

Sag C-452/23

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

19. juli 2023

Forelæggende ret:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Afgørelse af:

16. juni 2023

Sagsøgere og appellanter:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Sagsøgt og appelindstævnt:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[udelades]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (regional appeldomstol i Düsseldorf)

KENDELSE

I klageproceduren vedrørende tildeling af en kontrakt

1. Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, [udelades]

[udelades] Köln,

2. Tesla Germany GmbH, [udelades]

[udelades] Berlin,

sagsøgere og appellanter,

[udelades],

mod

Die Autobahn GmbH des Bundes [udelades],

[udelades] Berlin,

sagsøgt og appelindstævnt,

[udelades],

øvrige procesdeltagere:

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

adciterede,

[udelades],

har klagenævnet for udbud ved Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf) i retsmødet den 27. april 2023 [udelades]

afsagt følgende kendelse:

[Udelades].

Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende spørgsmål vedrørende fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud til præjudiciel afgørelse:

Skal artikel 72, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/24/EU fortolkes således, at dets anvendelsesområde også omfatter offentlige kontrakter, som tidligere er blevet tildelt uden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU til en in house-enhed, idet betingelserne for in house-tildelingen dog ikke længere er opfyldt på tidspunktet for ændring af kontrakten?

Præmisser:

I.

- 1 Sagsøgte er et privatretligt infrastrukturselskab, som er Forbundsrepublikken Tysklands usælgelige ejendom. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (forbundsministeriet for trafik og digital infrastruktur) overdrog pr. 1. januar 2021 projektering, anlæg, drift, vedligeholdelse, finansiering og formueforvaltning af forbundsstatens motorveje til sagsøgte. De nødvendige midler til at udføre opgaverne stilles til rådighed for dette selskab af Forbundsrepublikken Tyskland.

- 2 En komponent i motorvejsnettet er over 400 betjente rastepladser, hvor der drives tilknyttede anlæg i form af tankstationer og rasteanlæg. De tilknyttede anlæg blev oprindeligt drevet af Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (herefter »GfN«), som blev stiftet i 1951. Dette selskab ændrede i 1994 som forberedelse til en planlagt privatisering navn til Tank & Rast AG. Dette indebar i første omgang ingen ændringer i ejerstrukturen, Forbundsrepublikken Tyskland var eneaktionær. Allerede samme år erhvervede Tank & Rast AG selskabet Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 3 I perioden 1996-1998 indgik Forbundsrepublikken Tyskland uden forudgående udbudsprocedure ca. 280 fortsat gældende koncessionsaftaler om driften af tilknyttede anlæg på forbundsstatens motorveje på grundlag af en ny standardkoncessionskontrakt med Tank & Rast AG, som på daværende tidspunkt fortsat var ejet af forbundsstaten. Denne kontrakt giver koncessionshaveren ret til at opføre og drive et tilknyttet anlæg på en defineret erhvervsgrund, som tjener til at opfylde behovene hos trafikanterne på forbundsstatens motorveje. Til gengæld skal koncessionshaver betale en omsætningsafhængig koncessionsafgift. I koncessionsaftalerne indgår et driftskoncept, som fastsætter et bestemt antal brændstofpumper og ekspeditionspladser samt et rasteanlæg og offentlige toiletter. Det tilknyttede anlæg skal være døgnåbent. Koncessionsaftalerne har en løbetid på op til 40 år. Standardkoncessionskontrakten blev offentliggjort i den officielle del af Verkehrsblatt, forbundsministeriets for trafik og digital infrastrukturens officielle tidsskrift, fra 1997, nr. 226, s. 825 ff.
- 4 Med start i 1998 blev Tank & Rast AG privatiseret via banken [udelades] i forbindelse med en investorudvælgelsesprocedure [udelades]. Investorudvælgelsesproceduren, som ca. 50 interessenter fra ind- og udland deltog i, førte til en aftale med et konsortium bestående af LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH og tre investeringsfondselskaber. Virksomhederne i konsortiet anmeldte den planlagte overtagelse til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som den 7. december 1998 i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i fusionskontrolforordningen 4064/89/EØF konstaterede, at der ikke var betænkeligheder mod dette (sag nr. IV/M.1361). Som følge af navneændringer er Tank & Rast AG blevet til de adciterede som nuværende koncessionshavere.
- 5 Efter privatiseringerne skete der i perioden 1999-2019 yderligere 80 koncessionstildelinger til de adciterede, hvoraf 19 ifølge deres egne oplysninger blev tildelt dem i forbindelse med en udbudsprocedure. De adciterede er dermed de nuværende koncessionshavere for ca. 90 procent af alle tilknyttede anlæg.
- 6 Den tyske forbundslov Schnellladegesetz (lov om hurtigopladning) af 25. juni 2021, som gælder for rene batterielkøretøjer som omhandlet i artikel 4 i forordning 2018/858/EU, forpligter i § 5, stk. 3, første punktum, sagsøgte til at tilbyde indehaveren af en koncession til at drive et tilknyttet anlæg med tankstation, selvstændigt at overtage etablering, vedligeholdelse og drift af de på den pågældende placering planlagte hurtige ladepunkter, såfremt dette er

nødvendigt og ikke er i strid med del 4 i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (konkurrenceloven) (Bundesgesetzblatt 2021, del I, s. 2141 ff.). Den tyske udbudsret er reguleret i konkurrencelovens fjerde del. For at gennemføre dette lovbestemte påbud aftalte sagsøgte den 28. april 2022 med de adciterede et tillæg til de ca. 360 eksisterende koncessionsaftaler om selvstændig overtagelse af etablering, vedligeholdelse og drift af funktionsdygtig hurtig ladeinfrastruktur, som omfatter en pligt til at holde et antal ladepunkter til rådighed, som er fastlagt for hver placering.

- 7 Sagsøgte bekendtgjorde den foretagne ændring i EU-Tidende den 6. maj 2022 og anførte i denne forbindelse konkurrencelovens § 132 som begrundelse for, at der ikke blev gennemført en udbudsprocedure. Tilrådighedsstillelsen af hurtig ladeinfrastruktur var blevet nødvendig som en supplerende tjenesteydelse inden for rammerne af koncessionsaftalerne, hvilket ikke kunne forudses, da disse blev indgået (supplement til Den Europæiske Unions Tidende, bekendtgørelsesnummer 2022/S 089-245969).
- 8 Sagsøgerne driver hver især ladeinfrastruktur til elkøretøjer. Ved advokatskrivelse af 20. maj 2022 anmodede de om indledning af en klageprocedure. De anførte som begrundelse, at tillægsaftalen, som blev indgået med de adciterede, er ugyldig i henhold til konkurrencelovens § 135, stk. 1, nr. 2, da kontrakten blev tildelt uden forudgående bekendtgørelse i hele EU. Ændringen kan ikke støttes på konkurrencelovens § 132. Denne finder slet ikke anvendelse, da de eksisterende koncessioner ikke blev tildelt i forbindelse med en udbudsprocedure.
- 9 2. Vergabekammer des Bundes (forbundsstatens andet klagævn) afviste den 15. juni 2022 (VK 2-54/22) sagsøgernes anmodning om en klageprocedure. Bestemmelsen i konkurrencelovens § 132 finder i henhold til konkurrencelovens § 154, nr. 3, anvendelse på eksisterende koncessioner. Ændringen af disse ved tillægsaftalen af 28. april 2022 er ikke væsentlig som omhandlet i konkurrencelovens § 132, stk. 1. De tilknyttede anlæg tjener til trafikanternes optankning, hvilket i hvert fald ud fra en funktionel betragtning også omfatter tankning af strøm. Den er imidlertid i hvert fald lovlig i henhold til konkurrencelovens § 132, stk. 2, første punktum, nr. 3, da behovet for en hurtig ladeinfrastruktur ikke kunne forudses i 1998.
- 10 Sagsøgerne iværksatte straks appel til prøvelse af klagævnets afgørelse ved Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf). Ændringen er efter deres opfattelse ikke omfattet af konkurrencelovens § 132, stk. 1 og 2, allerede af den grund, at denne bestemmelse slet ikke finder anvendelse på ændringer af offentlige kontrakter, som oprindeligt ikke blev tildelt i konkurrence, men i stedet uden udbudsprocedure til en in house-enhed, som det fremgår af Domstolens dom af 12. maj 2022, C-719/20, »Comune di Lerici«. Dette gælder især, hvis den oprindelige koncession allerede på daværende tidspunkt blev tildelt i strid med konkurrencelovgivningen; in house-tildeling er ulovlig, hvis der er kendskab til en efterfølgende privatisering.

- 11 Sagsøgte og de adciterede forsvarer ankenævnets afgørelse. Uvæsentlige ændringer af offentlige kontrakter er altid lovlige. Artikel 72 i direktiv 2014/24/EU henholdsvis konkurrencelovens § 132 omfatter i det hele taget kun væsentlige ændringer. Bestemmelserne finder anvendelse på sådanne ændringer uafhængigt af omstændighederne ved den oprindelige tildeling. Den anførte afgørelse fra Domstolen vedrører alene spørgsmålet om, hvorvidt der skal gennemføres en ny udbudsprocedure, når in house-betingelserne bortfalder, fordi dette er en væsentlig ændring, som ikke er omfattet af et undtagelseskriterium.

II.

- 12 Appellens udfald afhænger efter den forelæggende rets opfattelse af besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. Før der træffes afgørelse, skal sagen derfor udsættes, og der skal i henhold til artikel 267, stk. 1, litra b), og stk. 2, TEUF indhentes en præjudiciel afgørelse fra Den Europæiske Unions Domstol. Følgende retlige betragtninger er relevante for forelæggelsesafgørelsen:
- 13 [Udelades]. Det afgørende er alene, om tillægsaftalen, som er indgået med de adciterede, er ugyldig i henhold til konkurrencelovens § 135, stk. 1, nr. 2, og anmodningen om en klageprocedure dermed er begrundet.
- 14 De relevante principper er fastsat i § 135, stk. 1, § 132, stk. 1 og 2, og § 154, nr. 3 og 4, i konkurrenceloven af 26. juni 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, del I, s. 1750 ff.) som ændret den 18. april 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, del I, s. 203 ff.), som er affattet således (uddrag):
- 15 Konkurrencelovens § 135 Ugyldighed

1 En offentlig kontrakt er fra begyndelsen ugyldig, såfremt den ordregivende myndighed

1. [...]

2 har tildelt kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, uden at dette er hjemlet ved lov,

og denne overtrædelse er blevet fastslået ved en klageprocedure.

(2) Ugyldighed som omhandlet i stk. 1 kan kun konstateres, hvis den er gjort gældende i klageproceduren senest 30 kalenderdage efter, at den ordregivende myndighed har orienteret de berørte tilbudsgivere og kandidater om indgåelsen af kontrakten, dog senest seks måneder efter kontraktens indgåelse. Såfremt den ordregivende myndighed har bekendtgjort tildelingen af kontrakten i Den Europæiske Unions Tidende, udløber fristen for at gøre ugyldighed gældende 30 kalenderdage efter offentliggørelsen af bekendtgørelsen af tildelingen af kontrakten i Den Europæiske Unions Tidende.

16 Konkurrencelovens § 132 Ændring af kontrakter i deres løbetid

(1) Væsentlige ændringer af en offentlig kontrakt i kontraktens løbetid kræver en ny udbudsprocedure. Væsentlige ændringer er ændringer, som indebærer, at den offentlige kontrakt adskiller sig betydeligt fra den oprindeligt tildelte kontrakt. [...]

(2) Uanset stk. 1 kan en offentlig kontrakt ændres uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure, hvis

[...]

3 behovet for ændring er affødt af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed, og ændringen ikke berører den overordnede kontrakts karakter [...].

I de i første punktum, nr. 2 og 3, nævnte tilfælde må prisen ikke forhøjes med mere end 50% af den oprindelige kontrakts værdi.

17 Konkurrencelovens § 154 Øvrige bestemmelser, der finder anvendelse

I øvrigt finder følgende bestemmelser tilsvarende anvendelse på tildeling af koncessioner [...]:

[...]

3. § 131, stk. 2 og 3, og § 132 [...],

4. § 133-135, [...].

18 Efter den forelæggende rets opfattelse er de faktiske betingelser i konkurrencelovens § 132, stk. 2, nr. 3, opfyldt for det indholdsmæssige tillæg til næsten alle koncessionsaftalerne, da den ordregivende myndighed i hvert fald ved indgåelsen af kontrakterne i perioden 1996-1998 ikke kunne forudse, at der ville opstå et behov for en hurtig ladeinfrastruktur på rasteplasserne på forbundsstatens motorveje, og at der ville blive indført en lovbestemt pligt til at etablere den, og tillægget ikke berører den overordnede karakter af koncessionerne vedrørende tilknyttede anlæg. Værdien af den oprindelige kontrakt forhøjes heller ikke med mere end 50%.

19 Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt anvendelsesområdet for konkurrencelovens § 132, stk. 2, nr. 3, som gennemfører artikel 72, stk. 1, litra c), i udbudsdirektivet 2014/24/EU i national ret og derfor skal fortolkes direktivkonformt, også omfatter kontrakter, som blev indgået uden for udbudsrettens anvendelsesområde, som er reguleret i konkurrencelovens fjerde del, med en in house-enhed under den ordregivende myndighed, når in house-kriterierne imidlertid ikke længere er opfyldt på tidspunktet for ændringen af

kontrakten, fordi koncessionshaverens kapital nu fuldt ud ejes af private investorer.

- 20 Dette er imidlertid afgørende for afgørelsen, da tillægsaftalen efter den forelæggende rets opfattelse udgør en væsentlig ændring som omhandlet i konkurrencelovens § 132, stk. 1, første punktum. Dermed er det afgørende, om sagsøgte og de adciterede i henhold til konkurrencelovens § 132, stk. 2, første punktum, nr. 3, sammenholdt med konkurrencelovens § 154, nr. 3, uden at gennemføre en ny udbudsprocedure kunne supplere de eksisterende koncessionsaftaler mellem dem, som blev tildelt uden udbudsprocedure, med den selvstændige overtagelse af etablering, vedligeholdelse og drift af funktionsdygtig hurtig ladeinfrastruktur, fordi det i så fald i medfør af loven var lovligt at tildele kontrakten som omhandlet i konkurrencelovens § 135, stk. 1, nr. 2, uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende.
- 21 Efter den forelæggende rets opfattelse er ordlyden af artikel 72 i direktiv 2014/24/EU ikke tilstrækkeligt entydig. Ganske vist tales der i artikel 72, stk. 1, første punktum, stk. 2 og stk. 5, om gennemførelse af en »ny udbudsprocedure«. I artikel 72, stk. 1, litra b), findes formuleringen »det oprindelige udbud«, og i stk. 4, litra a), »[oprindelig] udbudsprocedure«. Også i 109. betragtning til direktiv 2014/24/EU, som vedrører artikel 72, stk. 1, litra c), anføres det, at det er nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet, så kontrakten kan tilpasses omstændigheder, der ikke kunne forudses, uden en »ny udbudsprocedure«. I almindelig sprogbrug er der tale om en »ny« procedure, hvis der har været en forudgående »gammel« eller »oprindelig« procedure. Desuden tyder begrebet »udbudsprocedure« i forbindelse med direktiv 2014/24/EU, på, at der hermed refereres til en formel procedure i henhold til bestemmelserne i direktiv 2014/24/EU. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfældet. Også overdragelse til en in house-enhed kan forstås som tildeling af en kontrakt (in house-tildeling), og tidsforløbet indtil tildelingen af kontrakten som en procedure.
- 22 Efter den forelæggende rets opfattelse fører Domstolens hidtidige praksis heller ikke til et entydigt resultat. Domstolen har således i to domme anvendt sine principper for efterfølgende ændringer af kontrakten på kontrakter, der blev indgået på et tidspunkt, hvor fællesskabsretten endnu ikke fandt anvendelse. I sin grundlæggende dom af 19. juni 2008, C-454/06, »presstext«, udviklede Domstolen ikke blot principperne for, hvornår en ændring af bestemmelserne i en offentlig kontrakt under kontraktens løbetid skal anses for en ny tildeling, men anså også disse principper for anvendelige på en kontrakt, som blev indgået, før Republikken Østrig tiltrådte Den Europæiske Union, og som altså på daværende tidspunkt ikke var omfattet af de fællesskabsretlige regler (ECLI:EU:C:2008:351, Sml. 2008 I-4401, præmis 28, 34-37). I forbindelse med en traktatbrudsprocedure mod Den Italienske Republik præciserede Domstolen vedrørende forlængelsen af en byggekoncession, som blev tildelt allerede i 1969 og dermed før vedtagelsen af de relevante EU-regler, at den EU-lovgivning, der skal anvendes, er den, der er gældende på tidspunktet for ændringen, og at den omstændighed, at indgåelsen af

den oprindelige koncessionskontrakt ligger forud for vedtagelsen af EU-reglerne på området, ikke har betydning (Domstolens dom af 8.9.2019, C-526/17, ECLI:EU:C:2019:756, præmis 60).

- 23 Dette kan forstås således, at det med hensyn til anvendelsen af principperne for efterfølgende ændringer af kontrakten uden gennemførelse af en (ny) udbudsprocedure, som nu er normeret i artikel 72 i direktiv 2014/24/EU, ikke er afgørende, hvordan den oprindelige kontrakt er kommet i stand, navnlig om der i denne forbindelse blev taget hensyn til overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligebehandlingsprincippet og princippet om en effektiv konkurrence. Det kan også tale til fordel for en sådan betragtning, at Domstolen generelt ikke ser nogen anledning til at gribe ind i bestående retsforhold, som er indgået på ubestemt tid eller for flere år, når disse retsforhold er påbegyndt inden relevante EU-bestemmelser opnåede gyldighed (Domstolens dom af 24.9.1998, C-76/77, ECLI:EU:C:1998:432, Sml. 1998, I-5357, præmis 54 – Tögel; Domstolens dom af 5.10.2000, C-337/98, ECLI:EU:C:2000:543, Sml. 2000 I-8377, præmis 38 – Matra-Transport).
- 24 Derimod peger Domstolens dom af 12. maj 2022, C-719/20, »Comune di Lerici« (ECLI:EU:C:2022:372) i en anden retning. Den italienske kommune Lerici overdrog ved en afgørelse, som udtrykkeligt var betegnet som »in house-tildeling«, den kommunale affaldshåndtering til et selskab, hvis ejerkreds udelukkende bestod af kommuner, herunder den selv. Efterfølgende kom dette selskab i økonomiske vanskeligheder og blev overtaget af det børsnoterede selskab IREN SpA, som fortsatte leveringen af de overdragne tjenesteydelser. Dette anså Domstolen for en ulovlig ændring af kontrakten. Domstolen anførte, at det fremgår af ordlyden af artikel 72, stk. 1, i direktiv 2014/24/EU, at dens anvendelsesområde er begrænset til det tilfælde, hvor efterfølgeren til den oprindelige entreprenør fortsætter gennemførelsen af en offentlig kontrakt, som har været genstand for en oprindelig udbudsprocedure i overensstemmelse med de krav, der er fastlagt i direktivet, herunder overholdelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligebehandlingsprincippet og princippet om en effektiv konkurrence mellem de økonomiske aktører. Denne fortolkning støttes af stk. 4 i denne artikel 72, hvorefter en ændring af en kontrakt anses for at være væsentlig, hvis ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, samt af formålet om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, som direktiverne på området forfølger, ikke alene til fordel for de økonomiske aktører, men også for de ordregivende myndigheder. Dermed kan en ændring af entreprenøren som den i hovedsagen omhandlede ikke henhøre under anvendelsesområdet for artikel 72 i direktiv 2014/24, eftersom den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt oprindeligt blev tildelt en in house-enhed uden en udbudsprocedure (ECLI:EU:C: 2022:372, præmis 41-43).

- 25 Dette kan tale til fordel for en generel undtagelse af kontrakter, som oprindeligt er blevet tildelt til en in house-enhed, fra anvendelsesområdet for artikel 72 og dermed også fra bestemmelsen i artikel 72, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/24/EU, som er relevant i den foreliggende sag, hvis betingelserne for en in house-tildeling ikke længere er opfyldt på tidspunktet for ændringen af kontrakten.
- 26 Hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er nemlig at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender fællesskabsretten navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf (Domstolens dom af 19.6.2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008: 351, Sml. 2008 I-4401, præmis 31, 32 – presstext; Domstolens dom af 12.5.2022, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372, præmis 42 – Comune di Lerici). Det tilstræbte mål om at sikre størst mulig konkurrence på området for offentlige kontrakter ville imidlertid ikke blive nået, hvis det er muligt at ændre en in house-tildelt kontrakt i kontraktens løbetid uden en ny udbudsprocedure, selv om in house-kriterierne ikke længere er opfyldt. På intet tidspunkt har andre tilbudsgivere og kandidater haft mulighed for at få kontrakten. De havde ikke muligheden i forbindelse med den oprindelige kontrakt, fordi udbudsdirektivet ikke fandt anvendelse, og ikke i forbindelse med en væsentlig ændring af kontrakten, fordi denne var omfattet af artikel 72, i den foreliggende sag af artikel 72, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/24/EU.
- 27 Imidlertid er det efter den forelæggende rets opfattelse ikke hævet over enhver tvivl, om Domstolen faktisk ønskede at begrænse anvendelsesområdet for artikel 72, stk. 1, på denne måde. Dens bemærkninger kan således også forstås således, at artikel 72, stk. 1, ganske vist principielt finder anvendelse ved en oprindelig in house-tildeling, men at det entreprenørskifte, der skal efterprøves, ikke opfylder de i stk. 1, litra d), nr. ii), i direktiv 2014/24/EU regulerede betingelser, hvorefter dette ikke må medføre andre væsentlige ændringer af kontrakten.
- 28 Den støtter således ikke kun sin fortolkning på bestemmelsen i artikel 72, stk. 4, men anfører endvidere, at IREN's fortsættelse af gennemførelsen af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt skal anses for at være resultatet af en ændring af en grundlæggende kontraktbetingelse, som gør det nødvendigt at afholde en udbudsprocedure (Domstolens dom af 12.5.2022, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372, præmis 42 og 50 – Comune di Lerici). Ændringen af en grundlæggende kontraktbetingelse må imidlertid sidestilles med en væsentlig ændring af kontrakten, som et entreprenørskifte i henhold til artikel 72, stk. 1, litra d), nr. ii), ikke må medføre.
- 29 Det kan muligvis også tale til fordel for, at artikel 72, stk. 1, litra c), finder anvendelse på kontrakter, der oprindeligt blev tildelt in house uden udbudsprocedure, at det med hensyn til fællesskabsrettens målsætning (jf. præmis 26) næppe gør nogen forskel, om kontrakten blev tildelt uden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU, fordi der var tale om en in house-

tildeling, eller fordi fællesskabsretten slet ikke fandt anvendelse endnu, da den oprindelige kontrakt blev indgået.

- 30 Efter den forelæggende rets opfattelse er det derimod uden betydning, om den oprindelige koncessionstildeling til de adciterede forud for den planlagte privatisering var i overensstemmelse med udbudsreglerne, eller om privatiseringen af de adciterede fra 1998 udgjorde en væsentlig ændring af koncessionsaftalerne, da fristen på seks måneder i konkurrencelovens § 135, stk. 2, som blev indført i forbindelse med gennemførelsen af artikel 2f, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665/EØF, er udløbet for længst.
- 31 Intentionen bag denne præklusionsfrist, som var at sørge for retssikkerhed efter udløbet af rimelige minimumsforældelsesfrister, ville blive modarbejdet, hvis overholdelsen af udbudsreglerne i forbindelse med den oprindelige tildeling eller forudgående ændringer kunne drages i tvivl ved enhver følgende ændring også efter udløbet af disse frister. Det generelle princip om retssikkerhed er til hinder for en efterprøvelse af lovligheden af tildelingen af eller ændringer i offentlige kontrakter, efter at den fastsatte præklusionsfrist er udløbet (Domstolens dom af 26.3.2020, C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240, præmis 102- Hungeod Közlekedésfejlesztési).
- 32 Det rejste præjudicielle spørgsmål er derfor efter rettens opfattelse vigtigt for sagens afgørelse. Retten kan ikke se, at tvisten ud fra andre juridiske synspunkter kan afgøres, uden at spørgsmålet besvares.

[Udelades]