de gehele in concessie gegeven snelweginfrastructuur.
- 33 Tot slot verwijst de verwijzende rechter in dit verband naar het arrest van het Hof van 18 september 2019, Commissie/Italië (C-526/17, EU:C:2019:756), waarin de Italiaanse Republiek is veroordeeld omdat zij een destijds zonder aanbestedingsprocedure verkregen concessie voor een gedeelte van de snelweg heeft verlengd, alsmede naar het arrest van het Gerecht van 15 september 2021, INC en Consorzio Stabile Sis/Commissie (T-24/19, EU:T:2021:586), waarin bepaalde aspecten van het stelsel van Italiaanse concessies voor snelwegen zijn onderzocht.