

**Zaak C-452/23**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

19 juli 2023

**Verwijzende rechter:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

16 juni 2023

**Verzoeksters in eerste aanleg en in hoger beroep:**

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

**Verweerster en geappelleerde:**

Die Autobahn GmbH des Bundes

[omissis]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHIKKING

In de beroepsprocedure inzake het plaatsen van overheidsopdrachten tussen

**1. Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, [omissis]**

[omissis] Keulen,

**2. Tesla Germany GmbH, [omissis]**

[omissis] Berlijn,

verzoeksters in eerste aanleg en in hoger beroep,

[omissis],

en

**Die Autobahn GmbH des Bundes [omissis],**

[omissis] Berlijn,

verweerster en geappelleerde,

[omissis],

in aanwezigheid van:

1. Autobahn Tank & Rast GmbH, [omissis] Bonn,
2. Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, [omissis] Berlin,

in het geding opgeroepen partijen,

[omissis],

heeft de Vergabesenat (aanbestedings-Senat) van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf) naar aanleiding van de mondelinge terechtzitting van 27 april 2023[omissis]

**de volgende beschikking gegeven:**

[omissis]

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag inzake de uitlegging van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG:

Moet artikel 72, lid 1, onder c), van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat ook overheidsopdrachten die eerder buiten de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU aan een inhouse-entiteit zijn toegewezen, maar op het moment van de wijziging van de overeenkomst niet langer aan de voorwaarden van de inhousegunning wordt voldaan, binnen de werkingssfeer van deze bepaling vallen?

Motivering:

**I.**

- 1 Verweerster is een privaatrechtelijke infrastructuurvennootschap die onvervreemdbaar eigendom is van de Bondsrepubliek Duitsland. Het Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (federaal ministerie voor verkeer en digitale infrastructuur, Duitsland) heeft haar met ingang van 1 januari 2021 belast met de planning, de aanleg, de exploitatie, het onderhoud, de financiering en het vermogensbeheer van de federale autosnelwegen. De voor de

vervulling van haar taken benodigde financiële middelen worden door de Bondsrepubliek Duitsland ter beschikking gesteld.

- 2 Tot het snelwegennet behoren meer dan 400 bemande verzorgingsplaatsen met aanvullende tank- en horecavoorzieningen. Deze aanvullende voorzieningen werden aanvankelijk beheerd door de Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN), die in 1951 door de Bondsrepubliek Duitsland is opgericht. Deze is in 1994 vooruitlopend op een voorgenomen privatisering omgedoopt tot Tank & Rast AG. In eerste instantie veranderde daardoor de eigendomsstructuur niet, aangezien de Bondsrepubliek Duitsland de enige aandeelhouder bleef. In datzelfde jaar nam Tank & Rast AG de Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH over.
- 3 In de jaren 1996 tot en met 1998 heeft de Bondsrepubliek Duitsland zonder voorafgaande aanbesteding met de destijds nog eigen Tank & Rast AG ongeveer 280 tot op de dag van vandaag geldende concessieovereenkomsten betreffende het beheer van aanvullende voorzieningen langs de autosnelweg gesloten, op basis van een nieuwe modelconcessieovereenkomst. Deze verleent de concessiehouder het recht om op een gedefinieerd bedrijfsterrein in het belang van de weggebruikers van de federale autosnelweg aanvullende voorzieningen aan te leggen en te beheren. Als tegenprestatie moet hij een concessievergoeding betalen naargelang van de behaalde omzet. Onderdeel van de concessieovereenkomsten is een concept dat voorziet in de exploitatie van een vastgelegd aantal benzinepompen alsook horecavoorzieningen en openbare toiletten. De aanvullende voorzieningen moeten 24 uur per dag beschikbaar zijn. De concessieovereenkomsten hebben een maximale looptijd van 40 jaar. De modelconcessieovereenkomst is gepubliceerd in het officiële deel van het Verkehrsblatt, het officiële publicatieblad van het Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, van 1997, onder nr. 226, blz. 825 e.v.
- 4 Vanaf 1998 werd Tank & Rast AG via de bankonderneming [omissis] in het kader van een investeerdersselectieprocedure [omissis] geprivatiseerd. De selectieprocedure, waaraan ongeveer 50 binnenlandse en buitenlandse geïnteresseerden deelnamen, heeft uiteindelijk geleid tot een overeenkomst met een consortium bestaande uit LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH en drie investeringsfondsen. De leden van het consortium hebben de voorgenomen overname aangemeld bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die op 7 juli daaropvolgend overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van fusiecontroleverordening 4064/89/EEG heeft vastgesteld dat hiertegen geen bezwaren bestaan (zaak nr. IV/M.1361). Door naamswijzigingen zijn uit Tank & Rast AG de in het geding geroepen partijen als huidige concessiehouders voortgekomen.
- 5 Na de privatisering zijn in de jaren 1999 tot en met 2019 nog eens 80 concessies aan de in het geding geroepen partijen gegund, waarvan naar eigen zeggen 19 in het kader van een aanbesteding. Daarmee zijn de in het geding opgeroepen

partijen op dit moment concessiehouder van ongeveer 90 % van alle aanvullende voorzieningen.

- 6 De voor volledig elektrisch aangedreven batterijvoertuigen in de zin van artikel 4 van verordening (EU) 2018/858, geldende Schnellladegesetz (Duitse federale snellaadwet) van 25 juni 2021 verplicht verweerster in § artikel 5, lid 3, eerste zin, ertoe om de houder van een concessie voor het beheer van een aanvullende voorziening met tankstation uit te nodigen om op basis van zelffinanciering op die locatie geplande oplaadpunten voor hoog vermogen aan te leggen, te onderhouden en te exploiteren, voor zover dit geboden is en deel 4 van de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB”) (Bundesgesetzblatt 2021, deel I, blz. 2141 e.v.) zich hiertegen niet verzet. Deel 4 van deze wet regelt het Duitse aanbestedingsrecht. Ter uitvoering van deze wettelijke opdracht is verweerster op 28 april 2022 met de in het geding geroepen partijen overeengekomen om de ongeveer 360 bestaande concessieovereenkomsten aan te vullen met het op basis van zelffinanciering overnemen van de aanleg, het onderhoud en de exploitatie van functionerende snellaadinfrastructuur, inhoudende de verplichting om een voor elke locatie vastgelegd aantal oplaadpunten beschikbaar te stellen.
- 7 Verweerster heeft de doorgevoerde wijziging op 6 mei 2022 in het Publicatieblad van de Europese Unie aangekondigd en daarbij aangegeven op grond van § 132 GWB te hebben afgezien van een aanbestedingsprocedure. De beschikbaarstelling van snellaadinfrastructuur was noodzakelijk geworden als aanvullende dienst in het kader van de concessieovereenkomsten, hetgeen op het moment van de sluiting ervan niet te voorzien was geweest (Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, nr. 2022/S 089-245969).
- 8 Verzoeksters exploiteren elk voor zich oplaadinfrastructuur voor elektrische voertuigen. Bij door een advocaat opgesteld memorie van 20 mei 2022 hebben zij verzocht om inleiding van een beroepsprocedure. Ter motivering hiervan hebben zij aangevoerd dat de met de in het geding geroepen partijen gesloten aanvullende overeenkomst krachtens § 135, lid 1, punt 2, GWB nietig was, aangezien de opdracht was geplaatst zonder voorafgaande aankondiging in de hele EU. De wijziging kon niet worden gebaseerd op § 132 GWB. Deze was geheel niet van toepassing enkel en alleen al, omdat de bestaande concessies niet zijn gegund in het kader van een aanbesteding.
- 9 De Zweite Vergabekammer des Bundes (tweede federale aanbestedingskamer, Duitsland) heeft het beroep van verzoeksters bij besluit van 15 juni 2022 (VK 2-54/22) afgewezen. De bepaling van § 132 GWB was krachtens § 154, punt 3, GWB van toepassing op bestaande concessies. De wijziging daarvan bij aanvullende overeenkomst van 28 april 2022 was niet wezenlijk enkel en alleen al in de zin van § 132, lid 1, GWB. De aanvullende voorzieningen boden de weggebruikers de mogelijkheid om te tanken, en daaronder viel in ieder geval functioneel gezien ook het tanken van elektriciteit. Maar hoe dan ook was de wijziging overeenkomstig § 132, lid 2, eerste volzin, punt 3, GWB toegestaan,

daar de noodzaak van een snellaadinfrastructuur in 1998 niet te voorzien was geweest.

- 10 Verzoeksters hebben tegen deze beslissing van de Vergabekammer sofortige Beschwerde (onmiddellijk hoger beroep) ingesteld bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. Zij voeren daartoe aan dat een wijziging overeenkomstig § 132, leden 1 en 2, GWB niet in aanmerking komt enkel en alleen al, omdat deze bepaling niet van toepassing is op de wijziging van overheidsopdrachten die oorspronkelijk niet op basis van mededinging maar zonder oproep tot indiening van offertes zijn gegund aan een inhouse-entiteit, zoals blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 12 mei 2022, C-719/20, Comune di Lerici. Dit geldt te meer wanneer de oorspronkelijke concessie ook toen al in strijd met het aanbestedingsrecht is verleend; een inhousegunning in de wetenschap van een aansluitende privatisering is niet toegestaan.
- 11 Verweerster en de in het geding opgeroepen partijen verdedigen de beslissing van de Vergabekammer. Niet-wezenlijke wijzigingen van overheidsopdrachten zijn altijd toegestaan. Artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU en § 132 GWB zien hoegenaamd alleen op wezenlijke wijzigingen. Zij zijn daarop van toepassing ongeacht de omstandigheden van de oorspronkelijke gunning. De aangehaalde beslissing van het Hof betreft enkel de vraag of met het wegvallen van de inhousevoorwaarden een nieuwe aanbesteding moet worden uitgeschreven, omdat dat een wezenlijke wijziging betreft waarvoor geen uitzondering geldt.

## II.

- 12 Het slagen van het rechtsmiddel hangt volgens de Senat af van de beantwoording van de prejudiciële vraag. Voor de beslechting van de zaak moet het geding dus worden geschorst en het Hof overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, onder b), en tweede alinea, worden verzocht om een prejudiciële beslissing. Hierbij zijn de volgende rechtsoverwegingen van belang:
- 13 [omissis]. Beslissend is alleen of de aanvullende overeenkomst die met de in het geding geroepen partijen is gesloten, op grond van § 135, lid 1, punt 2, GWB nietig en daarmee het beroep gegrond is.
- 14 De overeenkomstige beginselen zijn neergelegd in § 135, lid 1, § 132, leden 1 en 2, en § 154, punt 3, punt 4, van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen van 26 juni 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, deel I, blz. 1750 e.v.), in de versie van 18 april 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, deel I, blz. 203 e.v.), die, weglatingen daargelaten, luiden als volgt:
- 15 § 135 GWB Onverbindendheid
  - (1) Een overheidsopdracht is van meet af aan onverbindend wanneer de aanbestedende dienst

1. [...]

2. de opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van de aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat dit wettelijk is toegestaan,

en deze schending in een beroepsprocedure is vastgesteld.

(2) De onverbindendheid als bedoeld in lid 1 kan slechts worden vastgesteld indien deze binnen dertig kalenderdagen, te rekenen vanaf de datum waarop de aanbestedende dienst de inschrijvers en gegadigden in kennis heeft gesteld van de sluiting van de overeenkomst, doch uiterlijk zes maanden na de sluiting van de overeenkomst, in de beroepsprocedure is ingeroepen. Indien de aanbestedende dienst de gunning van de opdracht heeft aangekondigd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, eindigt de termijn om de onverbindendheid in te roepen dertig kalenderdagen na de bekendmaking van de gunning van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

16 § 132 GWB Wijzigingen van een opdracht gedurende de looptijd van de overeenkomst

(1) Wezenlijke wijzigingen van een overheidsopdracht gedurende de looptijd van de overeenkomst vereisen een nieuwe aanbestedingsprocedure. Wezenlijke wijzigingen zijn wijzigingen die ertoe leiden dat de overheidsopdracht aanzienlijk verschilt van de oorspronkelijk geplaatste overheidsopdracht. [...]

(2) Onverminderd lid 1 is wijziging van een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure toegestaan indien:

[...]

3. de wijziging noodzakelijk is geworden wegens omstandigheden die de zorgvuldige aanbestedende dienst niet heeft kunnen voorzien, en de algemene aard van de opdracht niet verandert [...].

In de gevallen zoals genoemd in de eerste zin, punten 2 en 3, mag de prijsverhoging niet meer bedragen dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

17 § 154 GWB Andere toepasselijke bepalingen

Voor het overige zijn op de gunning van concessies [...] de volgende voorschriften van overeenkomstige toepassing:

[...]

3. § 131, leden 2 en 3, en § 132 [...],

4. §§ 133 tot en met 135, [...].
- 18 De Senat is van oordeel dat bij de inhoudelijke aanvulling van bijna alle concessieovereenkomsten is voldaan aan de elementaire voorwaarden voor toepassing van § 132, lid 2, punt 3, GWB, aangezien de aanbestedende dienst in ieder geval bij het sluiten van de overeenkomsten in de jaren 1996 tot en met 1998 de behoefte aan snellaadinfrastructuur op verzorgingsplaatsen langs de federale autosnelwegen en de wettelijke verplichting om hieraan tegemoet te komen niet heeft kunnen voorzien en de aanvulling de algemene aard van de concessies voor de exploitatie van de bijkomende voorzieningen niet verandert. Ook bedraagt de prijsverhogingen niet meer dan 50 % van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.
- 19 Het is voor de Senat evenwel niet duidelijk of de werkingssfeer van § 132, lid 2, punt 3, GWB, waarbij artikel 72, lid 1, onder c), van richtlijn 2014/24/EU in nationaal recht is omgezet en die derhalve in overeenstemming met deze richtlijn moet worden uitgelegd, ook van toepassing is op overeenkomsten die buiten de werkingssfeer van het in het deel 4 van het GWB geregelde aanbestedingsrecht zijn gesloten met een inhouse-entiteit van de aanbestedende dienst, wanneer de inhousecriteria op het ogenblik dat de opdracht wordt gewijzigd niet meer worden vervuld omdat het kapitaal van de concessiehouder inmiddels voor 100 % in handen is van particuliere investeerders.
- 20 Dit is echter beslissend voor de beslechting van de zaak, aangezien de aanvullende overeenkomst volgens de Senat een wezenlijke wijziging vormt in de zin van § 132, lid 1, eerste volzin, GWB. Daarmee is bepalend of verweerster en de in het geding opgeroepen partijen de tussen hen bestaande, zonder aanbesteding gegunde concessieovereenkomsten op grond van § 132, lid 2, eerste volzin, punt 3, juncto § 154, punt 3, GWB zonder nieuwe aanbestedingsprocedure mochten aanvullen met het op basis van zelffinanciering overnemen van de aanleg, het onderhoud en het beheer van functionerende snellaadinfrastructuur, aangezien dan een plaatsing van een opdracht in de zin van § 135, lid 1, punt 2, GWB zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie wettelijk was toegestaan.
- 21 De Senat acht de bewoordingen van artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU onvoldoende duidelijk. Het is juist dat artikel 72 in lid 1, eerste volzin, lid 2, en lid 5 spreekt over een „nieuwe aanbestedingsprocedure”. Artikel 72 bevat in lid 1, onder b), de formulering „in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure” en in lid 4, onder a), „de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure”. Ook overweging 109 van richtlijn 2014/24/EU, die betrekking heeft op artikel 72, lid 1, onder c), geeft aan dat enige flexibiliteit is vereist om de opdracht zonder „nieuwe aanbestedingsprocedure” aan onvoorziene omstandigheden aan te passen. Volgens het gewone spraakgebruik is er sprake van een „nieuwe” procedure wanneer er eerder een „oude” of „oorspronkelijke” procedure is geweest. Ook lijkt het begrip „aangebestedingsprocedure” in de context van richtlijn 2014/24/EU erop te duiden dat het daarbij gaat om een formele procedure volgens de bepalingen van richtlijn

2014/24/EU. Dat hoeft echter niet per se het geval te zijn. Ook de opdrachtverstrekking aan een inhouse-entiteit kan als het plaatsen van een opdracht (inhousegunning) en het tijdsverloop tot en met de opdrachtverstrekking als procedure worden begrepen.

- 22 Volgens de Senat leidt ook de bestaande rechtspraak van het Hof niet tot een eenduidige conclusie. Zo heeft het Hof in twee arresten zijn beginselen inzake latere wijzigingen van een overeenkomst toegepast op overeenkomsten die zijn gesloten voordat het Gemeenschapsrecht van toepassing was. In zijn fundamentele arrest van 19 juni 2008, presstext (C-454/06, EU:C:2008:351, punten 28, 34-37), heeft het Hof niet alleen de beginselen ontwikkeld op basis waarvan een wijziging van de bepalingen van een nog lopende overheidsopdracht als een nieuwe plaatsing van een opdracht moet worden beschouwd, maar heeft het deze ook geacht van toepassing te zijn op een vóór de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Unie gesloten overeenkomst, dat wil zeggen waarop de bepalingen van het Gemeenschapsrecht destijds nog niet van toepassing waren. In het kader van een inbreukprocedure tegen de Italiaanse Republiek heeft het Hof met betrekking tot de verlenging van een concessieovereenkomst voor openbare werken die reeds is gegund in 1969, dus vóór de vaststelling van de relevante bepalingen van de Unie, gepreciseerd dat de ten tijde van deze wijziging geldende wetgeving van de Unie van toepassing is en dat het feit dat de oorspronkelijke concessieovereenkomst is gesloten vóór de vaststelling van de Unievoorschriften ter zake niet van belang is (arrest van 18 september 2019, C-526/17, EU:C:2019:756, punt 60).
- 23 Dit zou aldus kunnen worden begrepen dat het voor de toepasselijkheid van de beginselen die van toepassing zijn op latere contractuele wijzigingen zonder (nieuwe) aanbestedingsprocedure, die thans zijn neergelegd in artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU, niet van belang is hoe de oorspronkelijke opdracht is gesloten, met name of de beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en daadwerkelijke mededinging in acht zijn genomen. Voor een dergelijke zienswijze zou ook kunnen spreken dat het Hof in het algemeen geen aanleiding ziet om in te grijpen in bestaande rechtsbetrekkingen die voor onbepaalde tijd of voor meerdere jaren zijn aangegaan, wanneer die betrekkingen tot stand zijn gekomen voordat desbetreffende bepalingen van de Unie van toepassing werden (arresten van het Hof van 24 september 1998, C-76/97, Tögel, EU:C:1998:432, Jurisprudentie 1998 I-5357, punt 54, en 5 oktober 2000, C-337/98, Matra-Transport, EU:C:2000:543, Jurisprudentie 2000 I-8377, punt 38).
- 24 In een andere richting wijst evenwel het arrest van het Hof van 12 mei 2022, C-719/20, Comune di Lerici, EU:C:2022: 372. De Italiaanse gemeente Lerici had bij uitdrukkelijk als „inhousegunning” gekwalificeerd besluit het gemeentelijk afvalbeheer toegewezen aan een vennootschap met uitsluitend gemeenten, waaronder zichzelf, als aandeelhouders. Toen deze vervolgens in financiële moeilijkheden geraakte, werd zij overgenomen door IREN SpA, een aan de beurs genoteerd bedrijf, dat de overgedragen diensten heeft voortgezet. Het Hof zag hierin een ontoelaatbare wijziging van de overeenkomst. Uit de tekst van



artikel 72, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU volgt immers dat de werkingssfeer ervan beperkt is tot het geval waarin de rechtsopvolger van de aanvankelijke aannemer de uitvoering van een aanbestede overheidsopdracht voortzet overeenkomstig de voorwaarden van deze richtlijn, waaronder naleving van het non-discriminatiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van daadwerkelijke mededinging tussen marktdeelnemers. Die uitlegging wordt bevestigd door lid 4 van artikel 72, dat bepaalt dat een wijziging van een opdracht als wezenlijk wordt beschouwd wanneer de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken. Zij wordt eveneens bevestigd door het doel om overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, hetgeen de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten. Anders dan de Oostenrijkse regering betoogt valt een vervanging van de aannemer zoals in het hoofdgeding dan ook niet binnen de werkingssfeer van artikel 72 van richtlijn 2014/24, aangezien de aanbesteding in het hoofdgeding immers aanvankelijk zonder oproep tot mededinging is gegund aan een inhouse-entiteit (EU:C:2022:372, punten 41-43).

- 25 Dit zou kunnen pleiten voor een algemene uitsluiting van opdrachten die oorspronkelijk aan een inhouse-entiteit werden gegund van de werkingssfeer van artikel 72, en dus ook van de onderhavige relevante bepaling van artikel 72, lid 1, onder c), van richtlijn 2014/24/EU, wanneer op het tijdstip van de wijziging van de overeenkomst niet meer aan de voorwaarden voor een inhousegunning is voldaan.
- 26 Het hoofddoel van de gemeenschapsregels is immers om via vrije mededinging op het gebied van dienstverlening op de markten voor overheidsopdrachten het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging te garanderen. Teneinde dit tweeledige doel te bereiken past het Gemeenschapsrecht met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie toe (arresten van het Hof van 19 juni 2008, pressetext, C-454/06, EU:C:2008:351, punten 31 en 32, en 12 mei 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punt 42). Het nagestreefde doel, namelijk het openstellen van het gebied van overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging, zou echter niet worden bereikt indien een inhouse geplaatste opdracht tussentijds kon worden gewijzigd zonder nieuwe gunning, terwijl de inhousecriteria dan niet meer bestaan. Het zou voor andere inschrijvers en gegadigden op geen enkel moment mogelijk zijn de opdracht te verwerven. De oorspronkelijke opdracht niet omdat deze niet viel onder de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU, maar evenmin in geval van een wezenlijke wijziging van de overeenkomst, aangezien deze onder artikel 72, in dit geval artikel 72, lid 1, onder c), van deze richtlijn zou vallen.

- 27 Voor de Senat staat echter niet met zekerheid vast dat het Hof de werkingssfeer van artikel 72, lid 1, inderdaad in die zin heeft willen beperken. Zo kunnen de opmerkingen van het Hof ook aldus worden opgevat dat artikel 72, lid 1, weliswaar in beginsel van toepassing is op een oorspronkelijke inhousegunning, maar dat de te beoordelen vervanging van de aannemer niet voldoet aan de voorwaarden van lid 1, onder d), ii), van richtlijn 2014/24/EU, volgens welke deze niet mag leiden tot een verdere wezenlijke wijziging van de opdracht.
- 28 Het Hof ziet zijn uitlegging niet alleen bevestigd door lid 4 van artikel 72, maar betoogt verder dat de voortzetting van de uitvoering van de overheidsopdracht in het hoofdgeding door IREN volgde op de wijziging van een wezenlijke voorwaarde in de opdracht, waarvoor een oproep tot aanbesteding is vereist (arrest van 12 mei 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punten 42 en 50). De wijziging van een wezenlijke voorwaarde van een opdracht moet evenwel worden gelijkgesteld met een wezenlijke wijziging van de opdracht, waartoe een vervanging van de aannemer krachtens artikel 72, lid 1, onder d), ii), niet mag leiden.
- 29 De toepasselijkheid van artikel 72, lid 1, onder c), op opdrachten die oorspronkelijk inhouse zonder aanbesteding zijn gegund, wordt mogelijk ook ondersteund door het feit dat het, gezien de doelstelling van het gemeenschapsrecht (zie punt 26), geen verschil zou moeten maken of de opdracht buiten de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU is gegund omdat het om een inhousegunning gaat dan wel omdat het gemeenschapsrecht nog helemaal niet van toepassing was toen de oorspronkelijke overeenkomst werd gesloten.
- 30 Volgens de verwijzende Senat is daarentegen niet van belang of de oorspronkelijke gunning van de concessie aan de in het geding geroepen partijen voorafgaand aan de beoogde privatisering in overeenstemming was met het aanbestedingsrecht dan wel of hun privatisering vanaf 1998 een wezenlijke wijziging van de concessieovereenkomsten inhield, aangezien de zesmaandentermijn van § 135, lid 1, GWB – de omzetting van artikel 2f, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG – al lang is verstreken.
- 31 De intentie achter deze uitsluitingstermijn om na afloop van redelijke minimumverjaringstermijnen voor rechtszekerheid te zorgen zou worden gedwarsboord, zou bij elke latere wijziging, zelfs nog na het verstrijken van die termijnen, de conformiteit van de oorspronkelijke gunning of eerdere wijzigingen met het aanbestedingsrecht in twijfel kunnen worden getrokken. Het algemeen beginsel van rechtszekerheid laat een rechtmatigheidscontrole van een toewijzing of wijziging van een overheidsopdracht niet meer toe, nadat de bepaalde uitsluitingstermijn is verstreken (arrest van 26 maart 2020, Hungeod Közlekedésfejlesztési, C-496/18, EU:C:2020:240, punt 102).
- 32 De gestelde prejudiciële vraag is derhalve in de ogen van de Senat relevant voor de beslechting van het geschil. De Senat ziet geen mogelijkheid om het geschil onder andere juridische aspecten te beslechten zonder dat de vraag is beantwoord.

[omissis]

WERKDOCUMENT