

Mål C-452/23

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

19 juli 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

16 juni 2023

Sökande i första instans och klagande hos den hänskjutande domstolen:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Motpart i första instans och hos den hänskjutande domstolen:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[Utelämnas]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLUT

I målet om överprövning av offentlig upphandling

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

[Utelämnas] Köln,

2. Tesla Germany GmbH, [utelämnas]

[Utelämnas] Berlin,

sökande i första instans och klagande hos den hänskjutande domstolen,

[utelämnas],

mot

Die Autobahn GmbH des Bundes [utelämnas],

[utelämnas] Berlin,

motpart i första instans och hos den hänskjutande domstolen,

[utelämnas],

ytterligare deltagare i förfarandet:

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

[utelämnas],

har Oberlandesgericht Düsseldorf, avdelningen för offentlig upphandling, efter den muntliga förhandlingen, som ägde rum den 27 april 2023, [utelämnas]

fattat följande beslut:

[Utelämnas].

Följande fråga om tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

Ska artikel 72.1 c i direktiv 2014/24/EU tolkas så, att dess tillämpningsområde även omfattar sådana offentliga kontrakt som tidigare tilldelats en in house-enhet utanför tillämpningsområdet för direktiv 2014/24/EU, om villkoren för tilldelning till en in house-enhet inte längre är uppfyllda vid tidpunkten för en ändring av kontraktet?

Grunder:

I.

- 1 Motparten är ett privaträttsligt infrastrukturbolag som är oförytterlig egendom av Förbundsrepubliken Tyskland. Förbundsministeriet för transport och digital infrastruktur har med verkan från och med den första januari 2021 till bolaget överlämnat ansvaret för planering, uppförande, drift, underhåll, finansiering och kapitalförvaltning av de federala motorvägarna. Bolaget tilldelas av Förbundsrepubliken Tyskland de nödvändiga ekonomiska medlen för att kunna fullgöra sitt uppdrag.

- 2 I motorvägsnätet ingår mer än 400 förvaltade rastplatser på vilka en kompletterande verksamhet i form av tankstationer och serviceområden bedrivs. Ansvarig för driften av dessa kompletterande verksamheter var ursprungligen det 1951 av Förbundsrepubliken Tyskland grundade Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN) (bolag med begränsat ansvar för de federala motorvägarnas kompletterande verksamhet). Med anledning av en förestående privatisering bytte bolaget år 1994 namn till Tank & Rast AG (aktiebolaget Tank & Rast). Ägarstrukturen förändrades till en början inte i och med detta. Den enda aktieägaren var Förbundsrepubliken Tyskland. Redan samma år förvärvade Tank & Rast AG Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH (Östtyskt bolag med begränsat ansvar för tankstationer vid motorvägar).
- 3 Under åren 1996–1998 ingick Förbundsrepubliken Tyskland, på grundval av ett nytt modellavtal för koncessioner, cirka 280 koncessionsavtal om driften av kompletterande verksamheter på de federala motorvägarna med Tank & Rast AG, som vid den tidpunkten fortfarande var ett av förbundsrepubliken ägt bolag. Dessa avtal ingicks utan föregående upphandlingsförfarande och är alljämt giltiga. Ett sådant avtal ger koncessionshavaren rätt att på en klart definierad verksamhetstomt föra upp och bedriva en kompletterande verksamhet för att tillgodose behoven hos trafikanterna på de federala motorvägarna. I gengäld ska koncessionshavaren betala en omsättningsbaserad koncessionsavgift. I koncessionsavtalen ingår ett verksamhetskoncept som föreskriver ett fast antal tankpumpar och tankplatser samt ett serviceområde och offentliga toaletter. Den kompletterande verksamheten ska varje dag hållas öppen dygnet runt. Koncessionsavtalen har en löptid på upp till 40 år. Modellavtalet för koncessioner har offentliggjorts i den officiella delen av Verkehrsblatt, vilket är den officiella tidningen från Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (tyska förbundsministeriet för transport och digital infrastruktur), utgåvan från år 1997 under nr 226, på sidan 825 och följande sidor.
- 4 Med början år 1998 privatiserades Tank & Rast AG via banken [utelämnas] inom ramen för ett urvalsförfarande för investerare [utelämnas]. Cirka 50 intressenter från Tyskland och utlandet deltog i detta urvalsförfarande. Förfarandet ledde slutligen till ett avtal med ett konsortium bestående av LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH och tre investment- och fondbolag. De bolag som ingick i konsortiet anmälde den planerade koncentrationen hos Europeiska gemenskapernas kommission, som den 7 december 1998, i enlighet med artikel 6.1 b i koncentrationsförordningen 4064/89/EEG, beslutade att inte göra invändningar mot koncentrationen (ärende nr IV/M.1361). Genom organisationsförändringen och därtill knutna namnändringar har Tank & Rast AG som koncessionshavare ersatts av intervenienterna, vilka är de aktuella koncessionshavarna.
- 5 Efter privatiseringen tilldelades intervenienterna under åren 1999–2019 ytterligare cirka 80 koncessioner, varav 19 stycken, enligt intervenienternas egen redovisning, tilldelades dem inom ramen för ett förfarande om offentlig

upphandling. Intervenienterna är således för närvarande koncessionshavare till cirka 90 procent av alla kompletterande verksamheter.

- 6 Enligt 5 § tredje stycket första meningen i den federala tyska Schnellladegesetz (lagen om snabba laddningsstationer) av den 25 juni 2021, som är tillämplig på helt batteridrivna elfordon i den mening som avses i artikel 4 i förordning (EU) 2018/858, är motparten skyldig att erbjuda innehavaren av en koncession för att bedriva en kompletterande verksamhet i form av en tankstation att på egen bekostnad ta över uppförandet, underhåll och drift av de på denna plats planerade snabba laddningsstationerna, såvida detta är påbjudet och inte strider mot bestämmelserna i avdelning fyra i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar, nedan kallad GWB), (Bundesgesetzblatt 2021, del I, sida 2141 och följande sidor). I avdelning fyra i GWB finns det tyska regelverket om offentlig upphandling. För att genomföra detta lagstadgade uppdrag kom motparten den 28 april 2022 överens med intervenienterna om att göra ett tillägg till de cirka 360 befintliga koncessionsavtalen som innebär att koncessionshavaren på egen bekostnad tar över ansvaret för att uppföra, underhålla och bedriva en funktionell laddningsinfrastruktur med hög effekt, vilket inkluderar en skyldighet att tillhandahålla det för varje ort bestämda antalet laddningsstationer.
- 7 Motparten offentliggjorde den genomförda ändringen i Europeiska unionens officiella tidning under den 6 maj 2022 och motiverade samtidigt avståndet från ett förfarande om offentlig upphandling med en hänvisning till 132 § i GWB. Det anfördes att tillhandahållande av en laddningsinfrastruktur med hög effekt hade blivit nödvändigt som en tilläggstjänst inom ramen för koncessionsavtalen, vilket inte hade kunnat förutses när dessa ingicks (tillägget till Europeiska unionens officiella tidning, meddelandenummer 2022/S 089-245969).
- 8 Sökandena bedriver var för sig verksamhet inom laddningsinfrastruktur för elfordon. Genom skrivelse, upprättad av advokat, den 20 maj 2022 ansökte de om överprövning enligt lagstiftningen om offentlig upphandling. Till stöd för sin ansökan gjorde de gällande att det tilläggsavtal som hade ingåtts med intervenienterna är ogiltigt enligt 135 § första stycket andra punkten i GWB, eftersom kontraktet hade tilldelats utan föregående annonsering inom EU. Ändringen kan inte anses ha stöd i 132 § i GWB. Denna bestämmelse är i vart fall inte tillämplig, eftersom de befintliga koncessionerna inte hade tilldelats inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling.
- 9 Die 2. Vergabekammer des Bundes (andra federala nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar, Tyskland, nedan kallad upphandlingsnämnden) har genom beslut av den 15 juni 2022 (VK 2-54/22) avslagit sökandenas ansökan om överprövning. 132 § i GWB bedömdes enligt 154 § tredje punkten i GWB vara tillämplig på befintliga koncessioner. Deras ändring genom tilläggsavtalet av den 28 april 2022 ansågs inte vara väsentlig i den mening som avses i 132 § första stycket GWB. De kompletterande verksamheterna har som syfte att tillgodose trafikanternas behov av att tanka. I det syftet inkluderas även, åtminstone utifrån

en funktionell aspekt, att tillgodose behovet av att tanka el. I vilket fall som helst bedömdes ändringen vara tillåten enligt 132 § andra stycket första meningen tredje punkten i GWB, eftersom behovet av en laddningsinfrastruktur med hög effekt inte hade kunnat förutses år 1998.

- 10 Sökandena har överklagat upphandlingsnämndens beslut till Oberlandesgericht Düsseldorf (regional domstol i andra instans i Düsseldorf). De anför att ifrågavarande ändring inte handlar om en ändring enligt 132 § första och andra styckena i GWB, eftersom denna bestämmelse över huvud taget inte är tillämplig på en ändring av offentliga kontrakt som inte ursprungligen har tilldelats inom ramen för ett förfarande om offentlig upphandling, utan tilldelats en in house-enhet utan upphandlingsförfarande. Detta framgår av EU-domstolens dom av den 12 maj 2022, C-719/20, Comune di Lerici. Detta gäller i synnerhet för det fallet då redan den ursprungliga koncessionen hade tilldelats i strid med upphandlingslagstiftningen så som den gällde vid den tidpunkten. En tilldelning till en in house-enhet med vetskap om en förestående privatisering är otillåten.
- 11 Motparten och intervenienterna anser att upphandlingsnämndens beslut är korrekt. De anför att inte väsentliga ändringar av offentliga kontrakt alltid är tillåtna. Artikel 72 i direktivet 2014/24/EU respektive 132 § i GWB omfattar endast ändringar som är väsentliga. Oberoende av omständigheterna vid den ursprungliga tilldelningen är dessa bestämmelser tillämpliga. Den åberopade domen från EU-domstolen gäller uteslutande frågan om huruvida det krävs ett nytt upphandlingsförfarande när villkoren för en tilldelning in house inte längre föreligger, eftersom det är en sådan väsentlig ändring som inte omfattas av något undantag.

II.

- 12 Enligt den dömande avdelningens mening beror utgången i målet på hur tolkningsfrågan kommer att besvaras. Innan dom meddelas ska målet således vilandeförklaras, och en begäran om förhandsavgörande hänskjutas till EU-domstolen i enlighet med artikel 267.1 b och 267.2 FEUF. Följande rättsliga överväganden har betydelse för beslutet att begära förhandsavgörandet:
- 13 [Utelämnas]. Det enda som är avgörande är huruvida det tilläggsavtal som ingåtts med intervenienterna är ogiltigt enligt 135 § första stycket andra punkten i GWB, och om ansökan om överprövning därmed kan betraktas vara välgrundad.
- 14 De relevanta principerna regleras i 135 § första stycket, 132 § första och andra styckena och 154 § tredje och fjärde punkterna i lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (här kallad GWB) av den 26 juni 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, del I, sida 1750 och följande sidor) i lydelsen av den 18 april 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, del I, sida 203 och följande sidor) som i tillämpliga delar lyder enligt följande:
- 15 135 § GWB Ogiltighet

(1) Ett offentligt kontrakt är ogiltigt från den tidpunkt då det ingåtts, om den upphandlande myndigheten

1. ...

2. har tilldelat kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning, utan att detta är tillåtet enligt lag,

och det inom ramen för en överprövning har konstaterats att en sådan överträdelse har skett.

(2) Ogiltighet enligt första stycket föreligger endast om sådan har gjorts gällande inom ramen för ett förfarande om överprövning inom 30 kalenderdagar efter det att den upphandlande myndigheten har underrättat de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om avtalets ingående, dock inte senare än sex månader efter det att avtalet ingicks. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har meddelat tilldelningen av kontraktet i Europeiska unionens officiella tidning utgår fristen för att kunna göra ogiltighet gällande 30 kalenderdagar efter det att den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett sådant meddelande.

16 132 § GWB Ändring av kontrakt under löptiden

(1) Väsentliga ändringar av ett offentligt kontrakt under kontraktets löptid kräver ett nytt upphandlingsförfarande. Ändringar är väsentliga om de medför att det offentliga kontraktet kommer att skilja sig väsentligt från det offentliga kontrakt som ursprungligen ingicks. ...

(2) Utan att det påverkar tillämpningen av första stycket är en ändring av ett offentligt kontrakt tillåtet utan genomförande av ett nytt upphandlingsförfarande, om

...

3. ändringen har blivit nödvändig till följd av omständigheter som en upphandlande myndighet inte rimligen har kunnat förutse, och ändringen inte medför att kontraktets övergripande karaktär ändras ...

I de fall som omfattas av första meningen andra och tredje punkterna får priset inte höjas med mer än 50 procent av kontraktets ursprungliga värde.

17 154 § GWB Övriga bestämmelser

I övrigt ska vid tilldelning av koncessioner ... följande bestämmelser tillämpas på motsvarande sätt:

...

3. 131 § första och andra styckena och 132 § ...,
 4. 133–135 §§,
- 18 Den dömande avdelningen anser att alla rekvisit i 132 § andra stycket tredje punkten i GWB är uppfyllda i fråga om tillägget till nästan samtliga koncessionsavtal, eftersom den upphandlande enheten, i vart fall vid tidpunkten för ingåendet av avtalen under åren 1996–1998, inte hade kunnat förutse dels att det skulle uppkomma ett behov av en laddningsinfrastruktur med hög effekt hos servicestationerna vid de federala motorvägarna, dels att det skulle införas en laglig skyldighet att uppföra sådan infrastruktur, och eftersom den övergripande karaktären av de kompletterande verksamheternas koncessioner inte förändras genom tillägget. Dessutom ökade inte värdet av det ursprungliga kontraktet med mer än 50 procent.
- 19 Det framstår emellertid som oklart för den dömande avdelningen om tillämpningsområdet av 132 § andra stycket tredje punkten i GWB, genom vilken artikel 72.1 c i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU har införlivats i nationell rätt och vilken ska tolkas konformt med direktivet, omfattar även sådana kontrakt, som ingåtts med en in house-enhet hos den upphandlande myndigheten utanför tillämpningsområdet av bestämmelserna om upphandling i avdelning fyra i GWB, när, vid tidpunkten för en ändring av kontraktet, villkoren för en tilldelning in house inte längre är uppfyllda, eftersom koncessionshavarens kapital numera till 100 procent ägs av privata investerare.
- 20 Detta är dock avgörande för rättsens beslut, eftersom den dömande avdelningen anser att tillägget till avtalen innebär en väsentlig ändring i den mening som avses i 132 § första stycket första meningen i GWB. Det är således avgörande huruvida det var tillåtet för motparten och intervenienterna att, enligt 132 § andra stycket första meningen tredje punkten i GWB jämförd med 154 § tredje punkten i GWB, utan att genomföra en ny upphandling göra ett tillägg till de befintliga koncessionsavtalen, som gällde dem emellan och som tilldelats utan upphandlingsförfarande, om koncessionshavarna på egen bekostnad tar över ansvaret för att uppföra, underhålla och bedriva en funktionell laddningsinfrastruktur med hög effekt. Bara om så är fallet var tilldelningen av kontraktet tillåten i den mening som avses i 135 § första stycket andra punkten i GWB utan att ha föregåtts av ett offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning.
- 21 Den dömande avdelningen anser att ordalydelsen i artikel 72 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU inte är tillräckligt tydlig. I artikel 72.1 första meningen, artikel 72.2 och artikel 72.5, var för sig, talas visserligen om genomförande av ett ”nytt upphandlingsförfarande”. I artikel 72.1 b används formuleringen ”den ursprungliga upphandlingen”, och i artikel 72.4 a ”det ursprungliga upphandlingsförfarandet”. Även i skäl 109 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, som är hänförligt till artikel 72.1 c, redogörs för att det behövs en viss flexibilitet för att kontraktet ska kunna anpassas till inte förutsebara

omständigheter utan ett ”nytt upphandlingsförfarande”. Enligt allmänt språkbruk talar man om ett ”nytt” förfarande, när ett föregående ”gammalt” eller ”ursprungligt” förfarande har ägt rum. Även användningen av begreppet ”upphandlingsförfarande” i samband med upphandlingsdirektivet 2014/24/EU torde indikera att det härvidlag handlar om ett formbundet förfarande enligt bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU. Det måste emellertid inte ses på det sättet. Även överlämnandet av ett uppdrag till en in house-enhet kan betraktas som en kontraktstilldelning (tilldelning in house), och handläggningen under tiden fram till kontraktet kan betraktas som ett förfarande.

- 22 Enligt den dömande avdelningens mening ger inte heller EU-domstolens tidigare praxis ett tydligt svar på frågan. EU-domstolen har sålunda i två avgöranden tillämpat sina principer för kontraktsändringar som görs i efterhand på sådana kontrakt som har ingåtts vid en tidpunkt då gemenskapsrätten ännu inte gällde. I domstolens principiella avgörande av den 19 juni 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, utvecklades inte bara principerna avseende när en ändring av klausulerna i ett offentligt kontrakt under kontraktets löptid ska betraktas utgöra en ny upphandling, utan dessa principer bedömdes även vara tillämpliga på ett kontrakt som hade ingåtts innan Republiken Österrike anslöt sig till Europeiska unionen, ett kontrakt avseende vilket gemenskapslagstiftningen vid tidpunkten för ingåendet således ännu inte gällde (EU:C:2008:351, punkterna 28 samt 34–37). Inom ramen för ett förfarande mot Italien gällande fördragsbrott har EU-domstolen beträffande förlängningen av en byggkoncession som tilldelades redan år 1969, det vill säga före antagandet av de tillämpliga unionsbestämmelserna, preciserat, att tillämplig unionslagstiftning är den som är i kraft det datum då kontraktsändringen görs, och att den omständigheten att det ursprungliga koncessionsavtalet ingicks innan unionens bestämmelser på området antogs sålunda inte medför några konsekvenser (EU-domstolens dom av den 18 september 2019, kommissionen mot Italien, C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 60).
- 23 Detta kan tolkas som att det inte är avgörande för tillämpningen av principerna för sådana kontraktsändringar som äger rum i efterhand utan genomförande av ett (nytt) upphandlingsförfarande och som numera är kodifierade i artikel 72 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, på vilket sätt det ursprungliga kontraktet ingicks, särskilt om principerna om icke-diskriminering, likabehandling och en effektiv konkurrens iaktogs i det förfarandet. För ett sådant synsätt skulle även kunna tala, att EU-domstolen i allmänhet inte ser någon anledning att ingripa i bestående rättsförhållanden som gäller på obestämd tid eller under flera år, när dessa förhållanden har kommit till stånd innan den aktuella unionslagstiftningen trätt i kraft (dom av den 24 september 1998, Tögel, C-76/97, EU:C:1998:432, punkt 54 och dom av den 5 oktober 2000, Matra Transort, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 38).
- 24 Åt ett annat håll pekar EU-domstolens dom av den 12 maj 2022, C-719/20, Comune di Lerici (EU:C:2022:372). Den italienska kommunen Lerici överlämnade ansvaret för den kommunala avfallshanteringen till ett bolag enligt ett beslut som uttryckligen betecknades som en in house-tilldelning. Bolagets

ägarkrets bestod uteslutande av ett antal kommuner, däribland Lericis kommun. Efter beslutet drabbades detta bolag av ekonomiska svårigheter och togs över av det börsnoterade IREN SpA som fortsatte att tillhandahålla de tjänster som ingick i övertagandet. EU-domstolen bedömde detta vara en otillåten ändring av kontraktet. Det framgår av ordalydelsen i artikel 72.1 att dess tillämpningsområde är begränsat till det fall då efterträdaren till den ursprungliga entreprenören fortsätter att fullgöra det offentliga kontrakt som varit föremål för ett initialt upphandlingsförfarande på ett sätt som uppfyller kraven i direktivet. Bland dessa krav återfinns iakttagande av principerna om icke-diskriminering, likabehandling och effektiv konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna. En sådan tolkning stöds även av artikel 72.4 i direktivet, enligt vilken en ändring av ett kontrakt anses vara väsentlig om den innebär att det införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att ett annat anbud än det som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller att fler deltagare hade lockats till upphandlingsförfarandet. Nämda tolkning stöds även av målet, vilket eftersträvas enligt direktiven om offentlig upphandling, att öppna upp tilldelningen av offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt inte bara till förmån för ekonomiska aktörer, utan även för de upphandlande myndigheterna. En sådan ändring av entreprenör, såsom den som är aktuell i det nationella målet, kan således inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 72 i direktiv 2014/24, då det offentliga kontrakt som är i fråga i det nationella målet ursprungligen tilldelades en in house-enhet utan anbudsinfordran (EU:C:2022:372, punkterna 41–43).

- 25 Detta skulle avseende kontrakt som ursprungligen tilldelats en in house-enhet och för det fall att villkoren för en in house-tilldelning vid tidpunkten för en kontraktsändring inte längre är uppfyllda kunna tala för ett generellt undantag från tillämpningsområdet av artikel 72, och i och med det även från tillämpningsområdet av den i förevarande mål relevanta bestämmelsen i artikel 72.1 c i direktiv 2014/24/EU.
- 26 Huvudsyftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är nämligen att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att det öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. För att detta dubbla syfte ska kunna uppnås medför gemenskapsrätten särskilt tillämpning av principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, principen om likabehandling av anbudsgivare och den därav följande skyldigheten att lämna insyn (dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 31 och 32, och dom av den 12 maj 2022, Comune di Lericci, C-719/20, EU:C:2022:372, punkt 42). Det eftersträlvade målet att öppna upp tilldelningen av offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt skulle emellertid inte kunna uppnås om det är möjligt att ändra ett kontrakt som tilldelats in house under löptiden utan ett nytt upphandlingsförfarande trots att villkoren för en in house-tilldelning numera inte längre är uppfyllda. Det skulle inte vid någon tidpunkt vara möjligt för andra anbudsgivare och anbudssökande att erhålla uppdraget. Det ursprungliga uppdraget skulle inte ha kunnat erhållas eftersom

upphandlingsdirektivets tillämpningsområde inte stod öppen då. Uppdraget hade heller inte kunnat erhållas vid en väsentlig förändring av kontraktsvillkoren, eftersom dessa skulle omfattas av artikel 72, i det aktuella fallet av artikel 72.1 c, i direktiv 2014/24/EU.

- 27 Enligt den dömande avdelningens mening framstår det emellertid inte som klart huruvida EU-domstolen verkligen hade för avsikt att inskränka tillämpningsområdet av artikel 72.1 på det sättet. Domstolens resonemang kan således även förstås på så sätt att artikel 72.1 i princip kan tillämpas avseende en ursprunglig in house-tilldelning, men att det leverantörsbyte som överprövas i det aktuella fallet inte uppfyller villkoren i artikel 72.1 d ii i direktiv 2014/24/EU, enligt vilka ett sådant byte inte får medföra en väsentlig kontraktsändring.
- 28 EU-domstolen anser sålunda att dess tolkningsresultat får stöd inte bara av bestämmelsen i artikel 72.4, utan den utvecklar vidare att det förhållandet att IREN SpA fortsatt att fullgöra det offentliga kontraktet anses ha skett till följd av en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet, vilket fordrar att ett nytt upphandlingsförfarande anordnas (dom av den 12 maj 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punkterna 42 och 50). Ändringen av ett grundläggande villkor i ett kontrakt ska emellertid likställas med en sådan väsentlig kontraktsändring som ett leverantörsbyte enligt artikel 72.1 d ii inte får leda till.
- 29 Vidare talar för tillämpligheten av artikel 72.1 c på sådana uppdrag som ursprungligen tilldelats in house utan upphandlingsförfarande eventuellt också att det med hänsyn till gemenskapsrättens målsättning (se punkt 26) inte bör göra någon skillnad om ett kontrakt tilldelats utanför tillämpningsområdet för direktiv 2014/24/EU på grund av att det handlar om en in house-tilldelning eller på grund av att gemenskapsrätten vid tidpunkten då det ursprungliga avtalet ingicks ännu inte var tillämplig.
- 30 Enligt den dömande avdelningens uppfattning är det däremot irrelevant, om den ursprungliga koncessionstilldelningen till intervenienterna under tiden strax före den planerade privatiseringen genomfördes i enlighet med lagstiftningen om upphandling eller om intervenienternas privatisering från år 1998 inneburit en väsentlig ändring av koncessionsavtalen, eftersom den sexmånadersfrist i 135 § andra stycket i GWB som antogs genom införlivande av artikel 2f.1 b i direktiv 89/665/EEG redan sedan länge löpt ut.
- 31 Avsikten med denna preskriptionsfrist, att garantera rättssäkerhet efter utgången av rimliga minimipreskriptionstider, skulle motverkas, om lagligheten av den ursprungliga tilldelningen eller av föregående ändringar vid varje efterföljande ändring skulle kunna ifrågasättas, även efter utgången av dessa frister. Den allmänna principen om rättssäkerhet tillåter inte en kontroll av en tilldelning eller en kontraktsändring av ett offentligt kontrakt efter utgången av preskriptionsfristen (dom av den 26 mars 2020, Hungeod Közlekedésfejlesztési, C-496/18, EU:C:2020:240, punkt 102).

- 32 Den fråga som hänskjuts för förhandsavgörande är därför enligt den dömande avdelningens mening avgörande för utgången i målet. Den dömande avdelningen anser inte att andra rättsliga aspekter i målet kan bedömas utan att först ha fått svar på denna fråga.

[Utelämnas]

ARBETSDOKUMENT