

Zadeva C-452/23

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

19. julij 2023

Predložitveno sodišče:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

16. junij 2023

Predlagateljici in pritožnici:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Nasprotna stranka v postopku s predlogom za revizijo in nasprotna stranka v pritožbenem postopku:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[...] (ni prevedeno)

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (VIŠJE DEŽELNO SODIŠČE V
DÜSSELDORFU, NEMČIJA)

SKLEP

V revizijskem postopku oddaje javnega naročila

1. Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, [...] (ni prevedeno)

[...] (ni prevedeno) Köln,

2. Tesla Germany GmbH, [...] (ni prevedeno)

[...] (ni prevedeno) Berlin,

predlagateljici in pritožnici,

[...] (ni prevedeno),

proti

Die Autobahn GmbH des Bundes [...] (ni prevedeno),

[...] (ni prevedeno) Berlin,

nasprotna stranka in nasprotna stranka v pritožbenem postopku,

[...] (ni prevedeno),

ob udeležbi

1. Autobahn Tank & Rast GmbH, [...] (ni prevedeno) Bonn,

2. Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, [...] (ni prevedeno) Berlin,

intervenientki,

[...] (ni prevedeno),

je senat za javna naročila pri Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu) na podlagi ustne obravnave z dne 27. aprila 2023 [...] (ni prevedeno)

skleni:

[...] (ni prevedeno).

Sodišču Evropske unije se zaradi razlage Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju v predhodno odločanje predloži to vprašanje:

Ali je treba člen 72(1)(c) Direktive 2014/24/EU razlagati tako, da na njegovo področje uporabe spadajo tudi taka javna naročila, ki so bila prej zunaj področja uporabe Direktive 2014/24/EU oddana *in house* subjektu, vendar pa pogoji za oddajo „in house“ v času spremembe pogodbe niso več izpolnjeni?

O b r a z l o ž i t e v:

I.

- 1 Nasprotna stranka je infrastrukturna družba zasebnega prava v lasti Zvezne republike Nemčije, ki tega lastništva ne more odsvojiti. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (zvezno ministrstvo za promet in digitalno infrastrukturo, Nemčija) je nanjo s 1. januarjem 2021 preneslo načrtovanje, izgradnjo, obratovanje, vzdrževanje, financiranje in premoženjsko upravljanje

zveznih avtocest. Finančna sredstva, ki jih potrebuje za opravljanje nalog, ji zagotavlja Zvezna republika Nemčija.

- 2 Del avtocestnega omrežja je prek 400 upravljanih počivališč s spremljajočimi objekti, kot so črpalke in lokali. Upravljavka spremljajočih objektov je bila sprva družba Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN), ki jo je leta 1951 ustanovila Zvezna republika Nemčija. Ta družba je bila leta 1994 pred načrtovano privatizacijo preimenovana v družbo Tank & Rast AG. Sprva to ni vplivalo na lastniško strukturo, edina delničarka je bila Zvezna republika Nemčija. Še istega leta je družba Tank & Rast AG kupila družbo Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 3 Zvezna republika Nemčija je v letih od 1996 do 1998 brez predhodnega javnega razpisa z družbo Tank & Rast AG, katere lastnica je tedaj še v celoti bila Zvezna republika Nemčija, sklenila približno 280 še danes veljavnih koncesijskih pogodb o obratovanju spremljajočih objektov na zveznih avtocestah na podlagi nove vzorčne koncesijske pogodbe. Ta koncesionarju priznava pravico, da na opredeljenem industrijskem zemljišču zgradi in upravlja s spremljajočim objektom, ki je namenjen potrebam prometnih udeležencev na zvezni avtocesti. V zameno mora plačati koncesijsko dajatev, ki je odvisna od ustvarjenega prometa. Del koncesijskih pogodb je obratovalni koncept, ki predvideva določeno število avtomatov za točenje goriva in parkirnih mest ter lokal in javna stranišča. Spremljajoči objekt mora biti odprt 24 ur na dan. Koncesijske pogodbe so sklenjene za največ 40 let. Vzorčna koncesijska pogodba je bila leta 1997 objavljena v uradnem delu Verkehrsblatt, ki je uradno glasilo zveznega ministrstva za promet in digitalno infrastrukturo, pod številko 226, str. 825 in naslednje.
- 4 Z začetkom v letu 1998 je bila družba Tank & Rast AG privatizirana prek banke [...] (ni prevedeno) v okviru postopka izbire vlagateljev [...] (ni prevedeno). Postopek izbire vlagateljev, ki se ga je udeležilo približno 50 domačih in tujih interesentov, je na koncu pripeljal do dogovora s konzorcijem, ki so ga sestavljali družba LSG Lufthansa Service Holding AG, družba Allianz Capital Partners GmbH in trije investicijski skladi. Podjetja v okviru konzorcija so načrtovani prevzem priglasila Komisiji Evropskih skupnosti, ki je 7. decembra 1998 v skladu s členom 6(1)(b) Uredbe št. 4064/89/EGS o nadzoru koncentracij podjetij ugotovila, da v zvezi s tem nima pomislekov (št. zadeve IV/M.1361). S preimenovanjem sta iz družbe Tank & Rast AG izšli intervenientki kot sedanji imetnici koncesije.
- 5 Po privatizaciji je bilo v letih od 1999 do 2019 intervenientkama podeljenih še nadaljnjih približno 80 koncesij, od katerih jih je bilo glede na njune lastne navedbe 19 podeljenih v okviru javnega razpisa. Intervenientki imata s tem koncesijo za približno 90 odstotkov vseh spremljajočih objektov.
- 6 Schnellladegesetz (zakon o hitrem polnjenju, Nemčija), ki velja na nemški zvezni ravni, z dne 25. junija 2021, ki se uporablja za povsem baterijska električna vozila

v smislu člena 4 Uredbe 2018/858/EU, nasprotno stranko v postopku s predlogom za revizijo v členu 5(3), prvi stavek, zavezuje, da imetniku koncesije za obratovanje spremljajočega objekta z bencinsko črpalko ponudi, da ta v okviru lastne pridobitne dejavnosti prevzame vzpostavitev, vzdrževanje in obratovanje mest za hitro polnjenje, načrtovanih na tej lokaciji, če je to potrebno in ne nasprotuje Delu 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence, Nemčija, v nadaljevanju: GWB) (Bundesgesetzblatt 2021, Del I, str. 2141 in naslednje). Del 4 GWB ureja nemško pravo javnih naročil. Nasprotna stranka je v okviru te zakonske obveznosti z intervenientkama 28. aprila 2022 sklenila dogovor o dopolnitvi približno 360 obstoječih koncesijskih pogodb z vzpostavitvijo, vzdrževanjem in obratovanjem delujoče infrastrukture za hitro polnjenje v okviru lastne pridobitne dejavnosti, ki vključuje obveznost zagotovitve polnilnih mest v številu, določenem za vsako lokacijo.

- 7 Nasprotna stranka v postopku s predlogom za revizijo je to spremembo objavila v Uradnem listu Evropske unije z dne 6. maja 2022, pri čemer je to, da ni izvedla javnega razpisa, utemeljila s členom 132 GWB. Zagotovitev infrastrukture za hitro polnjenje naj bi kot dodatna storitev postala potrebna v okviru koncesijskih pogodb, česar naj pri njihovi sklenitvi še ne bi bilo mogoče predvideti (Dodatek k Uradnemu listu Evropske unije, št. objave 2022/S 089-245969).
- 8 Predlagateljici upravljata infrastrukturo za polnjenje električnih vozil. Z odvetniškim dopisom z dne 20. maja 2022 sta predlagali začetek revizijskega postopka. V obrazložitvi sta navedli, da je dogovor o dopolnitvi pogodb, sklenjen z intervenientkama, v skladu s členom 135(1), točka 2, GWB neveljaven, saj je bilo naročilo oddano brez predhodne objave za območje celotne EU. Spremembe naj ne bi bilo mogoče opreti na člen 132 GWB. Tega člena naj se sploh ne bi moglo uporabiti, ker obstoječe koncesije niso bile podeljene v okviru javnega razpisa.
- 9 Drugi senat za javna naročila na zvezni ravni je predlog predlagateljic za revizijo zavrnil s sklepom z dne 15. junija 2022 (VK 2-54/22). Določba člena 132 GWB naj bi se v skladu s členom 154, točka 3, GWB uporabljala za obstoječe koncesije. Njihova sprememba z dogovorom o dopolnitvi z dne 28. aprila 2022 naj ne bi bila bistvena v smislu člena 132(1) GWB. Spremljajoči objekti naj bi bili namenjeni polnjenju vozil prometnih udeležencev, pod kar naj bi s funkcionalno presojo vsekakor spadalo tudi polnjenje z elektriko. Sprememba pa naj bi bila vsekakor dopustna v skladu s členom 132(2), prvi stavek, točka 3, GWB, saj naj leta 1998 še ni bilo mogoče predvideti potrebe po vzpostavitvi infrastrukture za hitro polnjenje.
- 10 Zoper ta sklep senata za javna naročila sta predlagateljici vložili takojšnjo pritožbo na Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu). Sprememba v skladu s členom 132(1) in (2) GWB naj že zato ne bi prišla v poštev, ker se ta določba sploh ne uporablja za spremembo javnih naročil, ki prvotno niso bila oddana v okviru pravil konkurence, temveč so bila brez javnega

razpisa oddana *in house* subjektu, kot to izhaja iz sodbe Sodišča Evropske unije z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici (C-719/20). To naj bi še toliko bolj veljalo, če je bila že prvotna koncesija v preteklosti podeljena v nasprotju s pravili javnega naročanja; oddaja „in house“, pri kateri se ve, da bo sledila privatizacija, naj bi bila nedopustna.

- 11 Nasprotna stranka in intervenientki zagovarjajo odločitev senata za javna naročila. Nebistvene spremembe javnih naročil naj bi vedno bile dopustne. Člen 72 Direktive 2014/24/EU oziroma člen 132 GWB naj bi sploh zadevala le bistvene spremembe. Za te naj bi se uporabljala ne glede na okoliščine prvotne oddaje. Navedena sodba Sodišča Evropske unije naj bi zadevala le vprašanje, ali je treba v primeru, ko niso več izpolnjeni pogoji za oddajo „in house“, objaviti nov razpis, ker naj bi to bila bistvena sprememba, ki ni zajeta z nobeno izjemo.

II.

- 12 Senat meni, da je uspeh pritožbe odvisen od odgovora na vprašanje za predhodno odločanje. Pred odločitvijo je zato treba prekiniti postopek in na podlagi člena 267, prvi odstavek, točka (b), in drugi odstavek, PDEU pridobiti predhodno odločbo Sodišča Evropske unije. V okviru predhodne odločbe so pomembni ti pravni preudarki:
- 13 [...] (ni prevedeno). Odločilno je le to, ali je dogovor o dopolnitvi pogodb, sklenjen z intervenientkama, neveljaven v skladu s členom 135(1), točka 2, GWB in je zato predlog za revizijo utemeljen.
- 14 Ustrezna načela so opredeljena v členih 135(1), 132(1) in (2) in 154, točki 3 in 4, zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (GWB) z dne 26. junija 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, Del I, str. 1750 in naslednje) v različici z dne 18. aprila 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, Del I, str. 203 in naslednje), ki med drugim določajo:
- 15 Člen 135 GWB Neveljavnost
1. Javno naročilo je že od vsega začetka neveljavno, če je javni naročnik:
 - (1) [...]
 - (2) oddal naročilo, ne da bi prej objavil obvestilo v Uradnem listu Evropske unije, razen če je to dovoljeno na podlagi zakona,

in če je bila ta kršitev ugotovljena v okviru revizijskega postopka.
 2. Neveljavnost v skladu s prvim odstavkom se lahko ugotovi le, če se jo uveljavlja v revizijskem postopku v 30 koledarskih dneh po tem, ko je javni naročnik obvestil zadevne ponudnike in kandidate o sklenitvi pogodbe, vendar najpozneje šest mesecev po sklenitvi pogodbe. Če je naročnik oddajo javnega naročila objavil v Uradnem listu Evropske unije, se rok za uveljavljanje

neveljavnosti izteče 30 koledarskih dni po objavi obvestila o oddaji naročila v Uradnem listu Evropske unije.

16 Člen 132 GWB Spremembe pogodb o izvedbi javnih naročil med njihovo veljavnostjo

1. Če med veljavnostjo pogodbe pride do bistvenih sprememb javnega naročila, je potrebno izvesti nov postopek javnega naročanja. Bistvene so tiste spremembe, ki povzročijo, da se javno naročilo občutno razlikuje od prvotno oddanega javnega naročila. [...]

2. Ne glede na prvi odstavek je dopustna sprememba javnega naročila brez izvedbe novega postopka javnega naročanja, če:

[...]

(3) je bila sprememba potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ni mogel predvideti, in če sprememba ne spreminja splošne narave javnega naročila [...].

V primerih iz točk 2 in 3 prvega stavka se cena ne sme zvišati za več kot 50 odstotkov vrednosti prvotnega naročila.

17 Člen 154 GWB Druge upoštevalne določbe

Poleg tega je treba pri podelitvi koncesij [...] ustrezno upoštevati te določbe:

[...]

3. člen 131(2) in (3) in člen 132 [...],

4. člene od 133 do 135, [...].

18 Senat meni, da so pogoji dejanskega stanu iz člena 132(2), točka 3, GWB pri vsebinski dopolnitvi skoraj vseh koncesijskih pogodb izpolnjeni, saj javni naročnik vsekakor pri sklenitvi pogodb v letih od 1996 do 1998 ni mogel predvideti, da se bo razvila potreba po infrastrukturi za hitro polnjenje na počivališčih ob zveznih avtocestah in da se bo pojavila zakonska obveznost za njeno vzpostavitev, in se splošna narava koncesij v zvezi s spremljajočimi objekti z dopolnitvijo pogodb ne spreminja. Tudi vrednost prvotnega naročila se ne zvišuje za več kot 50 odstotkov.

19 Senat pa meni, da ni jasno, ali na področje uporabe člena 132(2), točka 3, GWB, s katerim je bil v nacionalno pravo prenesen člen 72(1)(c) Direktive 2014/24/EU o javnem naročanju in ki ga je zato treba razlagati v skladu s to direktivo, spadajo tudi take pogodbe, ki so bile zunaj področja uporabe prava javnih naročil, določenega v delu 4 GWB, sklenjene z *in house* subjektom javnega naročnika, vendar pa v času spremembe naročila merila „in house“ niso več izpolnjena, saj je kapital koncesionarja sedaj v celoti v rokah zasebnih vlagateljev.

- 20 Od tega pa je odvisna odločitev v zadevi, saj senat v dogovoru o dopolnitvi pogodb vidi bistveno spremembo v smislu člena 132(1), prvi stavek, GWB. Odločilno je torej, ali lahko nasprotna stranka v postopku s predlogom za revizijo in intervenientki med njimi obstoječe koncesijske dogovore, do katerih je prišlo brez javnega razpisa, v skladu s členom 132(2), prvi stavek, točka 3, v povezavi s členom 154, točka 3, GWB brez izvedbe novega postopka javnega naročanja dopolnijo z vzpostavitvijo, vzdrževanjem in obratovanjem delujoče infrastrukture za hitro polnjenje v okviru lastne pridobitne dejavnosti, ker je bila tedaj oddaja javnega naročila v smislu člena 135(1), točka 2, GWB na podlagi zakona dopustna brez predhodne objave obvestila v Uradnem listu Evropske unije.
- 21 Senat meni, da besedilo člena 72 Direktive 2014/24/EU o javnem naročanju ni dovolj jasno. V členu 72(1), prvi stavek, (2) in (5) je sicer govora o izvedbi „novega postopka javnega naročanja“. Člen 72(1)(b) vsebuje opredelitev „prvotnega javnega naročila“, člen 72(4)(a) pa opredelitev „prvotnega postopka javnega naročanja“. Tudi v uvodni izjavi 109 Direktive 2014/24/EU o javnem naročanju, ki se nanaša na člen 72(1)(c), je navedeno, da je potrebna določena prožnost za prilagoditev javnega naročila nepredvidenim okoliščinam brez „novega postopka javnega naročanja“. V skladu z običajno jezikovno rabo je o „novem“ postopku mogoče govoriti tedaj, če je bil pred tem izpeljan „stari“ oziroma „prvotni“ postopek. Pojem „postopek javnega naročanja“ v povezavi z Direktivo 2014/24/EU o javnem naročanju poleg tega verjetno kaže na to, da gre pri tem za uradni postopek v skladu z določbami Direktive 2014/24/EU. Nujno pa to ni. Tudi pooblastitev *in house* subjekta se lahko razume kot oddaja javnega naročila (oddaja „in house“), časovni potek do oddaje javnega naročila pa kot postopek.
- 22 Senat meni, da tudi dosedanja sodna praksa Sodišča Evropske unije ne vodi do jasnega rezultata. Sodišče Evropske unije je tako v dveh odločbah svoja načela za naknadne spremembe pogodb uporabilo za take pogodbe, ki so bile sklenjene v času, ko se pravo Skupnosti še ni uporabljalo. V svoji temeljni sodbi z dne 19. junija 2008, pressetext (C-454/06), ni le razvilo načel, kdaj sprememba določil javnega naročila med njegovo veljavnostjo pomeni novo oddajo naročila, temveč je tudi štelo, da se ta načela uporabljajo za naročilo, ki je bilo sklenjeno pred pristopom Republike Avstrije k Evropski uniji, za katerega se takrat torej še niso uporabljali predpisi Skupnosti (ECLI:EU:C:2008:351, Recueil, str. I-4401, točka 28 in točke od 34 do 37). V okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti proti Italijanski republiki je Sodišče Evropske unije glede podaljšanja koncesije za gradnje, podeljene že leta 1969 in s tem pred izdajo upoštevni določb prava Unije, pojasnilo, da je zakonodaja Unije, ki se uporablja, tista zakonodaja, ki je veljala na datum spremembe pogodbe, in da dejstvo, da je bila prvotna koncesijska pogodba sklenjena pred sprejetjem pravil Unije na tem področju, nima posledic (sodba Sodišča Evropske unije z dne 18. septembra 2019, C-526/17, ECLI:EU:C:2019:756, točka 60).
- 23 To bi se lahko razumelo tako, da za uporabo načel glede naknadnih sprememb pogodb brez izvedbe (novega) postopka javnega naročanja, ki so sedaj določeni v

členu 72 Direktive 2014/24/EU o javnem naročanju, ni bistveno, na kakšen način je prišlo do prvotnega naročila, zlasti ali so se pri tem upoštevala načela nediskriminacije, enakosti in učinkovite konkurence. Za tako razlago bi lahko tudi govorilo, da Sodišče Evropske unije na splošno ne vidi nobenega razloga za poseganje v obstoječa, za nedoločen čas ali za več let sklenjena pravna razmerja, če so bila ta pravna razmerja utemeljena pred začetkom veljavnosti določb Unije s tega področja (sodbi Sodišča Evropske unije z dne 24. septembra 1998, Tögel, C-76/97, ECLI:EU:C:1998:432, Recueil, str. I-5357, točka 54, in z dne 5. oktobra 2000, Matra-Transport, C-337/98, ECLI:EU:C:2000:543, Recueil, str. I-8377, točka 38).

- 24 V drugo smer pa gre sodba Sodišča Evropske unije z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici (C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372). Italijanska občina Lerici je z odločbo, ki je bila izrecno opredeljena kot „oddaja naročila in house“, upravljanje storitve celovitega ravnanja z odpadki oddala družbi, katere lastništvo je bilo izključno razdeljeno med več občin, med katerimi je bila tudi sama. Kasneje je ta družba zašla v finančne težave, prevzela jo je družba IREN SpA, ki kotira na borzi in ki je nadaljevala z opravljanjem prenesenih storitev. Sodišče Evropske unije je v tem prepoznalo nedopustno spremembo pogodbe. Iz besedila člena 72(1) Direktive 2014/24/EU naj bi bilo razvidno, da je njegovo področje uporabe omejeno na primere, v katerih pravni naslednik izvirnega izvajalca nadaljuje izvedbo javnega naročila, ki je bilo predmet prvotnega postopka oddaje, skladnega z zahtevami iz navedene direktive, med katerimi je spoštovanje načel prepovedi diskriminacije, enakosti in učinkovite konkurence med gospodarskimi subjekti. Taka razlaga naj bi bila podprta tudi s členom 72(4) zadevne direktive, v skladu s katerim se sprememba pogodbe o izvedbi javnega naročila šteje za bistveno, če se z njo uvedejo pogoji, ki bi, če bi bili vključeni v prvotni postopek oddaje javnega naročila, omogočali udeležbo drugih kandidatov kot tistih, ki so bili prvotno izbrani, ali sprejem druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno izbrana, ali pa bi k sodelovanju v postopku javnega naročanja pritegnili še druge udeležence, ter naj bi tudi bila v skladu s ciljem vzpostavitve čim večje konkurence na trgu javnih naročil, ki mu sledijo direktive na tem področju in ki ni le v interesu gospodarskih subjektov, ampak tudi naročnikov. Zato naj sprememba izvajalca, kot je ta v postopku v glavni stvari, ne bi mogla spadati na področje uporabe člena 72 Direktive 2014/24, ker je bilo javno naročilo, obravnavano v postopku v glavni stvari, prvotno zaupano *in house* subjektu brez javnega razpisa (ECLI:EU:C:2022:372, točke od 41 do 43).
- 25 To bi lahko govorilo za splošni izvzem javnih naročil, prvotno oddanih *in house* subjektu, iz področja uporabe člena 72 in s tem tudi iz področja uporabe tu upoštevne določbe člena 72(1)(c) Direktive 2014/24/EU, če v času spremembe pogodbe niso več izpolnjeni pogoji za oddajo „in house“.
- 26 Glavni cilj predpisov Skupnosti o javnih naročilih je namreč zagotoviti prost pretok storitev in vzpostaviti neizkrivljeno konkurenco v vseh državah članicah. Pravo Skupnosti za izpolnitev tega dvojnega cilja uporablja zlasti načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, načelo enakega obravnavanja

ponudnikov in obveznost preglednosti, ki iz njiju izhaja (sodbi Sodišča Evropske unije z dne 19. junija 2008, presesetext, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, Recueil, str. I-4401, točki 31 in 32, in z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372, točka 42). Cilj vzpostavitve čim večje konkurence na področju javnih naročil pa ne bi bil dosežen, če je med veljavnostjo pogodbe o izvedbi javnega naročila, oddanega „in house“, možna njena sprememba brez novega postopka javnega naročanja, čeprav merila za oddajo „in house“ sedaj niso več izpolnjena. Drugi ponudniki in kandidati v nobenem trenutku ne bi imeli možnosti, da prejmejo naročilo. Prvotnega naročila ne bi mogli prejeti zato, ker ni spadalo na področje uporabe Direktive o javnem naročanju, v okviru bistvene spremembe pogodbe pa naročila ne bi mogli prejeti zato, ker bi bila ta sprememba podprta s členom 72, v obravnavanem primeru konkretno s členom 72(1)(c) Direktive 2014/24/EU.

- 27 Senat pa meni, da ni povsem jasno, ali je Sodišče Evropske unije dejansko želelo v tem smislu omejiti področje uporabe člena 72(1). Njegove navedbe bi se lahko razumelo tudi tako, da se člen 72(1) v primeru prvotne oddaje „in house“ sicer načelno lahko uporabi, da pa zamenjava izvajalca, ki je predmet presoje, ne izpolnjuje pogojev, določenih v odstavku 1(d)(ii) navedenega člena Direktive 2014/24/EU, v skladu s katerimi taka zamenjava ne sme vključevati drugih bistvenih sprememb javnega naročila.
- 28 Tako meni, da določba člena 72(4) podpira njegov rezultat razlage, in poleg tega navaja, da to, da družba IREN SpA nadaljuje izvedbo javnega naročila iz postopka v glavni stvari, povzroči spremembo temeljnega pogoja naročila, zaradi katere je potrebno izvesti javni razpis (sodba Sodišča Evropske unije z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372, točki 42 in 50). Spremembo temeljnega pogoja naročila pa je treba enačiti z bistveno spremembo naročila, ki je zamenjava izvajalca v skladu s členom 72(1)(d)(ii) ne sme povzročiti.
- 29 V prid uporabi člena 72(1)(c) za naročila, ki so bila prvotno oddana „in house“ brez javnega razpisa, bi morda tudi lahko govorilo, da glede na cilje prava Skupnosti (glej točko 26) ne bi smelo biti odločilno, ali je bilo naročilo zunaj področja uporabe Direktive 2014/24/EU oddano zato, ker je šlo za oddajo „in house“, ali pa zato, ker se zadevno pravo Skupnosti v času sklenitve prvotne pogodbe sploh še ni uporabljalo.
- 30 Senat predložitvenega sodišča na drugi strani meni, da ni pomembno, ali je bila prvotna podelitev koncesije intervenientkama pred načrtovano privatizacijo v skladu s pravom javnih naročil oziroma ali je privatizacija intervenientk po letu 1998 pomenila bistveno spremembo koncesijskih pogodb, saj se je v tem pogledu že zdavnaj iztekel šestmesečni rok iz člena 135(2) GWB, s katerim je bil v nacionalno zakonodajo prenesen člen 2f(1)(b) Direktive 89/665/EGS.
- 31 V nasprotju z namenom tega prekluzivnega roka, da se po izteku primernih minimalnih zastaralnih rokov vzpostavi pravna varnost, bi bilo, če bi se lahko tudi še po izteku teh rokov ob vsaki naslednji spremembi izpodbijala skladnost prvotne

oddaje ali predhodnih sprememb s pravom javnih naročil. Splošno načelo pravne varnosti po tem, ko se je iztekel predvideni prekluzivni rok, ne dopušča več nadzora zakonitosti oddaje ali spremembe javnega naročila (sodba Sodišča Evropske unije z dne 26. marca 2020, Hungeod Közlekedésfejlesztési, C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240, točka 102).

- 32 Senat zato meni, da je odgovor na vprašanje za predhodno odločanje bistven za sprejetje odločitve. Prav tako meni, da o sporu, brez odgovora na to vprašanje, ni mogoče odločiti ob upoštevanju drugih pravnih vidikov.

[...] (ni prevedeno)

DELOVNI DOKUMENT