

Asia C-452/23

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

19.7.2023

Ennakkoratkaisupyyntön esittävä tuomioistuin:

Oberlandesgericht Düsseldorf (osavaltion ylioikeus, Düsseldorf, Saksa)

Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

16.6.2023

Valittajat:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Vastapuoli:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[– –]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

VÄLIPÄÄTÖS

Julkista hankintaa koskevassa muutoksenhakumenettelyssä

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

[– –] Köln,

2. Tesla Germany GmbH, [– –]

[– –] Berliini,

valittajina,

[– –]

vastaan

Die Autobahn GmbH des Bundes [– –],

[– –] Berliini,

vastapuolena,

[– –]

muiden osapuolten

1. Autobahn Tank & Rast GmbH, [– –] Bonn,
2. Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, [– –] Berliini,
osallistuessa asian käsittelyyn,

[– –]

Oberlandesgericht Düsseldorfin julkisia hankintoja käsittelevä jaosto on 27.4.2023 pidetyn istunnon [– –] jälkeen

päättänyt seuraavaa:

[– –].

Unionin tuomioistuimelle esitetään seuraava ennakkoratkaisukysymys julkisista hankinnoista [ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta] 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU tulkinnasta:

Onko direktiivin 2014/24/EU 72 artiklan 1 kohdan c alakohtaa tulkittava siten, että sen soveltamisalaan kuuluvat myös sellaiset hankintasopimukset, jotka on aikaisemmin direktiivin 2014/24/EU soveltamisalan ulkopuolella tehty in house -yksikön kanssa, mutta in house -hankinnan edellytykset eivät enää täyty sopimuksen muutoshetkellä?

Perusteet:

I.

- 1 Vastapuoli on yksityisoikeudellinen infrastruktuuriyhtiö, joka kuuluu Saksan liittotasavallan luovuttamattomaan omistukseen. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (liittovaltion liikenne- ja digitaalisen infrastruktuurin ministeriö, Saksa) siirsi sen tehtäväksi 1.1.2021 alkaen liittovaltion moottoriteiden suunnittelun, rakentamisen, käytön, kunnossapidon, rahoituksen ja omaisuudenhoidon. Saksan liittotasavalta antaa vastapuolelle sen tehtävien suorittamiseen tarvittavat taloudelliset resurssit.

- 2 Moottoritieverkoston kuuluu yli 400 hallintoa levähdysaluetta, joilla ylläpidetään huoltoasemien ja ravintoloiden kaltaisia oheistoimintoja. Oheistoimintojen harjoittaja oli alun perin Saksan liittotasavallan vuonna 1951 perustama Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN). Sen nimeksi muutettiin vuonna 1994 Tank & Rast AG suunniteltua yksityistämistä silmällä pitäen. Tämä ei aluksi muuttanut omistusrakennetta mitenkään; ainoa osakkeenomistaja oli Saksan liittotasavalta. Vielä samana vuonna Tank & Rast AG osti Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH:n.
- 3 Saksan liittotasavalta teki vuosina 1996–1998 ilman edeltävää tarjouskilpailua tuolloin vielä liittovaltion omistaman Tank & Rast AG:n kanssa noin 280 edelleen voimassa olevaa käyttöoikeussopimusta, jotka koskivat oheistoimintojen harjoittamista liittovaltion moottoriteillä, uuden käyttöoikeussopimusmallin perusteella. Siinä annetaan käyttöoikeuden haltijalle oikeus rakentaa määritetyille käyttöpaikalle liittovaltion moottoriteiden käyttäjien tarpeita palveleva oheisyksikkö, ja käyttää sitä. Vastikkeena sen on suoritettava liikevaihdosta riippuva käyttöoikeusmaksu. Käyttöoikeussopimukseen kuuluu toimintasuunnitelma, jossa määrätään kiinteistä pumppujen ja palvelupisteiden määrästä sekä ravintolasta ja yleisistä käymälöistä. Oheisyksikön on oltava avoinna 24 tuntia vuorokaudessa. Käyttöoikeussopimusten voimassaoloaika on enintään 40 vuotta. Käyttöoikeussopimusmalli julkaistiin liikennelehden (Verkehrsblatt), joka on liittovaltion liikenne- ja digitaalisen infrastruktuurin ministeriön virallinen lehti, virallisessa osassa vuonna 1997, numerossa 226, sivulla 825 ja sitä seuraavilla sivuilla.
- 4 Vuonna 1998 Tank & Rast AG yksityistettiin pankin [– –] välityksellä sijoittajien valintamenettelyn [– –] puitteissa. Sijoittajien valintamenettely, johon osallistui noin 50 kotimaista ja ulkomaista ehdokasta, johti lopulta sopimukseen LSG Lufthansa Service Holding AG:n, Allianz Capital Partners GmbH:n ja kolmen sijoitusrahaston muodostaman konsortion kanssa. Konsortioon kuuluvat yritykset ilmoittivat suunnitellusta yritysostosta Euroopan yhteisöjen komissiolle, joka 7.12.1998 totesi yrityskeskittymien valvonnasta annetun asetuksen (ETY) N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla, ettei tältä osin ollut epäilyjä (asian numero IV/M.1361). Nimenmuutosten seurauksena Tank & Rast AG:sta on tullut nykyisinä käyttöoikeuden haltijoina asian käsittelyyn osallistuvat muut osapuolet.
- 5 Vuosina 1999–2019 tapahtuneen yksityistämisen jälkeen näiden muiden osapuolten kanssa tehtiin muita käyttöoikeussopimuksia (noin 80 kpl.), joista niiden omien väitteiden mukaan 19 tehtiin tarjouskilpailun perusteella. Muut osapuolet ovat siis nykyisiä käyttöoikeuden haltijoita noin 90 prosentissa kaikista oheisyksiköistä.
- 6 Asetuksen 2018/858/EU 4 artiklassa tarkoitettuihin täyssähköisiin ajoneuvoihin sovellettavan 25.6.2021 annetun Saksan liittovaltion pikalatauslain (Schnellladegesetz) 5 §:n 3 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan

huoltoasemaan liitetyn oheisyksikön käyttöoikeuden haltijalle on tarjottava tälle käyttöpaikalle suunniteltujen pikalatauspisteiden rakentamisen, ylläpidon ja käytön taloudellisesti itsenäinen vastattavaksi ottaminen, siltä osin kuin se on tarpeen eikä ole ristiriidassa kielletyistä kilpailunrajoituksista annetun lain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundesgesetzblatt 2021, osa I, s. 2141 ja sitä seuraavat sivut, jäljempänä GWB) 4 osan kanssa. GWB:n 4 osassa säädetään Saksan julkisia hankintoja koskevista säännöistä. Tämän lakisääteisen tehtävän täyttämiseksi vastapuoli sopi muiden osapuolten kanssa 28.4.2022 siitä, että voimassa olevia noin 360 käyttöoikeussopimusta täydennetään sisältämään toimivan pikalatausinfrastruktuurin rakentamisen, ylläpidon ja käytön taloudellisesti itsenäinen vastattavaksi ottaminen siten, että kullekin käyttöpaikalle vahvistettu pikalatauspisteiden määrä on pidettävä saatavilla.

- 7 Vastapuoli ilmoitti muutoksesta Euroopan unionin virallisessa lehdessä 6.5.2022, ja perusteli tässä yhteydessä tarjouskilpailusta luopumisen GWB:n 132 §:llä. Pikalatausinfrastruktuurin tarjoaminen oli tullut tarpeelliseksi käyttöoikeussopimukseen sisältyvänä lisäpalveluna, joka ei vielä ollut ennakoitavissa sopimusten tekohetkellä (Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosa, ilmoituksen numero 2022/S 089-245969).
- 8 Kukin valittaja ylläpitää sähköajoneuvojen latausinfrastruktuuria. Ne pyysivät 20.5.2022 päivätyllä asianajajan kirjeellä muutoksenhakumenettelyn aloittamista. Perusteluina ne väittivät, että muiden osapuolten kanssa tehty täydentävä sopimus oli GWB:n 135 §:n 1 momentin 2 kohdan nojalla pätemätön, koska hankintasopimus oli tehty ilman edeltävää unionin laajuista julkaisemista. Muutos ei voi perustua GWB:n 132 §:ään. Tätä säännöstä ei voida edes soveltaa, koska nykyisten käyttöoikeussopimusten sopijapuolia ei valittu tarjouskilpailun perusteella.
- 9 Liittovaltion julkisia hankintoja käsittelevä toinen oikaisulautakunta hylkäsi valittajien tekemän valituksen 15.6.2022 tekemällään päätöksellä (VK 2-54/22). GWB:n 132 §:ää sovelletaan GWB:n 154 §:n 3 momentin nojalla nykyisiin käyttöoikeussopimuksiin. Niiden muutos 28.4.2022 tehdyllä täydentävällä sopimuksella ei ole olennainen GWB:n 132 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla. Oheisyksiköt palvelevat tienkäyttäjien tankkausta, johon ainakin toiminnallisesti kuuluu myös sähkönsä tankkaus. Tämä muutos on joka tapauksessa sallittu GWB:n 132 §:n 2 momentin 3 kohdan nojalla, koska pikalatausinfrastruktuurin tarvetta ei voitu ennakoita vuonna 1998.
- 10 Valittajat ovat valittaneet välittömästi tästä julkisia hankintoja käsittelevän oikaisulautakunnan päätöksestä Oberlandesgericht Düsseldorfin. GWB:n 132 §:n 1 ja 2 momentissa tarkoitettu muutos on poissuljettu jo siksi, että kyseistä säännöstä ei sovelleta lainkaan sellaisten hankintasopimusten muuttamiseen, joiden sopimuspuoleksi on valittu alun perin in house -yksikkö ilman tarjouskilpailua, kuten unionin tuomioistuimen 12.5.2022 antamasta tuomiosta C-719/20, Comune di Lerici, käy ilmi. Tämä pätee erityisesti silloin, kun alkuperäinen käyttöoikeussopimus oli jo tuolloin tehty julkisia hankintoja

koskevan lainsäädännön vastaisesti; in house -hankintasopimus, joka on tehty tietoisena myöhemmästä yksityistämisestä, on kielletty.

- 11 Vastapuoli ja muut osapuolet puolustavat julkisia hankintoja käsittelevän oikaisulautakunnan päätöstä. Hankintasopimusten merkityksettömät muutokset ovat aina sallittuja. Direktiivin 2014/24/EU 72 artikla ja GWB:n 132 § koskevat ylipäänsä vain merkittäviä muutoksia. Tällaisiin muutoksiin niitä sovellettaisiin alkuperäisen hankintasopimuksen olosuhteista riippumatta. Edellä mainittu unionin tuomioistuimen antama tuomio koskee ainoastaan kysymystä siitä, onko in house -edellytysten lakkaamisen jälkeen järjestettävä uusi tarjouskilpailu, koska kyseessä on merkittävä muutos, joka ei kuulu minkään poikkeuksen piiriin.

II.

- 12 Jaosto katsoo, että valituksen menestyminen riippuu ennakkoratkaisukysymykseen annettavasta vastauksesta. Ennen ratkaisun antamista asian käsittelyä on näin ollen lykättävä ja unionin tuomioistuimelle on esitettävä SEUT 267 artiklan ensimmäisen kohdan b alakohdan ja toisen kohdan nojalla ennakkoratkaisupyynnö. Seuraavat oikeudelliset pohdinnat ovat merkityksellisiä ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen kannalta:
- 13 [– –]. Ratkaisevaa on yksinomaan se, onko muiden osapuolten kanssa tehty täydentävä sopimus pätemätön GWB:n 135 §:n 1 momentin 2 kohdan nojalla ja onko valitus näin ollen perusteltu.
- 14 Vastaavat periaatteet on vahvistettu 26.6.2013 annetun GWB:n (Bundesgesetzblatt 2013, osa I, s. 1750 ja sitä seuraavat sivut), sellaisena kuin se on julkaistu 18.4.2016 (Bundesgesetzblatt 2016, osa I, s. 203 ja sitä seuraavat sivut), 135 §:n 1 momentissa, 132 §:n 1 ja 2 momentissa sekä 154 §:n 3 ja 4 momentissa, jotka kuuluvat seuraavasti:
- 15 GWB:n 135 § Pätemättömyys

1 Julkista hankintaa koskeva sopimus on alusta alkaen pätemätön, jos hankintaviranomainen

1. – –

2 on tehnyt sopimuksen julkaisematta ennalta hankintailmoitusta Euroopan unionin virallisessa lehdessä, vaikkei tämä ole lain mukaan sallittua,

ja tämä rikkominen on todettu muutoksenhakumenettelyssä.

(2) Edellä 1 momentissa tarkoitettu pätemättömyys voidaan todeta vain, jos siihen on vedottu muutoksenhakumenettelyssä 30 kalenteripäivän kuluessa siitä, kun hankintaviranomainen on ilmoittanut asianomaisille tarjoajille ja ehdokkaille sopimuksen tekemisestä, kuitenkin viimeistään kuuden kuukauden kuluessa

sopimuksen tekemisestä. Jos hankintaviranomainen on julkaissut hankintasopimuksen Euroopan unionin virallisessa lehdessä, määräaika, jossa pätemättömyyttä koskeva oikeudenkäynti voidaan panna vireille, päättyy 30 kalenteripäivän kuluttua hankintasopimuksen julkaisemisesta Euroopan unionin virallisessa lehdessä.

16 GWB:n 132 § Sopimusten muuttaminen niiden voimassaoloaikana

(1) Julkista hankintaa koskevaan sopimukseen sen voimassaoloaikana tehtävät olennaiset muutokset edellyttävät uutta hankintamenettelyä. Olennaisia muutoksia ovat muutokset, jotka johtavat siihen, että julkista hankintaa koskeva sopimus poikkeaa merkittävästi alun perin tehdystä julkista hankintaa koskevasta sopimuksesta. --

(2) Rajoittamatta 1 momentin soveltamista julkista hankintaa koskevan sopimuksen muuttaminen ilman uuden hankintamenettelyn toteuttamista on sallittua, jos

--

3 muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintaviranomainen ei voinut ennakoida, eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen --.

Edellä 2 ja 3 kohdassa tarkoitetuissa tapauksissa hintaa ei saa korottaa enempää kuin 50 prosenttia alkuperäisen hankintasopimuksen arvosta.

17 GWB:n 154 § Muut sovellettavat säännökset

Lisäksi käyttöoikeussopimusten tekemiseen [...] sovelletaan soveltuvien osin seuraavia säännöksiä:

--

3. 131 §:n 2 ja 3 momenttia sekä 132 §:ää --,

4. 133–135 §:ää, --.

18 Jaosto katsoo, että GWB:n 132 §:n 2 momentin 3 kohdan soveltamisedellytykset täyttyvät lähes kaikkien käyttöoikeussopimusten sisällön täydentämisen osalta, koska hankintaviranomainen ei voinut ainakaan sopimuksia vuosina 1996–1998 tehdessään ennakoida, että liittovaltion moottoriteiden levähdysalueille kehittyvä pikalatausinfrastruktuurin tarve ja lakisääteinen velvollisuus sen rakentamiseen, eikä täydennys muuttanut oheisyksikköjä koskevien käyttöoikeussopimusten yleistä luonnetta. Alkuperäisen hankintasopimuksen arvo ei myöskään nouse enempää kuin 50 prosenttia.

19 Jaosto on kuitenkin epävarma siitä, sovelletaanko GWB:n 132 §:n 2 momentin 3 kohtaa, jolla direktiivin 2014/24/EU 72 artiklan 1 kohdan c alakohta on saatettu

osaksi kansallista lainsäädäntöä ja jota on näin ollen tulkittava kyseisen direktiivin mukaisesti, myös sellaisiin sopimuksiin, jotka on tehty GWB:n 4 osassa säännellyn julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalan ulkopuolella hankintaviranomaisen in house -yksikön kanssa mutta jotka eivät hankintasopimuksen muutoshetkellä enää täytä in house -kriteerejä, koska yksityiset sijoittajat omistavat nyt 100 prosenttia käyttöoikeuden haltijan pääomasta.

- 20 Tämä on kuitenkin olennaista asian ratkaisun kannalta, koska jaoston mielestä täydentävä sopimus on GWB:n 132 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettu olennainen muutos. Ratkaisevaa on siis se, saivatko vastapuoli ja muut osapuolet täydentää niiden välisiä voimassa olevia käyttöoikeussopimuksia, jotka oli tehty ilman tarjouskilpailua, GWB:n 132 §:n 2 momentin 3 kohdan, luettuna yhdessä GWB:n 154 §:n 3 momentin kanssa, nojalla ilman, että uusi hankintamenettely toteutetaan toimivan pikalatausinfrastruktuurin rakentamisen, ylläpidon ja käytön taloudellisesti itsenäisestä vastattavaksi ottamisesta, koska silloin GWB:n 135 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettu hankintasopimuksen tekeminen oli lain mukaan sallittu ilman edeltävää julkaisemista Euroopan unionin virallisessa lehdessä.
- 21 Jaoston mielestä direktiivin 2014/24/EU 72 artiklan sanamuoto ei ole riittävän selkeä. On totta, että 72 artiklan 1 kohdan johdantokappaleessa, 2 kohdassa ja 5 kohdassa puhutaan ”uudesta hankintamenettelystä”. Direktiivin 72 artiklan 1 kohdan b alakohdassa käytetään ilmaisua ”alkuperäistä hankintaa” ja 4 kohdan a alakohdassa ilmaisua ”alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn”. Myös direktiivin 2014/24/EU 109 perustelukappaleessa, jossa viitataan 72 artiklan 1 kohdan c alakohtaan, todetaan, että tietynasteinen joustavuus on tarpeen, jotta sopimus voidaan mukauttaa ennalta arvaamattomiin olosuhteisiin ilman ”uutta hankintamenettelyä”. Yleisen kielenkäytön mukaan kyseessä on ”uusi” menettely, jos sitä on edeltänyt ”vanha” tai ”alkuperäinen” menettely. Myös käsite ”hankintamenettely” direktiivin 2014/24/EU yhteydessä viittaa todennäköisesti siihen, että siinä on kyseessä direktiivin 2014/24/EU säännösten mukainen muodollinen menettely. Se ei ole kuitenkaan pakollinen. Myös in house -yksikön käyttäminen voidaan ymmärtää hankintasopimuksen tekemiseksi (in house -hankinta) ja sopimuspuolen valintaan päättyvä aikajana menettelyksi.
- 22 Jaoston mielestä myöskään unionin tuomioistuimen tähänastinen oikeuskäytäntö ei johda yksiselitteiseen tulokseen. Unionin tuomioistuin onkin kahdessa tuomiossaan soveltanut sopimusten myöhempää muuttamista koskevia periaatteitaan sopimuksiin, jotka oli tehty ajankohtana, jolloin unionin oikeutta ei vielä sovellettu. Unionin tuomioistuin on 19.6.2008 antamassaan perustavassa tuomiossa C-454/06, presstext, paitsi kehittänyt periaatteet, joiden mukaan julkista hankintaa koskevan sopimuksen muuttaminen sen voimassaoloaikana on pidettävä uutena sopimuksen tekemisenä, myös katsonut, että niitä voidaan soveltaa hankintasopimukseen, joka on tehty ennen Itävallan tasavallan liittymistä Euroopan unioniin ja johon ei siis vielä sovellettu unionin oikeussääntöjä (ECLI:EU:C:2008:351, Kok. 2008 1-4401, 28 kohta ja 34–37 kohta). Italian

tasavaltaa vastaan käydyssä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä unionin tuomioistuin on sellaisen rakennusurakkaa koskevan konsession jatkamisen osalta, joka oli tehty jo vuonna 1969 ja näin ollen ennen asiaa koskevien unionin oikeussääntöjen antamista, täsmentänyt, että sovellettava unionin lainsäädäntö on se lainsäädäntö, joka oli voimassa sopimuksen muutosajankohtana ja että sillä seikalla, että alkuperäinen konsessiosopimus oli tehty ennen kuin unioni oli antanut kyseistä asiaa koskevia oikeussääntöjä, ei ole merkitystä (unionin tuomioistuimen tuomio 18.9.2019, C-526/17, ECLI:EU:C:2019:756, 60 kohta).

- 23 Tämä voitaisiin ymmärtää siten, että sovellettaessa periaatteita, jotka koskevat myöhempiä sopimusmuutoksia ilman (uutta) hankintamenettelyä ja jotka on nykyisin vahvistettu direktiivin 2014/24/EU 72 artiklassa, merkitystä ei ole sillä, millä tavoin alkuperäinen hankintasopimus on tehty eikä varsinkaan sillä, onko sen tekemisessä noudatettu syrjintäkiellon, yhdenvertaisen kohtelun ja tehokkaan kilpailun periaatteita. Tällaista näkemystä voisi puoltaa myös se, että unionin tuomioistuin ei yleensä katso olevan syytä puuttua olemassa oleviin oikeussuhteisiin, jotka on perustettu määräämättömäksi ajaksi tai useaksi vuodeksi, jos nämä oikeussuhteet on perustettu ennen asiaa koskevien unionin oikeussääntöjen soveltamista (unionin tuomioistuimen tuomio 24.9.1998, C-76/97, Tögel, ECLI:EU:C:1998:432, Kok. 1998, I-5357, 54 kohta ja unionin tuomioistuimen tuomio 5.10.2000, C-337/98, Matra-Transport, ECLI:EU:C:2000:543, Kok. 2000, I-8377, 38 kohta).
- 24 Toiseen suuntaan viittaa sitä vastoin unionin tuomioistuimen 12.5.2022 antama tuomio C-719/20, Comune di Lerici (ECLI:EU:C:2022:372). Italian Lericin kunta oli antanut kunnallisen jätehuoltopalvelun hallinnoinnin nimenomaisesti in house -hankinnaksi kuvatulla päätöksellä sellaisen yhtiön tehtäväksi, jonka osakkaat olivat yksinomaan kuntia, mukaan lukien se itse. Sittemmin tämä yhtiö joutui taloudellisiin vaikeuksiin, ja sen osti pörssissä noteerattu IREN SpA, joka jatkoi siirrettyjen palvelujen suorittamista. Unionin tuomioistuin katsoi, että sopimuksen muuttaminen ei ollut sallittua. Direktiivin 2014/24/EU 72 artiklan 1 kohdan sanamuodosta ilmenee, että sen soveltamisala rajoittuu tilanteeseen, jossa alkuperäisen sopimuskumppanin seuraaja jatkaa sellaisen hankintasopimuksen toteuttamista, joka on alun perin ollut direktiivin vaatimusten mukaisen hankintamenettelyn kohteena; näihin vaatimuksiin kuuluu muun muassa syrjintäkiellon, yhdenvertaisen kohtelun ja tosiasiallisen kilpailun periaatteiden noudattaminen. Tällaista tulkintaa tukee myös direktiivin 72 artiklan 4 kohta, jonka mukaan hankintasopimuksen muutosta pidetään merkittävänä, kun sillä otetaan käyttöön ehtoja, jotka, jos ne olisivat alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn, olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia, sekä tavoite, joka koskee julkisten hankintojen avaamista mahdollisimman laajalle kilpailulle ja johon alaa koskevilla direktiiveillä pyritään ei ainoastaan talouden toimijoiden vaan myös hankintaviranomaisten edun vuoksi. Näin ollen pääasiassa kyseessä olevan kaltainen sopimuskumppanin muutos ei voi

kuulua direktiivin 2014/24/EU 72 artiklan soveltamisalaan, koska pääasiassa kyseessä olevan hankintasopimuksen sopimuspuoleksi valittiin alun perin in house - yksikkö ilman tarjouskilpailua (ECLI:EU:C: 2022:372, 41–43 kohta).

- 25 Tämä voisi puoltaa sitä, että alun perin in house -yksikön kanssa tehdyt hankintasopimukset suljettaisiin yleisesti direktiivin 2014/24/EU 72 artiklan ja näin ollen myös käsiteltävässä asiassa merkityksellisen 72 artiklan 1 kohdan c alakohdan soveltamisalan ulkopuolelle, jos in house -hankinnan edellytykset eivät enää täyty sopimuksen muutoshetkellä.
- 26 Julkisia hankintoja koskevien unionin oikeussääntöjen päätavoite on nimittäin varmistaa vapaa kilpailu palvelujen alalla ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa. Tämän kaksiosaisen tavoitteen saavuttamiseksi unionin oikeudessa sovelletaan muun muassa kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa, tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja näistä seuraavaa avoimuusvelvoitetta (unionin tuomioistuimen tuomio 19.6.2008, C-454/06, presstext, ECLI:EU:C:2008: 351, Kok. 2008, I-4401, 31 ja 32 kohta ja unionin tuomioistuimen tuomio 12.5.2022, C-719/20, Comune di Lerici, ECLI:EU:C:2022:372, 42 kohta). Tavoiteltua päämäärää, joka koskee julkisten hankintojen avaamista mahdollisimman laajalle kilpailulle, ei kuitenkaan saavutettaisi, jos in house -hankintasopimuksen muuttaminen sen voimassaoloaikana on mahdollista ilman uutta hankintamenettelyä, vaikka in house -kriteerit eivät enää täyty. Muut tarjoajat ja ehdokkaat eivät voisi missään vaiheessa saada sopimusta. Tämä koskisi alkuperäistä hankintasopimusta, koska se ei kuulunut direktiivin 2014/14/EU soveltamisalaan, sekä merkittävää sopimusmuutosta, koska direktiivin 72 artiklaa, tässä tapauksessa 72 artiklan 1 kohdan a alakohdassa, ei sovellettaisi.
- 27 Jaoston mielestä ei kuitenkaan ole selvää, onko unionin tuomioistuin tosiasiallisesti halunnut rajoittaa 72 artiklan 1 kohdan soveltamisalaa tässä mielessä. Näin ollen unionin tuomioistuimen toteamukset voidaan ymmärtää myös siten, että vaikka 72 artiklan 1 kohtaa voidaan lähtökohtaisesti soveltaa alkuperäiseen in house -hankintaan, tarkasteltavana oleva sopimusmuutoksen vaihtaminen ei kuitenkaan täytä direktiivin 2014/14/EU 72 artiklan 1 kohdan d alakohdan ii alakohdassa säädettyjä edellytyksiä, joiden mukaan siitä ei saa aiheutua merkittävää muutosta hankintasopimukseen.
- 28 Paitsi että unionin tuomioistuin siis toteaa, että 72 artiklan 4 kohta vahvistaa sen tulkintaa koskevan päätelmän, se täsmentää lisäksi, että se, että IREN SpA jatkaa pääasiassa kyseessä olevan julkista hankintaa koskevan sopimuksen toteuttamista, merkitsee kilpailuttamista edellyttävää perustavanlaatuisen edellytyksen muuttamista (unionin tuomioistuimen tuomio 12.5.2022, C-719/20, Comune di Lerici, ECLI:EU:C:2022:372, 42 ja 50 kohta). Hankintasopimuksen perustavanlaatuisen ehdon muuttaminen on kuitenkin rinnastettava sopimuksen merkittävään muutokseen, johon sopimusmuutoksen vaihtaminen ei saa johtaa 72 artiklan 1 kohdan d alakohdan ii alakohdan mukaan.

- 29 Sen puolesta, että direktiivin 72 artiklan 1 kohdan c alakohtaa sovelletaan hankintasopimuksiin, joiden sopimuspuoleksi on alun perin ilman tarjouskilpailua valittu in house -yksikkö, voisi mahdollisesti puhua myös se, että kun otetaan huomioon unionin oikeudessa asetetut tavoitteet (ks. 26 kohta), mitään eroa ei tehdä sen mukaan, onko hankintasopimuksen sopimuspuoli valittu direktiivin 2014/14/EU soveltamisalan ulkopuolella sen vuoksi, että kyseessä oli in house -hankinta, vai siksi, että unionin oikeutta ei ylipäänsä vielä sovellettu alkuperäisen sopimuksen tekemishetkellä.
- 30 Jaoston mukaan merkitystä ei sitä vastoin ole sillä, oliko käyttöoikeussopimusten alkuperäinen tekeminen muiden osapuolten kanssa ennen suunniteltua yksityistämistä hankintalainsäädännön mukaista, vai merkitsikö muiden osapuolten yksityistäminen vuodesta 1998 alkaen käyttöoikeussopimusten merkittävää muutosta, koska GWB:n 135 §:n 2 momentissa, jolla direktiivin 89/665/ETY 2 f artiklan 1 kohdan b alakohta on pantu täytäntöön, säädetty kuuden kuukauden määräaika on päättynyt jo kauan sitten.
- 31 Tämän preklusiivisen määräajan tarkoitus taata oikeusvarmuus kohtuullisten vähimmäisvanhentumisaikojen päätyttyä vaarantuisi, jos alkuperäisen hankintasopimuksen tai aiempien muutosten yhdenmukaisuus hankintalainsäädännön kanssa voitaisiin kyseenalaistaa kaikkien myöhempien muutosten yhteydessä myös näiden määräaikojen päättymisen jälkeen. Oikeusvarmuuden yleinen periaate on esteenä julkista hankintaa koskevan sopimuksen tekemisen tai muuttamisen laillisuuden valvomiselle sen jälkeen, kun vahvistettu preklusiivinen määräaika on päättynyt (unionin tuomioistuimen tuomio 26.3.2020, C-496/18, Hungeod Közlekedésfejlesztési, ECLI:EU:C:2020:240, 102 kohta).
- 32 Jaoston mielestä esitetty ennakkoratkaisukysymys on näin ollen merkityksellinen asian ratkaisun kannalta. Jaosto katsoo, oikeusriitaa ei voida kysymykseen vastaamatta ratkaista muiden oikeudellisten näkökohtien perusteella.

[--]