

Vec C-452/23

Návrh na začatie prejudiciálneho konania

Dátum podania:

19. júl 2023

Vnútroštátny súd:

Oberlandesgericht Düsseldorf

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

16. jún 2023

Navrhovateľky:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Odporkyňa:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[*omissis*]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (Vyšší krajský súd Düsseldorf,
Nemecko)

ROZHODNUTIE

V konaní preskúmvania vo veciach verejného obstarávania

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

[*omissis*] Kolín,

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

[*omissis*] Berlín,

navrhovateľky,

[*omissis*],

proti

Die Autobahn GmbH des Bundes [*omissis*],

[*omissis*] Berlín,

odporní,

[*omissis*],

ďalší účastníci konania:

1. **Autobahn Tank & Rast GmbH**, [*omissis*] Bonn,

2. **Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH**, [*omissis*] Berlín,

vedľajší účastníci konania,

[*omissis*],

Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Senát pre verejné zákazky
Vyššieho krajského súdu Düsseldorf, Nemecko) na pojednávaní 27. apríla 2023
[*omissis*]

r o z h o d o l:

[*omissis*].

Súdnemu dvoru Európskej únie sa v súvislosti s výkladom smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní predkladá návrh na začatie prejudiciálneho konania o tejto otázke:

Má sa článok 72 ods. 1 písm. c) smernice 2014/24/EÚ vykladať v tom zmysle, že do jeho pôsobnosti patria aj také verejné zákazky, ktoré boli predtým mimo pôsobnosti smernice 2014/24/EÚ zadané internému (*in house*) zariadeniu, avšak podmienky pre zadanie zákazky *in house* v čase úpravy zmluvy už nie sú splnené.

O d ô v o d n e n i e:

I.

- 1 Odporkyňa je spoločnosť pre infraštruktúru založená podľa súkromného práva, ktorá je v neodňateľnom vlastníctve Spolkovej republiky Nemecko. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Spolkové ministerstvo dopravy a digitálnej infraštruktúry, Nemecko) na ňu s účinnosťou od 1. januára 2021 delegovalo výstavbu, prevádzku, údržbu, financovanie a majetkovú správu spolkových diaľnic. Finančné prostriedky, ktoré sú nevyhnutné na plnenie jej úloh, jej poskytuje Spolková republika Nemecko.
- 2 Súčasťou diaľničnej siete je viac ako 400 spravovaných odpočívadiel, na ktorých sú udržiavané vedľajšie prevádzky v podobe čerpacích staníc a odstavných plôch. Prevádzkovateľom vedľajších prevádzok bola pôvodne Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN), ktorú v roku 1951 založila Spolková republika Nemecko. Táto v roku 1994, v očakávaní plánovanej privatizácie, zmenila názov na Tank & Rast AG. Na vlastníckej štruktúre sa tým pôvodne nič nezmenilo, jediným akcionárom bola Spolková republika Nemecko. Spoločnosť Tank & Rast AG ešte v tom istom roku získala Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 3 V rokoch 1996 až 1998 uzavrela Spolková republika Nemecko so spoločnosťou Tank & Rast AG, ktorá bola vtedy ešte vo vlastníctve Spolkovej republiky, približne 280 koncesných zmlúv, ktoré sú platné dodnes, na prevádzku vedľajších prevádzok na základe novej vzorovej koncesnej zmluvy. Táto dáva koncesionárovi právo, aby na určenom pozemku podniku vybudoval a prevádzkoval doplnkové zariadenie, ktoré bude slúžiť záujmom účastníkov cestnej premávky na spolkovej diaľnici. Ako protihodnotu musí platiť koncesionársky poplatok, ktorý závisí od obratu. Súčasťou koncesných zmlúv je koncept prevádzkovania, ktorý obsahuje stanovený počet palivových čerpadiel a odbavovacích priestorov, ako aj odpočívadiel a verejných toaliet. Vedľajšia prevádzka má byť otvorená 24 hodín denne. Platnosť koncesných zmlúv je až 40 rokov. Vzor koncesnej zmluvy bol zverejnený v úradnej časti Verkehrsblatt, úradného vestníka Spolkového ministerstva dopravy a digitálnej infraštruktúry, z roku 1997 pod číslom 226, s. 825 a nasl.

- 4 Začínajúc rokom 1998 bola spoločnosť Tank & Rast AG prostredníctvom banky [omissis] sprivatizovaná v rámci procesu výberu investorov [omissis]. Proces výberu investorov, na ktorom sa zúčastnilo približne 50 záujemcov z Nemecka a zahraničia, napokon viedol k dohode s konzorciom, ktoré tvorili LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH a tri spoločnosti investičných fondov. Spoločnosti patriace do konzorcia informovali o plánovanom prevzatí Komisiu Európskych spoločností, ktorá 7. decembra 1998 podľa článku 6 ods. 1 písm. b) nariadenia (EHS) č. 4064/89 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi konštatovala, že to nevzbudzuje žiadne obavy (vec č. IV/M.1361). Na základe zmeny názvu vzišli zo spoločnosti Tank & Rast AG vedľajší účastníci konania ako súčasní držiteľia koncesie.
- 5 Po privatizácii, ktorá sa uskutočnila v rokoch 1999 až 2019, bolo vedľajším účastníkom konania udelených približne 80 ďalších koncesií, z ktorých podľa vlastného vyjadrenia 19 získali v rámci verejného obstarávania. Vedľajší účastníci konania sú teda súčasnými koncesionármi približne 90 percent všetkých vedľajších prevádzok.
- 6 Spolkový Schnellladegesetz (zákon o rýchlom nabíjaní) z 25. júna 2021, ktorý v zmysle článku 4 nariadenia 2018/858/EÚ platí pre výlučne akumulátorové elektromobily, ukladá v § 5 ods. 3 prvej vete odporkyňu povinnosť, aby držiteľovi koncesie ponúkla na prevádzku vedľajšej prevádzky s čerpacou stanicou ekonomicky samostatné prevzatie vybudovania, údržby a prevádzky rýchlonabíjajúcich bodov, ktoré sú plánované na tomto mieste, pokiaľ je to vhodné a nie je to v rozpore s hlavou IV Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon o ochrane hospodárskej súťaže; ďalej len „GWB“) (Bundesgesetzblatt [Spolková zbierka zákonov] 2021, časť I, str. 2141 a nasl.). Hlava 4 GWB obsahuje nemeckú právnu úpravu verejného obstarávania. V záujme vykonania tohto zákonného poverenia sa odporkyňa s vedľajšími účastníkmi konania dňa 28. apríla 2022 dohodla na tom, že približne do 360 existujúcich koncesných zmlúv bude doplnené ekonomicky samostatné prevzatie vybudovania, údržby a prevádzky funkčných rýchlonabíjajúcich bodov, ktorého obsahom bude povinnosť, aby bol dostupný počet nabíjajúcich bodov stanovený pre každé miesto.
- 7 Odporkyňa oznámila vykonanú zmenu v *Úradnom vestníku Európskej únie* dňa 6. mája 2022, pričom pomocou § 132 GWB odôvodnila absenciu verejného obstarávania. Poskytovanie infraštruktúry rýchleho nabíjania sa stalo nevyhnutným ako doplnková služba v rámci koncesných zmlúv, ktorú nebolo možné predvídať pri ich uzatváraní (dodatok k *Úradnému vestníku Európskej únie*, číslo oznámenia 2022/S 089-245969).
- 8 Každá z navrhovateliek prevádzkuje nabíjaciu infraštruktúru pre elektromobily. Listom advokáta z 20. mája 2022 podali návrh na začatie postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania. Na jeho odôvodnenie uviedli, že doplnková dohoda uzatvorená s vedľajšími účastníkmi konania je podľa § 135 ods. 1 bodu 2 GWB neplatná, pretože verejná zákazka bola zadaná bez predchádzajúceho oznámenia pre celú EÚ. Zmena sa nemôže opierať o § 132 GWB. Toto

ustanovenie sa vôbec neuplatní už preto, lebo existujúce koncesie neboli udelené v rámci výzvy na prekladanie ponúk.

- 9 2. Vergabekammer des Bundes (druhá spolková Komora pre verejné obstarávanie, Nemecko) zamietla žiadosť navrhovateľky o preskúmanie rozhodnutím z 15. júna 2022 (VK 2-54/22). Ustanovenie § 132 GWB sa podľa § 154 bodu 3 GWB neuplatní na existujúce koncesie. Ich úprava prostredníctvom doplnkovej dohody z 28. apríla 2022 už nie je podstatná v zmysle § 132 ods. 1 GWB. Doplnkové prevádzky slúžia na tankovanie pre účastníkov cestnej premávky, čo, v každom prípade aspoň z funkčného hľadiska, zahŕňa aj tankovanie elektrickej energie. V každom prípade, podľa § 132 ods. 2 prvej vety bodu 3 GWB je to však prípustné, pretože v roku 1998 nebolo možné predvídať potrebu infraštruktúry rýchleho nabíjania.
- 10 Proti tomuto rozhodnutiu Vergabekammer (Komora pre verejné obstarávanie) podali navrhovateľky okamžite sťažnosť na Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajský súd Düsseldorf). Úprava podľa § 132 ods. 1 a 2 GWB je vylúčená už preto, že toto ustanovenie sa vôbec nepoužije na úpravu verejných zákaziek, ktoré pôvodne boli zadané internému zariadeniu nie vo verejnom obstarávaní, ale bez neho, ako to vyplýva z rozhodnutia Súdneho dvora z 12. mája 2022, C-719/20, Comune di Lerici. Uvedené platí o to viac, keď už pôvodná koncesia bola svojho času udelená v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní; interné zadanie s vedomím následnej privatizácie je neprípustné.
- 11 Odporkyne a vedľajší účastníci konania obhajujú rozhodnutie Vergabekammer (Komora pre verejné obstarávanie). Nepodstatné úpravy verejných zákaziek sú vždy prípustné. Článok 72 smernice 2014/24/EÚ, resp. § 132 GWB sa vzťahujú iba na podstatné úpravy. Vzťahujú sa na ne bez ohľadu na pôvodné okolnosti zadania zákazky. Citované rozhodnutie Súdneho dvora sa týka výlučne otázky, či so zánikom predpokladov na zadanie *in house* musí byť spojené nové verejné obstarávanie, pretože to predstavuje podstatnú zmenu, na ktorú sa nevzťahuje žiadna výnimočná okolnosť.

II.

- 12 Úspech opravného prostriedku závisí podľa názoru vnútroštátneho súdu od odpovede na prejudiciálnu otázku. Pred rozhodnutím je preto nutné prerušiť konanie a podľa článku 267 prvého odseku písm. b) a článku 267 druhého odseku ZFEÚ získať prejudiciálne rozhodnutie Súdneho dvora Európskej únie. Pre prejudiciálne rozhodnutie sú relevantné nasledujúce právne úvahy:
- 13 [*omissis*]. Rozhodujúce je iba to, či je dodatková dohoda uzavretá s vedľajšími účastníkmi konania podľa § 135 ods. 1 bodu 2 GWB neplatná a návrh na preskúmanie je teda dôvodný.
- 14 Príslušné zásady sú upravené v § 135 ods. 1, § 132 ods. 1 a 2 a § 154 bodoch 3 a 4 GWB z 26. júna 2013 (Bundesgesetzblatt [Spolková zberka zákonov] 2013,

časť I, s. 1750 a nasl.) v znení z 18. apríla 2016 (Bundesgesetzblatt [Spolková zbierka zákonov] 2016, časť I, s. 203 a nasl.), ktorých pasáže znejú takto:

15 § 135 GWB Neplatnosť

1 Verejná zákazka je od začiatku neplatná, ak verejný obstarávateľ

1. ...

2 zadal zákazku bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* bez toho, aby to povoľoval zákon,

a toto porušenie sa zistilo pri postupoch preskúmania v rámci verejného obstarávania.

(2) Neplatnosť podľa prvého odseku možno konštatovať len vtedy, ak bola uplatnená pri postupoch preskúmania v rámci verejného obstarávania do 30 kalendárnych dní, odkedy verejný obstarávateľ informoval dotknutých uchádzačov a žiadateľov o uzavretí zmluvy, najneskôr však do šiestich mesiacov od uzavretia zmluvy. Ak verejný obstarávateľ oznámil zadanie zákazky v *Úradnom vestníku Európskej únie*, lehota na uplatnenie námietky neplatnosti končí 30 kalendárnych dní po uverejnení oznámenia o zadaní zákazky v *Úradnom vestníku Európskej únie*.

16 § 132 GWB Úpravy zákazky počas platnosti zmluvy

(1) Podstatné úpravy verejnej zákazky počas platnosti zmluvy si vyžadujú nový postup obstarávania. Podstatné sú úpravy, ktoré vedú k tomu, že verejná zákazka sa značne odlišuje od verejnej zákazky, ktorá bola pôvodne zadaná. ...

(2) Bez ohľadu na prvý odsek je úprava verejnej zákazky bez uskutočnenia nového postupu obstarávania prípustná, ak

...

3 potreba úpravy bola vyvolaná okolnosťami, ktoré nemohol obozretný verejný obstarávateľ predvídať, a úpravou sa nemení celková povaha zákazky...

V prípadoch podľa prvej vety bodov 2 a 3 sa cena nemôže zvýšiť viac ako o 50 percent hodnoty pôvodnej zákazky.

17 § 154 GWB Iné uplatniteľné ustanovenia

Ďalej sa na udeľovanie koncesií... analogicky uplatnia nasledujúce ustanovenia:

...

3. § 131 ods. 2 a 3 a § 132....,
 4. § 133 až § 135,...
- 18 Vnútroštátny súd považuje základné podmienky § 132 ods. 2 bodu 3 GWB za splnené pri obsahovom doplnení takmer všetkých koncesných zmlúv, pretože verejný obstarávateľ, v každom prípade pri uzatváraní zmlúv v rokoch 1996 až 1998, nemohol predvídať, že sa vyvinie potreba infraštruktúry rýchleho nabíjania na odpočívadlách na spolkových diaľniciach a že vznikne zákonná povinnosť ich zriadiť, a celková povaha koncesií pomocných zariadení sa doplnením nezmení. Ani hodnota pôvodnej zákazky sa nezvyšuje o viac ako 50 percent.
 - 19 Vnútroštátnemu súdu však nie je jasné, či pôsobnosť § 132 ods. 2 bodu 3 GWB, ktorým bol do vnútroštátneho práva prebratý článok 72 ods. 1 písm. c) smernice 2014/24/EÚ, a ktorý sa má vykladať v súlade s touto smernicou, je daná aj pre také zmluvy, ktoré boli uzatvorené mimo pôsobnosti právnej úpravy verejného obstarávania v 4. hlave GWB s interným zariadením verejného obstarávateľa, pretože 100 percent kapitálu koncesionára teraz vlastní súkromní investori.
 - 20 To je však dôležité pre rozhodnutie, pretože vnútroštátny súd považuje doplnkovú dohodu za podstatnú úpravu v zmysle § 132 ods. 1 prvej vety GWB. Je teda rozhodujúce, či odporkyňa a vedľajší účastníci konania mohli koncesné zmluvy, ktoré medzi nimi existujú a boli zadane bez postupu verejného obstarávania podľa § 132 ods. 2 prvej vety bodu 3 GWB v spojení s § 155 ods. 3 GWB, doplniť bez uskutočnenia nového postupu obstarávania o ekonomicky samostatné prevzatie vybudovania, údržby a prevádzky rýchlonabíjajúcich bodov, pretože potom bolo zadanie zákazky v zmysle § 135 ods. 1 bodu 2 GWB uskutočnené bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* povolené na základe zákona.
 - 21 Vnútroštátny súd nepovažuje znenie článku 72 smernice 2014/24/EÚ za dostatočne jednoznačné. V článku 72 ods. 1 prvej vete, článku 72 ods. 2 a 5 sa zakaždým spomína „nový postup obstarávania“. V článku 72 ods. 1 písm. b) je uvedená formulácia „pôvodného obstarávania“ a v článku 72 ods. 4 písm. a) „pôvodného postupu obstarávania“. Aj v odôvodnení 109 smernice 2014/24/EÚ, ktoré sa vzťahuje na článok 72 ods. 1 písm. c), je uvedené, že je potrebná určitá miera pružnosti na prispôbenie zákazky nepredvídateľným okolnostiam bez „nového postupu obstarávania“. Ako sa používa v bežnej reči, o „novom“ postupe sa hovorí vtedy, keď existoval predchádzajúci „starý“ alebo „pôvodný“ postup. Aj pojem „postup zadávania zákaziek“ by v súvislosti so smernicou 2014/24/EÚ mal takisto naznačovať, že ide o formálny postup podľa ustanovení tejto smernice. Nie je to však povinné. Aj poverenie interného zariadenia možno považovať za zadanie zákazky (zadanie *in house*) a čas, ktorý uplynie do zadania zákazky, za postup.

- 22 Podľa názoru vnútroštátneho súdu nevedie ani doterajšia judikatúra Súdneho dvora k jednoznačnému záveru. Súdny dvor v dvoch rozhodnutiach uplatnil svoje zásady pre následné úpravy zmlúv na také zmluvy, ktoré boli uzavreté v čase, keď právo Spoločenstva ešte nebolo účinné. Vo svojom základom rozsudku z 19. júna 2008, C-454/06, *pressetext*, vytvoril nielen zásady, kedy sa zmeny ustanovení verejnej zmluvy vykonané počas jej platnosti považujú za nové uzavretie zmluvy, ale podľa jeho názoru sa uplatnia aj na zmluvu, ktorá bola uzavretá pred vstupom Rakúskej republiky do Európskej únie, teda predpisy Spoločenstva sa na túto zmluvu vtedy ešte nevzťahovali (ECLI:EU:C:2008:351, Zb. s. 2008 I-4401, body 28, 34 – 37). V rámci konania vo veci nesplnenia povinnosti proti Talianskej republike Súdny dvor Európskej únie vo veci predĺženia koncesie na výstavbu, ktorá bola pridelená už v roku 1969, a teda pred prijatím relevantných predpisov Únie, spresnil, že uplatniteľnou právnou úpravou Únie je tá, ktorá je účinná v čase tejto zmeny, a skutočnosť, že uzatvorenie pôvodnej koncesnej zmluvy predchádzalo prijatiu pravidiel Únie v danej oblasti, nemá teda žiadne dôsledky (Súdny dvor, rozsudok z 18. septembra 2019, C-526/17, ECLI:EU:C:2019:756, bod 60).
- 23 Toto by bolo možné chápať v tom zmysle, že uplatniteľnosť zásad na následné úpravy zmlúv bez vykonania (nového) postupu verejného obstarávania, ktoré sú teraz upravené v článku 72 smernice 2014/24/EÚ, nezávisí od spôsobu vzniku pôvodnej zmluvy, predovšetkým od toho, či pri tom boli dodržané zásady zákazu diskriminácie, rovnosti a efektívnej hospodárskej súťaže. V prospech takého prístupu by mohla svedčiť aj skutočnosť, že Súdny dvor Európskej únie vo všeobecnosti nevidí dôvod zasahovať do existujúcich právnych vzťahov uzatvorených na dobu neurčitú alebo na niekoľko rokov, ak tieto právne vzťahy vznikli pred tým, než nadobudli platnosť príslušné predpisy Únie (Súdny dvor, rozsudok z 24. septembra 1998, C-76/97, ECLI:EU:C:1998:432, Zb. s. 1998, I-5357, bod 54 – *Tögel*; Súdny dvor, rozsudok z 5. októbra 2000, C-337/98, ECLI:EU:C:2000:543, Zb. s. 2000 I-8377, bod 38 – *Matra-Transport*).
- 24 Niečo iné však naznačuje rozsudok Súdneho dvora z 12. mája 2022, C-719/20, *Comune di Lerici* (ECLI: EU:C:2022:372). Talianska obec Lerici rozhodnutím, výslovne označeným ako zadanie zákazky *in house*, pridelená správu integrovaného cyklu nakladania s odpadom spoločnosti, ktorej akcie boli rozdelené výlučne medzi viaceré obce. V nasledujúcom období sa táto spoločnosť dostala do finančných problémov a prevzala ju spoločnosť IREN Spa, ktorá je kótovaná na burze a pokračovala v správe zverených služieb. Súdny dvor to považoval za neprípustnú úpravu zmluvy. Zo znenia tohto článku 72 ods. 1 vyplýva, že jeho pôsobnosť je obmedzená na prípad, keď nástupca pôvodného dodávateľa pokračuje v plnení verejnej zákazky, ktorá bola predmetom pôvodného postupu verejného obstarávania v súlade s požiadavkami stanovenými smernicou, medzi ktoré patrí dodržiavanie zásad zákazu diskriminácie, rovnosti a efektívnej hospodárskej súťaže medzi hospodárskymi subjektmi. Takýto výklad je podporený odsekom 4 tohto článku 72, podľa ktorého sa úprava zmluvy považuje za podstatnú, ak zavádza podmienky, ktoré by v prípade, ak by boli súčasťou pôvodného postupu obstarávania, umožnili pripustenie iných ako

pôvodne vybraných záujemcov alebo akceptovanie inej ako pôvodne akceptovanej ponuky alebo by do postupu obstarávania prilákali ďalších účastníkov, ako aj cieľom otvoriť verejné obstarávanie čo najširšej hospodárskej súťaži, ktorý v tejto oblasti sledujú smernice nielen v prospech hospodárskych subjektov, ale tiež verejných obstarávateľov. Preto zmena dodávateľa, o akú ide vo veci samej, nemôže na rozdiel od toho, čo tvrdí rakúska vláda, patriť do pôsobnosti článku 72 smernice 2014/24, keďže predmetná verejná zákazka bola pôvodne zadaná uchádzačovi *in house* bez vyhlásenia verejného obstarávania (ECLI:EU:C:2022:372, body 41 až 43).

- 25 To by mohlo svedčiť v prospech všeobecného vyňatia zákaziek, ktoré boli pôvodne zadané internému zariadeniu, z pôsobnosti článku 72, a teda aj z ustanovenia článku 72 ods. 1 písm. c) smernice 2014/24/EÚ, ktoré je relevantné v tomto prípade, ak v čase úpravy zmluvy už nie sú splnené požiadavky na zadanie *in house*.
- 26 Hlavným cieľom pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania je totiž zabezpečiť voľný pohyb služieb a otvorenie nenarušenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch. Pri realizácii tohto dvojitého cieľa právo Spoločenstva uplatňuje najmä zásadu zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, zásadu rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi a z nej vyplývajúcu povinnosť transparentnosti (Súdny dvor, rozsudok z 19. júna 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008: 351, Zb. s. 2008 I-4401, body 31 a 32 – presstext; Súdny dvor, rozsudok z 12. mája 2022, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372, bod 42 – Comune di Lerici). Sledovaný cieľ, ktorým je otvorenie verejného obstarávania čo najširšej hospodárskej súťaži, by sa však nepodarilo dosiahnuť, ak by bolo možné upraviť zákazku zadanú *in house* počas jej platnosti, hoci interné kritériá už neexistujú. Zájemcovia a uchádzači by nikdy nemohli získať zákazku. A to ani v prípade pôvodnej zmluvy, pretože nebola daná pôsobnosť smernice o verejnom obstarávaní, ako ani v prípade podstatných úprav zmluvy, pretože tieto by pokrýval článok 72, v tomto prípade článok 72 ods. 1 písm. c) smernice 2014/24/EÚ.
- 27 Podľa názoru vnútroštátneho súdu však nie je jasné, či Súdny dvor naozaj chcel v tomto zmysle obmedziť pôsobnosť článku 72 ods. 1. Jeho vyjadrenia tak možno chápať aj v tom zmysle, že článok 72 ods. 1 sa síce vo všeobecnosti vzťahuje na pôvodné zadanie *in house*, ale zmena dodávateľa, ktorú treba preskúmať, nespĺňa požiadavky upravené v prvom odseku písm. d) bode ii) smernice 2014/24/EÚ, podľa ktorých to nesmie mať za následok žiadnu podstatnú úpravu zákazky.
- 28 Výsledok svojho výkladu považuje za potvrdený nielen úpravou v článku 72 ods. 4, ale ďalej uvádza, že pokračovanie v plnení verejnej zákazky spoločnosťou IREN v konaní vo veci samej predstavuje zmenu zásadnej podmienky zákazky, ktorá by si vyžadovala vyhlásenie verejného obstarávania (Súdny dvor, rozsudok z 12. mája 2022, C-719/20, ECLI:EU:C:2022:372, body 42 a 50 – Comune di Lerici). Zmenu zásadnej podmienky zákazky však treba považovať za rovnocennú

s podstatnou úpravou zákazky, ktorá nemôže byť spôsobená zmenou dodávateľa v zmysle článku 72 ods. 1 písm. d) bodu ii).

- 29 V prospech uplatniteľnosti článku 72 ods. 1 písm. c) na zákazky, ktoré boli pôvodne zadané *in house* bez vyhlásenia verejného obstarávania, by mohlo svedčiť aj to, že s ohľadom na stanovené ciele práva Spoločenstva (pozri bod 26) nesmie byť rozdiel v tom, či bola zákazka zadaná mimo pôsobnosti smernice 2014/24/EÚ, pretože išlo o zadanie *in house*, alebo pri uzatvorení pôvodnej zmluvy právo Spoločenstva ešte vôbec neplatilo.
- 30 Naopak, podľa názoru vnútroštátneho súdu nie je relevantné, či pôvodné udelenie koncesie vedľajším účastníkom konania v rámci príprav plánovanej privatizácie bolo v súlade s právnou úpravou verejného obstarávania alebo či privatizácia vedľajších účastníkov konania od roku 1998 predstavovala podstatnú úpravu koncesných zmlúv, pretože šesťmesačná lehota podľa § 135 ods. 2 GWB, ktorá bola vytvorená pri prebratí článku 2f ods. 1 písm. d) smernice 89/665/EHS, už dávno uplynula.
- 31 Zámer, ktorý stojí za touto premlčacou lehotou, aby sa po uplynutí primeraných minimálnych prekluzívnych lehôt zabezpečila právna istota, by bol zmarený, ak by pri každej ďalšej zmene bolo možné spochybníť súlad pôvodného zadania zákazky alebo predchádzajúcich úprav s právnou úpravou verejného obstarávania, a to ešte aj po uplynutí týchto lehôt. Všeobecná zásada právnej istoty už viac neumožňuje preskúmať zákonnosť zadania zákazky alebo jej zmien po tom, ako stanovená prekluzívna lehota už uplynula (Súdny dvor, rozsudok z 26. marca 2020, C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240, bod 102 – Hungeod Közlekedésfejlesztési).
- 32 Otázka položená na prejudiciálne rozhodnutie má preto podľa názoru vnútroštátneho súdu význam pre rozhodnutie. Vnútroštátny súd si nemyslí, že by z iných právnych hľadísk bolo možné rozhodnúť právny spor bez odpovede na otázku.

[omissis]