

Mål C-835/19

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

18 november 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

13 juni 2019

Klagande:

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

Motparter:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Ytterligare deltagare i rättegången:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Saken i det nationella målet

Överklaganden till Consiglio di Stato av de domar genom vilka Tribunale amministrativo regionale (nedan kallad TAR) per il Piemonte ogillade de överklaganden som hade ingetts av bolaget Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (nedan kallat Ativa) av två beslut genom vilka Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministeriet för infrastruktur och transport, nedan kallat ministeriet) hade avslagit två förslag till projektfinansiering (project financing) som hade presenterats av Ativa och som närmare bestämt gällde motorvägskoncessioner.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida den italienska lagstiftningen om tilldelning av motorvägskoncessioner, som för närvarande utesluter användning av projektfinansiering – det vill säga ett särskilt tilldelningsförfarande för utförande av offentliga bygg- och anläggningsarbeten, i regel utan ekonomiska kostnader som belastar den offentliga budgeten – är förenlig med direktiv 2014/23, och i synnerhet med den princip som är fastställd i skäl 68 och artikel 30 i nämnda direktiv enligt vilken de upphandlande myndigheterna ska ges en stor flexibilitet när det gäller att välja och organisera förfarandet för val av koncessionshavare.

Fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande

Utgör unionsrätten, och i synnerhet de principer som är fastställda i direktiv [2014/23], närmare bestämt frihet att välja förfarande vid upphandling av koncessioner med beaktande av principerna om öppenhet och insyn samt likabehandling i skäl 68 och artikel 30 i direktivet, hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 178.8-bis i lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016, enligt vilken myndigheterna under inga omständigheter får tilldela motorvägskoncessioner som har löpt ut eller håller på att löpa ut genom att använda förfarandena i artikel 183 i nämnda dekret, som reglerar projektfinansiering?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (nedan kallat direktiv 2014/23).

Anförda nationella bestämmelser

Den hänskjutande domstolen hänvisar till en rad rättsakter om motorvägskoncessioner och projektfinansiering, närmare bestämt följande bestämmelser:

Lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 (nedan kallat den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling), i synnerhet artikel 153.19, som innehåller regelverket för projektfinansiering på privat initiativ. Det tilldelningsförfarande som stadgades i denna bestämmelse var uppdelat i två etapper: a) inledande etapp – för godkännande av förslagsställarens inledande projektförslag, som skulle ligga till grund för ett eventuellt upphandlingsförfarande – där myndigheten skönmässigt skulle bedöma huruvida förslaget var av allmänt intresse; b) etapp för offentliggörande av specifikt meddelande om upphandling och genomförande av upphandlingsförfarandet, för vilket det godkända projektet skulle utgöra grunden och i vilket förslagsställaren

kvalificerades som initiativtagare och hade förtursrätt vid tilldelningen av koncessionen.

Lagdekret nr 59 av den 4 april 2008, artikel 8-duodecies.2-ter, där det uttryckligen fastställdes en möjlighet att tilldela koncessions- och driftskontrakt samt kontrakt enbart för drift inom väg- och motorvägssektorn genom användning av de förfaranden för projektfinansiering som stadgades i artikel 153 i den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling.

Lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 (nedan kallat den nya lagen om offentlig upphandling), som har upphävt den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling, och i synnerhet:

- Artikel 178.1 som innehåller ett förbud mot att förlänga motorvägskoncessioner samt artikel 178.8-bis som har införts genom lagstiftningsdekret nr 56 av den 19 april 2017 och har följande lydelse: ”Myndigheterna får inte använda förfarandena i artikel 183 för att tilldela motorvägskoncessioner som har löpt ut eller håller på att löpa ut.”
- Artikel 183 som innehåller regelverket för projektfinansiering i den nya lagen om offentlig upphandling. Artikel 183.19 innehåller en nyhet i förhållande till det tidigare regelverket, eftersom myndigheten under den inledande etappen inte längre ska bedöma huruvida förslaget är av allmänt intresse utan i stället ska bedöma huruvida förslaget är genomförbart.
- Artikel 216.1 där det bland annat stadgas att den nya lagen ska gälla dels för förfaranden och kontrakt för vilka meddelanden genom vilka förfarandet för val av uppdragstagare inleds offentliggörs efter dagen för lagens ikraftträdande, dels – för det fall det är fråga om kontrakt utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling – för förfaranden och kontrakt med avseende på vilka det, på dagen för lagens ikraftträdande, ännu inte har skickats ut inbjudningar att lämna anbud.
- Artikel 216.23 där det föreskrivs att inledande projekt för genomförande av offentliga bygg- och anläggningsarbeten eller allmännyttiga bygg- och anläggningsarbeten i fråga om förslag till koncession i enlighet med artikel 153 i den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling, vilka redan hade förklarats vara av allmänt intresse, men ännu inte hade godkänts när lagen trädde i kraft ”ska bedömas utifrån deras ekonomiska och finansiella genomförbarhet samt godkännas av myndigheten i enlighet med bestämmelserna i denna lag”.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Ativa, som innehade flera koncessioner för drift av en motorvägssträcka i Piemonte av vilka den sista löpte ut år 2016, presenterade den 25 september 2015

ett förslag till projektfinansiering som gällde koncessionen för att driva en motorvägssträcka.

- 2 Genom skrivelse av den 29 juli 2016 avslog ministeriet Ativas förslag bland annat med den motiveringen att motorvägskoncessioner inte kunde vara föremål för projektfinansiering och att förslaget till form och innehåll inte uppfyllde villkoren i artikel 153 i den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling. Enligt nämnda artikel skulle förslagsställaren nämligen enbart presentera ett inledande projekt för de bygg- och anläggningsarbeten som skulle genomföras, vilket sedan skulle ligga till grund för det efterföljande upphandlingsförfarandet, och inte något noggrant utformat och slutgiltigt projekt som det som klaganden hade presenterat.
- 3 Ativa ingav överklagande och yrkade att TAR per il Piemonte dels skulle ogiltigförklara ovannämnda skrivelse, dels skulle fastställa och förklara att ministeriet var skyldigt att yttra sig om huruvida klagandens förslag var av allmänt intresse och/eller genomförbart, med den följderna att de myndigheter som berördes av överklagandet skulle förpliktas att bedöma huruvida ovannämnda förslag var av allmänt intresse och/eller genomförbart. Genom sitt överklagande bestred Ativa inte bara den motivering som låg till grund för den angripna skrivelsen, nämligen den att förslaget var alltför detaljerat, utan åberopade även dels att myndigheten inte hade bedömt förslaget inom fristen på tre månader från förslagets datum, dels den omständigheten att artikel 183 i den nya lagen om offentlig upphandling felaktigt hade tillämpats i det aktuella fallet. Nämnda artikel trädde nämligen i kraft först efter det att förslaget hade presenterats, även om den var gällande när det överklagade beslutet fattades.
- 4 TAR ogillade överklagandet genom dom av den 31 augusti 2018. TAR uteslöt för det första att åsidosättandet av fristen på tre månader i sig själv medförde att det överklagade beslutet var rättsstridigt och bekräftade för det andra att Ativas förslag skulle avvisas, eftersom det var mycket mer detaljerat än vad ett inledande förslag ska vara.
- 5 Den 20 september 2016 presenterade Ativa ytterligare ett förslag till projektfinansiering som gällde samma koncession. Ministeriet avslog detta förslag genom skrivelse av den 22 maj 2017, där ministeriet i tillägg till samma motivering som hade anförts med avseende på det första förslaget anförde att det andra förslaget stred mot artikel 178.8-bis i lagstiftningsdekret nr 50/2016, enligt vilken det är förbjudet att använda sig av projektfinansiering för att tilldela motorvägskoncessioner som har löpt ut eller håller på att löpa ut. TAR per il Piemonte ogillade, på liknande grunder som i den första domen, Ativas överklagande av nämnda skrivelse.
- 6 Ativa har överklagat TAR:s båda domar till den hänskjutande domstolen, Consiglio di Stato.

Parternas huvudargument

- 7 Inom ramen för överklagandet av TAR:s första dom har Ativa gjort gällande att ministeriet meddelade att det inte hade för avsikt att göra en bedömning av Ativas förslag, utan att det i stället hade för avsikt att låta bolaget Anas S.p.A. överta motorvägskoncessionerna genom in house-tilldelning. Ministeriet ville följaktligen förhindra att koncessionshavarna strax innan koncessionsförhållandet löpte ut kunde återropa regelverket för projektfinansiering och i synnerhet att initiativtagaren har förtursrätt vid tilldelningen av koncessionen mot bakgrund av förslaget till projektfinansiering (en förtursrätt som ministeriet utan grund anser vara konkurrensbegränsande). Ativa har vidare anfört att valet att tilldela Anas driften av motorvägarna genom in house-tilldelning och avsikten att hindra motorvägskoncessionshavarna från att använda förfarandet för projektfinansiering, även om detta förfarande ligger i linje med kraven på konkurrens, är motsägelsefulla och rättsstridiga. Avslutningsvis har Ativa till stöd för sitt överklagande anfört samma grunder som i målet i första instans.
- 8 Genom överklagandet av TAR:s andra dom har Ativa vidare gjort gällande att artikel 178.8-bis i den nya lagen om offentlig upphandling inte (heller) är tillämplig på Ativas andra förslag till projektfinansiering, eftersom denna bestämmelse infördes efter det att förslaget presenterades. Enligt artikel 11 i de allmänna bestämmelserna (Preleggi) och principen ”*tempus regit actum*” omfattas förslaget följaktligen av det regelverk som var gällande när förslaget presenterades. Ovannämnda bestämmelse strider dessutom uppenbart mot det regelverk för koncession och offentlig-privata partnerskap som är fastställt i direktiv 2014/23. Det ska i synnerhet läggas vikt vid principen om friheten att välja förfarande, som den nationella lagstiftaren ska tillämpa, eftersom ”ges avsevärd flexibilitet när det gäller att fastställa och organisera förfarandet för val av koncessionshavare” (skäl 68). Med andra ord ska myndigheten kunna välja det förfarande som bäst stämmer överens med de krav som ska uppfyllas i enlighet med bestämmelserna i artiklarna 30 och 37.6 i direktivet. Den angripna bestämmelsen gör i stället att regelverket blir onödigt stelbent och begränsar myndigheternas frihet på ett omotiverat sätt så att de hindras från att använda förfarandet för projektfinansiering.
- 9 Motparterna har gjort gällande att artikel 178.8-bis i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) är tillämplig i förevarande fall, även med beaktande av att artikeln ska omfatta koncessioner som ”har löpt ut eller håller på att löpa ut”. Det var således lagstiftarens avsikt att artikeln skulle tillämpas på situationer som den aktuella för att uppnå en större konkurrens och för att förhindra att tidigare förhållanden med innehavare av koncessioner som höll på att löpa ut och hade tilldelats utan upphandlingsförfarande skulle konsolideras ytterligare. Motparterna har hänvisat till rättspraxis enligt vilken bedömningen av huruvida ett administrativt beslut är lagligt ska göras utifrån de faktiska omständigheterna och den lagstiftning som var gällande när beslutet fattades.

- 10 På grundval av dessa argument har motparterna gjort gällande att regelverket i den nya lagen om offentlig upphandling även är tillämpligt på Ativas första förslag, även om det presenterades innan lagen trädde i kraft, eftersom förevarande mål gäller en etapp i förfarandet som föregick det upphandlingsförfarande som skulle genomföras efter det att nämnda lag trädde i kraft. En liknande lösning bekräftas i artikel 216.23 i samma lag, enligt vilken de inledande projekten angående koncessionsförslag i enlighet med artikel 153 i den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling, vilka ännu inte hade godkänts när den nya lagen trädde i kraft, skulle bedömas utifrån deras ekonomiska och finansiella genomförbarhet samt godkännas av myndigheten i enlighet med bestämmelserna i den nya lagen.
- 11 Motparterna har vidare bestritt Ativas argument om att artikel 178.8-bis i den nya lagen om offentlig upphandling strider mot unionsrätten. Enligt deras uppfattning har det förbud som stadgas i nämnda artikel till syfte att öppna upp för konkurrens för att säkerställa den vidast möjliga tillämpningen av de unionsrättsliga bestämmelserna om skydd av konkurrensen och marknaden, däribland förbudet mot förlängning av samtliga koncessioner, inklusive motorvägskoncessioner (artikel 178.1 sista meningen i denna lag) och härmed säkerställa att det genomförs upphandlingsförfaranden även när det gäller motorvägskoncessioner som har löpt ut eller håller på att löpa ut.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 12 Den hänskjutande domstolen delar motparternas tolkning av bestämmelserna om tillämpligheten i tidsmässigt avseende (*ratione temporis*) av den nya lagen om offentlig upphandling, i synnerhet av dess artikel 178.8-bis. I detta sammanhang erinrar den hänskjutande domstolen om att myndigheten inte kan göra annat än att rätta sig efter den lag som är gällande när myndigheten fattar beslut. Som en konsekvens därav är det regelverk som var gällande när förslaget presenterades inte bindande för myndigheten, såvida inte annat föreskrivs i lagen, och förslaget ska bedömas utifrån den lagstiftning som är gällande när förfarandet avslutas.
- 13 Ovannämnda principer bekräftas i övergångsbestämmelserna i artikel 216 i den nya lagen om offentlig upphandling. I dess artikel 216.1 föreskrivs nämligen att den verksamhet som utgör förfarandet för val av uppdragstagare helt och hållet regleras av de bestämmelser som är gällande när förfarandet inleds, närmare bestämt vid det datum då meddelandena om upphandling offentliggörs (eller – i händelse av kontrakt utan offentliggörande av meddelanden – det datum då det skickas ut inbjudningar att lämna anbud). Vidare stadgas det i artikel 216.23 att inledande projekt som har presenterats i enlighet med den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling och som ännu inte har godkänts ska bedömas utifrån deras ekonomiska och finansiella genomförbarhet samt godkännas av myndigheten i enlighet med bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling.

- 14 Om det inledande projektet angående ett förslag till koncession som presenterades när det gamla regelverket var gällande ännu inte var godkänt när den nya lagen trädde i kraft, måste det följaktligen – i förekommande fall – godkännas i enlighet med reglerna i den nya lagen. Vid det efterföljande upphandlingsförfarandet, för vilket det godkända genomförbarhetsprojektet ska utgöra grunden, ska bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling, däribland förbudet i artikel 178.8-bis, iakttas. Denna bestämmelse är följaktligen tillämplig i förevarande fall.
- 15 Mot bakgrund av denna slutsats anser den hänskjutande domstolen det vara nödvändigt att koncentrera sig på Ativas invändning om att artikel 178.8-bis i den nya lagen om offentlig upphandling strider mot unionsrätten. I detta sammanhang anför den hänskjutande domstolen först och främst att ovannämnda artikel 178, där det i punkt 1 fastställs ett förbud mot förlängning av motorvägskoncessioner, inte har något direkt stöd i direktiv 2014/23, utan att den genomför en bestämmelse i fullmaktslagen enligt vilken upphandlingsförfaranden för tilldelning av nya motorvägskoncessioner skulle inledas senast 24 månader innan de befintliga koncessionerna skulle löpa ut. Dessutom skulle systemet med motorvägskoncessioner ändras, bland annat genom att det skulle införas ett förbud mot klausuler om förlängning.
- 16 Förbudet i punkt 8-bis, som har införts genom lagstiftningsdekret nr 56/2017 och ordagrant avser tilldelning av motorvägskoncessioner ”som har löpt ut eller håller på att löpa ut”, förefaller inte entydigt kunna tolkas så, att det är fråga om en bestämmelse av ren övergångskaraktär – i motsats till motparternas uppfattning om att förbudet avser koncessioner ”som hade löpt ut eller höll på att löpa ut” när den nya lagen om offentlig upphandling trädde i kraft. Ordalydelsen i punkt 8-bis förefaller föreskriva ett allmänt förbud mot att tilldela motorvägskoncessioner genom förfarandet för projektfinansiering om den berörda infrastrukturen redan omfattas av koncession. Således kan detta förbud tolkas extensivt som en bestämmelse som inte bara ska tillämpas under övergångsperioden, utan även efter den, som i fallet med en ny koncession som tilldelas genom att det utlöpta koncessionskontraktet övertas. Det råder därför tvivel om hur villkoren och gränserna för att tillämpa denna bestämmelse ska tolkas. Båda tolkningsalternativen förefaller överensstämma med förbudets syfte, som enligt motparterna är att motverka kringgåendet av förbudet mot förlängning av motorvägskoncessioner när förslagsställaren och den tidigare koncessionshavaren är en och samma person, som i förevarande fall.
- 17 Generellt sett ska projektfinansiering ske genom ett upphandlingsförfarande för att säkerställa konkurrensen och likabehandlingen av potentiella deltagare. Den inledande etappen för fastställande av initiativtagaren, i vilken det tidigare gjordes en bedömning av huruvida förslaget var av allmänt intresse medan det idag görs en bedömning av huruvida förslaget är genomförbart, kännetecknas av att myndigheterna har ett mycket stort utrymme för skönmässig bedömning. Under denna etapp handlar det inte om att välja det bästa anbudet utifrån de på förhand bestämda tekniska och ekonomiska kriterierna, utan att göra en inledande

bedömning av ett projektförslags genomförbarhet. Koncessionen tilldelas genom det efterföljande upphandlingsförfarandet utifrån kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Denna andra etapp är självständig i förhållande till den första etappen och ska genomföras i enlighet med reglerna om upphandlingsförfaranden. I detta sammanhang åtnjuter initiativtagaren fördelen av att på vissa villkor ha förtursrätt vid tilldelningen av koncessionen.

- 18 Införandet av en sådan fördel förefaller inte strida mot de unionsrättsliga principerna om öppenhet och insyn samt likabehandling, om samtliga deltagare – vilket generaladvokaten påpekade i sitt förslag till avgörande i mål C-412/04 – har kännedom om förmånerna (vilka består i inbjudan att delta i det förhandlade upphandlingsförfarandet och att initiativtagaren har förtursrätt vid tilldelningen av koncessionen) och omfattas av samma utvärderingskriterier, vilket för närvarande säkerställs av förfarandet enligt artikel 183.15 i den nya lagen om offentlig upphandling.
- 19 Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning är det uteslutet att förslaget till projektfinansiering för tilldelning av en koncession kan betraktas som en ”förlängning” av den tidigare koncessionen. Om så vore fallet skulle det i övrigt vara omöjligt att förstå varför förbudet enbart omfattar motorvägskoncessioner. Nämnade förbud är ovillkorligt och ska tillämpas på ett abstrakt plan, i och med att det alltid och under alla omständigheter hindrar myndigheterna från att använda sig av projektfinansiering för denna typ av koncessioner. Detta gäller inte enbart motorvägskoncessioner som hade löpt ut eller strax skulle löpa ut när den nya lagen om offentlig upphandling trädde i kraft, utan även motorvägskoncessioner som löper ut enligt det ordinarie regelverket.
- 20 Ativa har fog för sin fråga, som gäller huruvida denna bestämmelse strider mot principerna i direktiv 2014/23, och i synnerhet principen i skäl 68 i direktivet, enligt vilken upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska ges en stor flexibilitet när det gäller att välja och organisera förfarandet för val av koncessionshavare, samt artikel 30 i direktivet som erkänner friheten att organisera förfarandet för val av koncessionshavare. Ovannämnda princip kan även omfatta friheten att välja typen av förfarande för tilldelning av koncessionen, förutsatt att principerna om öppenhet och insyn samt likabehandling iakttas. Mot bakgrund av dessa överväganden har den hänskjutande domstolen beslutat att vilandeförklara målet och att hänskjuta ovanstående tolkningsfråga till EU-domstolen för ett förhandsavgörande.