

Sag C-835/19

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

18. november 2019

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

13. juni 2019

Sagsøger og appellat:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A.

Sagsøgte og indstævnte:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Andre parter i sagen:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Hovedsagens genstand

Appeller ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) til prøvelse af de domme, hvormed Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (den regionale forvaltningsdomstol for Piemonte, herefter »TAR«) forkastede søgsmålene anlagt af selskabet Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (herefter »Ativa«) med påstand om annullation af to foranstaltninger, hvormed Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (infrastruktur- og transportministeriet, herefter »ministeriet«) havde givet afslag

på to forslag til projektf finansiering (project financing) fremsat af Ativa, navnlig vedrørende motorvejskoncessioner.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Den forelæggende ret ønsker oplyst, om den italienske lovgivning vedrørende tildeling af motorvejskoncessioner, der på nuværende tidspunkt udelukker brugen af projektf finansiering – hvilket en særlig tildelingsprocedure for gennemførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder, som regel uden økonomiske byrder for det offentlige budget – er forenelig med direktiv 2014/23, og især med det i 68. betragtning til og artikel 30 i direktivet fastsatte princip om, at de ordregivende myndigheder bør sikres en betydelig fleksibilitet ved fastlæggelsen og tilrettelæggelsen af den procedure, der fører til valg af koncessionshaver.

Præjudicielt spørgsmål

Er [EU-]retten, og især de i direktiv [2014/23] fastsatte principper, og navnlig friheden til at vælge tildelingsprocedure under overholdelse af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i 68. betragtning og artikel 30, inden for rammerne af tildeling af koncessioner til hinder for en national bestemmelse som artikel 178, stk. 8a, i lovdekret nr. 50 af 18. april 2016, der ubetinget forbyder myndighederne at tildele udløbne eller udløbende motorvejskoncessioner ved brug af procedurerne i artikel 183, der regulerer projektf finansiering?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (herefter »direktiv 2014/23«).

Anførte nationale forskrifter

Den forelæggende ret har anført en række retsakter om motorvejskoncessioner og projektf finansiering, og navnlig følgende bestemmelser:

Lovdekret nr. 163 af 12. april 2006 (herefter den »gamle lov om offentlige kontrakter«), især artikel 153, stk. 19, med den retlige ordning for projektf finansiering på privat initiativ. Tildelingsproceduren ifølge denne bestemmelse var inddelt i to faser: a) indledende fase – bestemt til godkendelse af det indledende projektforslag fremsat af forslagsstilleren, som skulle udgøre grundlaget for en eventuel efterfølgende udbudsprocedure – hvor myndigheden efter bedste skøn skulle vurdere, om forslaget var i offentlighedens interesse; b) offentliggørelsesfase, med specifik bekendtgørelse, og afholdelse af en udbudsprocedure, hvis grundlag skulle udgøres af det godkendte projekt, og i

hvilken forslagsstilleren blev kvalificeret som initiativtager og fik fortrinsbehandling ved udvælgelsen.

Lovdekret nr. 59 af 4. april 2008, artikel 8k, stk. 2b, som udtrykkeligt fastsatte muligheden for at tildele koncessions- og driftskontrakter samt kontrakter kun om drift inden for vej- og motorvejssektoren ved brug af procedurerne for projektf finansiering i henhold til artikel 153 i den gamle lov om offentlige kontrakter.

Lovdekret nr. 50 af 18. april 2016, herefter den »nye lov om offentlige kontrakter«), som har ophævet den gamle lov om offentlige kontrakter, især:

- Artikel 178, stk. 1, der forbyder forlængelse af motorvejskoncessioner, og stk. 8a, indført ved lovdekret nr. 56 af 19. april 2017, der fastsætter: »Myndighederne må ikke tildele udløbne eller udløbende motorvejskoncessioner ved brug af procedurerne i artikel 183.«
- Artikel 183 med den retlige ordning for projektf finansiering i den nye lov om offentlige kontrakter; denne bestemmelses stk. 19 indeholder en nyhed i forhold til den gamle ordning, fordi myndigheden under den indledende fase ikke længere skal vurdere, om forslaget er i offentlighedens interesse, men evaluere dets gennemførlighed.
- Artikel 216, stk. 1, der bl.a. fastsætter, at ovennævnte lovdekret finder anvendelse på procedurer og kontrakter, med hensyn til hvilke de udbudsbekendtgørelser, som indleder proceduren for udvælgelse af kontrahenten, offentliggøres efter datoen for lovdekretets ikrafttrædelse og, i tilfælde af kontrakter, for hvilke der ikke offentliggøres nogen udbudsbekendtgørelse, på procedurer og kontrakter, med hensyn til hvilke der på datoen for ikrafttrædelse af lovdekretet endnu ikke er blevet fremsat nogen opfordring til at afgive bud.
- Artikel 216, stk. 23, hvorefter indledende projekter vedrørende gennemførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder eller almennyttige projekter angående forslag til koncession i henhold til artikel 153 i den gamle lov om offentlige kontrakter, som allerede er blevet erklæret for at være i offentlighedens interesse, men endnu ikke er godkendt på datoen for lovens ikrafttrædelse, »skal evalueres med hensyn til deres økonomiske og finansielle gennemførlighed samt godkendes af myndigheden i henhold til bestemmelserne i denne lov«.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 Ativa, der var koncessionshaver for drift af en motorvejsstrækning i Piemonte i kraft af flere koncessioner, hvoraf den sidste udløb i 2016, fremsatte den 25. september 2015 et forslag til projektf finansiering vedrørende koncession af driften af en motorvejsstrækning.

- 2 Ved skrivelse af 29. juli 2016 gav ministeriet afslag på Ativas forslag bl.a. med den begrundelse, at motorvejskoncessioner ikke kunne være genstand for projektf finansiering, og at forslaget med hensyn til form og indhold ikke opfyldte betingelserne i artikel 153 i den gamle lov om offentlige kontrakter, ifølge hvilken forslagsstilleren skulle fremsætte et simpelt indledende projekt for de tænkte bygge- og anlægsarbejder, som herefter skulle udgøre grundlaget for den efterfølgende udbudsprocedure, og ikke et uddybet, endeligt projekt som det af appellantens fremsatte.
- 3 Ativa anlagde søgsmål ved TAR og nedlagde påstand om, at retten skulle annullere den ovennævnte skrivelse og fastslå og erklære, at ministeriet havde pligt til at udtale sig om, hvorvidt appellantens forslag var i offentlighedens interesse og/eller gennemførligt, og dermed tilpligtede de nu indstævnte myndigheder til at vurdere, om dette forslag var i offentlighedens interesse og/eller gennemførligt. I sin stævning bestred selskabet ikke alene begrundelsen for den anfægtede skrivelse vedrørende forslagets overdrevne uddybningsniveau, men påberåbte sig også dels overtrædelsen af fristen på tre måneder fra datoen for fremsættelse af forslaget, inden for hvilken den omhandlede myndighed burde have vurderet forslaget, dels den omstændighed, at der i den konkrete situation fejlagtigt blev anvendt artikel 183 i den nye lov om offentlige kontrakter, som trådte i kraft efter datoen for fremsættelse af forslaget, selv om den var gældende på det tidspunkt, hvor den anfægtede foranstaltning blev truffet.
- 4 Ved dom af 31. august 2018 forkastede TAR søgsmålet, idet retten for det første udelukkede, at overtrædelsen af fristen på tre måneder i sig selv bevirkede, at den anfægtede foranstaltning var ugyldig, og for det andet bekræftede, at Ativas forslag skulle afvises, fordi det udviste et større uddybningsniveau end det lovbestemte indledende.
- 5 Den 20. september 2016 fremsatte Ativa et yderligere forslag til projektf finansiering vedrørende den samme koncession; ministeriet gav afslag på dette forslag med skrivelse af 22. maj 2017, hvori det – ud over at gentage argumenterne med hensyn til det første forslag – tilføjede, at det andet forslag var i strid med artikel 178, stk. 8a, i lovdekret nr. 50/2016, der forbyder anvendelsen af projektf finansiering med henblik på tildeling af udløbne eller udløbende motorvejskoncessioner. TAR forkastede, med lignende overvejelser som i den førstnævnte dom, Ativas søgsmål med påstand om annulation af denne skrivelse.
- 6 Ativa har iværksat appel til prøvelse af TAR's to domme ved Consiglio di Stato, der er den forelæggende ret.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 7 Inden for rammerne af appellen til prøvelse af TAR's første dom har Ativa gjort gældende, at ministeriet udtrykte sin hensigt om ikke at vurdere selskabets forslag men derimod lade selskabet Anas S.p.A. overtage motorvejskoncessionerne ved in house-tildeling. Ministeriet ville således hindre, at koncessionshaverne lige inden

udløbet af koncessionsforholdet kunne påberåbe sig den retlige ordning for projektf finansiering, og især fortrinsbehandling af initiativtageren ved udvælgelsen på grundlag af forslaget til projektf finansiering (en rettighed som ministeriet uden grund finder konkurrencebegrænsende). Ativa har tilføjet, at valget om at tildele Anas driften af motorvejene ved in house-tildeling og hensigten om at afskære motorvejskoncessionshaverne fra at gøre brug af proceduren for projektf finansiering, selv om denne procedure opfylder konkurrencevilkårene, er selvmodsigende og retsstridige. Til støtte for sin appel har Ativa fremsat de samme anbringender som i søgsmålet i første instans.

- 8 Med appellen til prøvelse af TAR's anden dom har Ativa endvidere gjort gældende, at artikel 178, stk. 8a, i den nye lov om offentlige kontrakter (heller) ikke finder anvendelse på Ativas andet forslag til projektf finansiering, fordi denne bestemmelse er blevet indført efter fremsættelsen af forslaget. I henhold til artikel 11 i de almindelige bestemmelser (Preleggi) og princippet om »tempus regit actum« omfattes forslaget således af den ordning, der var gældende på tidspunktet for dets fremsættelse. Den omhandlede bestemmelse er endvidere i åbenlys modstrid med den i direktiv 2014/23 fastsatte ordning for koncessioner og offentligt-private partnerskaber. I særdeleshed skal der lægges vægt på princippet om friheden til at vælge procedure, som den nationale lovgiver skal anvende, for så vidt som »de ordregivende myndigheder og ordregivende enheder bør indrømmes en betydelig fleksibilitet ved fastlæggelsen og tilrettelæggelsen af den procedure, der fører til valg af koncessionshaver« (68. betragtning), således at myndigheden kan vælge den procedure, som på bedste vis opfylder de konkrete behov, i henhold til bestemmelserne i direktivets artikel 30 og 37, stk. 6. Den anfægtede bestemmelse gør derimod ordningen unødigt stiv og indfører en ubegrundet restriktion af myndighedernes frihed i den forstand, at de afskæres fra at gøre brug af procedurer for projektf finansiering.
- 9 De indstævnte har gjort gældende, at artikel 178, stk. 8a, finder anvendelse *ratione temporis* i den foreliggende situation, herunder fordi artiklen skal omfatte »udløbne eller udløbende« koncessioner, og det således var lovgivers hensigt, at den skulle finde anvendelse på situationer som den omhandlede med henblik på at opnå en øget konkurrence og undgå den yderligere konsolidering af tidligere forhold med indehavere af udløbende koncessioner, som blev tildelt uden udbudsprocedure. De indstævnte har henvist til retspraksis, ifølge hvilken lovligheden af en administrativ foranstaltning skal vurderes med henvisning til de faktiske omstændigheder og de på tidspunktet for vedtagelsen af foranstaltningen gældende bestemmelser.
- 10 På grundlag af disse argumenter har de indstævnte gjort gældende, at ordningen i den nye lov om offentlige kontrakter også finder anvendelse på Ativas første forslag, selv om det blev fremsat inden datoen for lovens ikrafttrædelse, fordi den foreliggende situation vedrører en fase i proceduren, der går forud for den udbudsprocedure, som ville finde sted efter ikrafttrædelsen af denne lov. En lignende tilgang bekræftes i lovens artikel 216, stk. 23, hvorefter indledende projekter vedrørende forslag til koncessioner i henhold til artikel 153 i den gamle

lov om offentlige kontrakter, som endnu ikke er godkendt på datoen for den nye lovs ikrafttrædelse, skal evalueres med hensyn til deres økonomiske og finansielle gennemførlighed samt godkendes af myndigheden i henhold til bestemmelserne i den nye lov.

- 11 De indstævnte har endvidere bestridt Ativas argumenter om, at artikel 178, stk. 8a, i den nye lov om offentlige kontrakter strider mod EU-retten. Efter deres opfattelse har det i artiklen fastsatte forbud til formål at åbne for konkurrencen med henblik på at sikre den videste anvendelse af de EU-retlige principper om beskyttelse af konkurrence og det frie marked, især forbuddet mod forlængelse af samtlige koncessioner, herunder motorvejskoncessioner (lovens artikel 178, stk. 1, sidste punktum), og hermed sikre, at der afholdes udbudsprocedurer også med hensyn til udløbne eller udløbende motorvejskoncessioner.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 12 Den forelæggende ret deler de indstævnets rekonstruktion af reglerne om anvendelse *ratione temporis* af den nye lov om offentlige kontrakter, især af lovens artikel 178, stk. 8a. I denne forbindelse har den forelæggende ret erindret om, at myndigheden ikke kan gøre andet end at efterkomme den gældende lovgivning på det tidspunkt, hvor den tilkender giver sin hensigt; i konsekvens heraf er den retlige ordening, der var gældende på tidspunktet for fremsættelsen af forslaget, ikke bindende for myndigheden, medmindre loven bestemmer andet, og forslaget skal vurderes i henhold til den ordening, der gælder på tidspunktet for afslutningen af proceduren.
- 13 Ved anvendelse af ovenstående principper fastsætter overgangsordningen i artikel 216, stk. 1, i den nye lov om offentlige kontrakter, at den aktivitet, der udgør proceduren for udvælgelse af kontrahenten, i sin helhed reguleres af de bestemmelser, som er gældende på det tidspunkt, hvor den indledes, idet der ved dette tidspunkt forstås datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser (eller – i tilfælde af kontrakter uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser – datoen for afsendelse af opfordringer til at afgive bud), og artiklens stk. 23, at indledende projekter fremsat i henhold til den gamle lov om offentlige kontrakter, som endnu ikke er godkendt, skal evalueres med hensyn til deres økonomiske og finansielle gennemførlighed samt godkendes af myndigheden i henhold til bestemmelserne i den nye lov om offentlige kontrakter.
- 14 Hvis det indledende projekt vedrørende et forslag til koncession, som blev fremsat, da den gamle ordening var gældende, endnu ikke var godkendt på datoen for den nye lovs ikrafttræden, skal det derfor nødvendigvis blive genstand – i givet fald – for godkendelse i henhold til reglerne i den nye lov; den efterfølgende udbudsprocedure, hvis grundlag udgøres af det således godkendte gennemførlighedsprojekt, skal efterfølgende overholde bestemmelserne i den nye lov om offentlige kontrakter, herunder det i artikel 178, stk. 8a, fastsatte forbud; denne bestemmelse finder derfor anvendelse i den foreliggende situation.

- 15 I lyset af denne konklusion har den forelæggende ret fundet det nødvendigt at uddybe Ativas klagepunkt om, at artikel 178, stk. 8a, i den nye lov om offentlige kontrakter strider mod EU-retten. I denne sammenhæng har retten indledningsvis anført, at ovennævnte artikel 178, hvis stk. 1 fastsætter forbuddet mod forlængelse af motorvejskoncessioner, ikke direkte understøttes i direktiv 2014/23, men gennemfører en bestemmelse i bemyndigelsesloven, hvorefter udbudsprocedurer for tildeling af nye motorvejskoncessioner ville skulle indledes senest 24 måneder inden udløbet af de eksisterende, idet ordningen for motorvejskoncessioner ville skulle ændres, og der ville især skulle indføres et forbud mod forlængelsesklausuler.
- 16 Forbuddet i dette stk. 8a, der er blevet indført ved lovdekret nr. 56/2017 og ordret omfatter tildeling af »udløbne eller udløbende« motorvejskoncessioner, kan tilsyneladende ikke entydigt fortolkes således, at der er tale om en ordning af streng overgangskaraktter, i modsætning til de indstævntes opfattelse om, at forbuddet omfatter koncessioner, der var »udløbne eller udløbende« på datoen for ikrafttrædelse af den nye lov om offentlige kontrakter. Ordlyden af stk. 8a fastsætter et generelt forbud mod, at motorvejskoncessioner tildeles ved brug af proceduren for projektf finansiering, såfremt den respektive infrastruktur allerede er genstand for koncession, og kan således opfattes udvidende som en bestemmelse, der ikke alene finder anvendelse i overgangsperioden, men også efterfølgende, som i tilfældet af en ny koncession, som tildeles ved overtagelse af den udløbne koncessionskontrakt. Der hersker derfor fortolkningstvivil om betingelserne og grænserne for anvendelse af denne bestemmelse. Begge fortolkningsløsninger synes at forfølge formålet med forbuddet, og navnlig ifølge de indstævnte behovet for at bekæmpe omgåelsen af forbuddet mod forlængelse af motorvejskoncessioner, såfremt forslagsstilleren som i den foreliggende situation svarer til den tidligere koncessionshaver.
- 17 Generelt skal projektf finansiering gennemføres ved udbudsprocedurer med henblik på at sikre konkurrencen og ligebehandlingen af potentielle deltagere. Den indledende fase for fastlæggelse af initiativtageren, i hvilken det tidligere blev vurderet, om forslaget var i offentlighedens interesse, og nu evalueres, om forslaget er gennemførligt, er kendetegnet ved et vidt administrativt skøn; i denne fase skal ordregiveren ikke vælge det bedste bud på grundlag af de forhåndsbestemte tekniske og økonomiske kriterier, men foretage en indledende evaluering af gennemførligheden af et projektforslag. Koncessionen tildeles ved den efterfølgende udbudsprocedure på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige bud; denne anden fase er selvstændig i forhold til den tidligere og skal netop gennemføres i henhold til reglerne om offentlige kontrakter, idet initiativtageren nyder den fordel, at vedkommende på bestemte betingelser får fortrinsbehandling ved udvælgelsen.
- 18 Fastsættelsen af en sådan fordel synes ikke at være i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i EU-retten, hvis alle deltagere i proceduren – som fremhævet af generaladvokaten i sit forslag til afgørelse i sag C-412/04 – har kendskab til disse fordele (nærmere bestemt

opfordringen til at deltage i den begrænsede udbudsprocedure og fortrinsbehandlingen af initiativtageren ved udvælgelsen) og udvælgelseskriterierne, hvilket på nuværende tidspunkt sikres af den i artikel 183, stk. 15, i den nye lov om offentlige kontrakter fastsatte procedure.

- 19 Ifølge den forelæggende ret skal det derfor udelukkes, at forslaget til projektfinansiering vedrørende tildeling af en koncession betragtes som en »forlængelse« af den tidligere koncession; hvis dette var tilfældet, ville det i øvrigt være umuligt at forstå, hvorfor forbuddet er afgrænset til motorvejskoncessioner. Dette forbud er ubetinget og abstrakt samt afskærer altid og under alle omstændigheder myndighederne fra at gøre brug af projektfinansiering med hensyn til denne kategori af koncessioner; dette gør sig ikke alene gældende med hensyn til motorvejskoncessioner, der var udløbne eller udløbende på datoen for ikrafttrædelse af den nye lov om offentlige kontrakter, men også for motorvejskoncessioner, som udløber i overensstemmelse med den almindelige ordning.
- 20 Således synes Ativas spørgsmål grundet, og navnlig hvorvidt denne bestemmelse er forenelig med principperne i direktiv 2014/23, især princippet i 68. betragtning, hvorefter de ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder skal sikres en stor fleksibilitet til at definere og organisere den procedure, der fører til valget af koncessionshaver, og direktivets artikel 30, der anerkender friheden til at organisere den procedure, der fører til valget af koncessionshaver. Dette princip kan også omfatte friheden til at vælge typen af procedure for tildeling af koncessionen, forudsat at gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet overholdes. I lyset af disse betragtninger har den forelæggende ret besluttet at udsætte sagen og forelægge ovenstående præjudicielle spørgsmål.