

Sprawa C-452/23

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

Data wpływu:

19 lipca 2023 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

16 czerwca 2023 r.

Strony wnoszące odwołanie i strony skarżące:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Druga strona postępowania odwoławczego i strona przeciwna sądowego postępowania odwoławczego:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[...]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

POSTANOWIENIE

W postępowaniu odwoławczym z zakresu udzielania zamówień publicznych

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

[...] Kolonia,

2. Tesla Germany GmbH, [...]

[...] Berlin,

strony wnoszące odwołanie i strony skarżące,

[...],

przeciwno

Die Autobahn GmbH des Bundes [...],

[...] Berlin,

druga strona postępowania odwoławczego i strona przeciwna w sądowym postępowaniu odwoławczym,

[...],

przy udziale:

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

wezvani do udziału w sprawie

[...],

Vergabesenat Oberlandesgericht Düsseldorf (izba odwoławcza do spraw zamówień publicznych wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie) po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 kwietnia 2023 r. [...]

postanowiła:

[...].

Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostaje przedłożone następujące pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE:

Czy art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że obejmuje on swoim zakresem także takie zamówienia publiczne, które uprzednio zostały udzielone na rzecz wewnętrznej jednostki organizacyjnej (in house) poza zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE, jednakże w chwili zmiany umowy przesłanki dla udzielenia zamówienia in house już nie występują?

Uzasadnienie:

I.

- 1 Druga strona postępowania odwoławczego jest spółką infrastrukturalną prawa prywatnego, która jest przedmiotem niezbywalnej własności Republiki Federalnej

Niemiec. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (niemieckie federalne ministerstwo do spraw transportu i infrastruktury cyfrowej) przekazało jej ze skutkiem na dzień 1 stycznia 2021 r. zadania planowania, budowy, eksploatacji, utrzymania, finansowania oraz zarządzania majątkowego dotyczące autostrad federalnych. Niezbędne do wykonania tych zadań środki finansowe są jej przekazywane przez Republikę Federalną Niemiec.

- 2 Częścią sieci autostrad jest ponad 400 komercyjnych miejsc obsługi podróżnych (MOP), w których znajdują się zakłady obsługujące podróżnych takie jak stacje paliw i obiekty gastronomiczne/handlowe/noclegowe. Operatorem zakładów obsługujących podróżnych była pierwotnie spółka Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (zwana dalej „GfN”) założona w 1951 r. przez Republikę Federalną Niemiec. W 1994 r. w oczekiwaniu na zamierzoną prywatyzację spółka ta została przekształcona i otrzymała nazwę Tank & Rast AG. Nie prowadziło to początkowo do zmiany struktury właścicielskiej, jedynym akcjonariuszem była Republika Federalna Niemiec. Jeszcze w tym samym roku Tank & Rast AG nabyła spółkę Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 3 W latach 1996–1998 Republika Federalna Niemiec zawarła bez przeprowadzania uprzednich przetargów ze znajdującą się wówczas jeszcze we własności federalnej Tank & Rast AG około 280 obowiązujących do chwili obecnej umów koncesyjnych dotyczących prowadzenia zakładów obsługujących podróżnych przy autostradach federalnych na podstawie nowego wzoru umowy koncesji. Na podstawie tej umowy podmiot otrzymujący koncesję ma prawo do wybudowania i prowadzenia – na określonej nieruchomości zakładowej – zakładu obsługującego podróżnych służącego potrzebom osób korzystających z autostrady federalnej. Jako świadczenie wzajemne jest on zobowiązany do uiszczania opłaty koncesyjnej zależnej od wysokości obrotu. Częścią umów koncesyjnych jest koncepcja prowadzenia zakładu, w której ustala się określoną ilość dystrybutorów paliw oraz miejsc obsługi oraz przewiduje się obiekt gastronomiczny/handlowy/noclegowy i toalety publiczne. Zakład obsługujący podróżnych powinien być otwarty codziennie przez 24 godziny. Umowy koncesyjne są zawierane na 40 lat. Wzór umowy koncesji został ogłoszony w urzędowej części Verkehrsblatt, Dziennika Urzędowego Federalnego Ministerstwa do spraw Transportu i Infrastruktury Cyfrowej, z 1997 r., nr 226, s. 825 i nast.
- 4 Począwszy od 1998 r. rozpoczęto prywatyzację Tank & Rast AG, przeprowadzaną przez bank [...] w ramach procedury wyboru inwestorów [...]. Procedura wyboru inwestorów, w której uczestniczyło około 50 zainteresowanych z kraju i zagranicy, doprowadziła ostatecznie do zawarcia porozumienia z konsorcjum, w skład którego weszli LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH oraz trzy spółki inwestycyjno-funduszowe. Przedsiębiorstwa należące do konsorcjum zgłosiły planowane przejęcie Komisji Wspólnot Europejskich, która w dniu 7 grudnia 1998 r. na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 4064/89/EWG w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw

stwierdziła, że zgłoszona koncentracja nie wzbudza wątpliwości (sprawa nr IV/M.1361). W wyniku przekształceń ze spółki Trank & Rast AG powstały podmioty wezwane do udziału w sprawie jako obecni posiadacze koncesji.

- 5 Po prywatyzacji w latach 1991–2019 udzielono jeszcze około 80 dalszych koncesji na rzecz podmiotów wezwanych do udziału w sprawie; zgodnie z przekazanymi przez nie informacjami w 19 przypadkach udzielono im koncesji w ramach przetargu. Podmioty wezwane do udziału w sprawie są tym samym podmiotami posiadającymi istniejące koncesje w odniesieniu do około 90 procent wszystkich zakładów obsługujących podróżnych.
- 6 W ustawie z dnia 25 czerwca 2021 r. w sprawie infrastruktury do szybkiego ładowania akumulatorowych pojazdów elektrycznych – obowiązującej w odniesieniu do akumulatorowych pojazdów elektrycznych w rozumieniu art. 4 rozporządzenia (UE) 2018/858 – zawarte jest w § 5 ust. 3 zdanie pierwsze dla drugiej strony postępowania odwoławczego zobowiązanie do zaoferowania posiadaczowi koncesji na prowadzenie zakładu obsługującego podróżnych przejęcia na zasadach komercyjnych budowy, utrzymania i eksploatacji zaplanowanych w danej lokalizacji stacji szybkiego ładowania, o ile jest to wskazane i nie stoi temu na przeszkodzie część 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [niemieckiej ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (Bundesgesetzblatt 2021, część I, s. 2141 i nast., zwanej dalej „GWB”)]. W części 4 GWB uregulowane jest niemieckie prawo zamówień publicznych. W wykonaniu tego zadania ustawowego druga strona postępowania odwoławczego uzgodniła z wezwanymi do udziału w sprawie w dniu 28 kwietnia 2022 r. aneks do około 360 istniejących umów koncesyjnych dotyczący przejęcia na zasadach komercyjnych budowy, utrzymania i eksploatacji funkcjonujących stacji szybkiego ładowania; aneks zawierał zobowiązanie do utrzymywania w każdej lokalizacji ustalonej ilości stacji ładowania.
- 7 Zmiana została ogłoszona przez drugą stronę postępowania odwoławczego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 maja 2022 r., przy czym rezygnację z przetargu uzasadniła powołaniem się na § 132 GWB. Udostępnienie infrastruktury do szybkiego ładowania stało się konieczne jako dodatkowa usługa w ramach umów koncesyjnych, czego nie można było przewidzieć w chwili ich zawierania (Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, numer ogłoszenia 2022/S 089–245969).
- 8 Strony wnoszące odwołanie eksploatują infrastrukturę do ładowania pojazdów elektrycznych. Pismem adwokackim z dnia 20 maja 2022 r. wniosły o wszczęcie postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu wniosku wskazywały, że aneks zawarty z wezwanymi do udziału w sprawie jest zgodnie z § 135 ust. 1 pkt 2 GWB bezskuteczny, gdyż zamówienie zostało udzielone bez uprzedniego ogłoszenia obejmującego całe terytorium UE. Aneks nie może znaleźć swojej podstawy w § 132 GWB. Przepis ten nie znajduje w ogóle zastosowania, gdyż istniejące koncesje nie zostały przyznane po przeprowadzeniu przetargu.

- 9 Postanowieniem z dnia 15 czerwca 2022 r. (VK 2–54/22) druga Vergabekammer des Bundes (federalna izba odwoławcza do spraw zamówień publicznych) oddaliła odwołanie stron wnoszących odwołanie. Zdaniem izby zgodnie z § 154 pkt 3 GWB przepis z § 132 GWB znajduje zastosowanie do istniejących koncesji. Jej zmiana dokonana aneksem z dnia 28 kwietnia 2022 r. nie jest już istotna w rozumieniu § 132 ust. 1 GWB. Zakłady obsługujące podróżnych mają umożliwić tankowanie paliwa dla uczestników ruchu drogowego, co obejmuje, w każdym razie stosując analizę funkcjonalną, także tankowanie energii elektrycznej. Tak czy inaczej zmiana jest jednak dopuszczalna zgodnie z § 132 ust. 2 zdanie pierwsze pkt 3 GWB, gdyż w 1998 r. nie można było przewidzieć konieczności stworzenia infrastruktury do szybkiego ładowania.
- 10 Od tej decyzji Vergabekammer strony wnoszące odwołanie wniosły zażalenie (sofortige Beschwerde) do Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie). W ich ocenie zmiana na podstawie § 132 ust. 1 i 2 GWB jest wykluczona już z tego powodu, że przepis ten w ogóle nie znajduje zastosowania do zamówień publicznych, które pierwotnie nie zostały udzielone w warunkach konkurencji, lecz zostały przydzielone bez przetargu na rzecz wewnętrznej jednostki organizacyjnej (in house) – tak jak wynika to z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 maja 2022 r., C-719/20 „Comune di Lerici”. Jest tak tym bardziej, w przypadku gdy już pierwotna koncesja została udzielona swego czasu niezgodnie z prawem zamówień publicznych; zamówienie w trybie in house jest niedopuszczalne, jeżeli ma się wiedzę o późniejszej prywatyzacji.
- 11 Druga strona postępowania odwoławczego i wezwani do udziału w sprawie bronią decyzji Vergabekammer. W ich ocenie nieistotne zmiany zamówień publicznych są zawsze dopuszczalne. Artykuł 72 dyrektywy 2014/24 lub § 132 GWB dotyczą w ogóle jedynie istotnych zmian. Przytoczone orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości dotyczy wyłącznie zagadnienia, czy w przypadku ustania przesłanek do udzielenia zamówienia in house musi zostać ogłoszony nowy przetarg, gdyż jest to istotna zmiana, która nie jest objęta żadnym z wyjątków.

II.

- 12 W ocenie izby powodzenie środka odwoławczego zależy od odpowiedzi na pytanie prejudycjalne. W związku z tym przed rozstrzygnięciem sprawy należy zawiesić postępowanie i zwrócić się na podstawie art. 267 akapit pierwszy lit. b) i akapit drugi TFUE do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W decyzji o odesłaniu prejudycjalnym odgrywają rolę następujące zagadnienia prawne:
- 13 [...]. Decydujące znaczenie ma wyłącznie zagadnienie, czy aneks zawarty z wezwanymi do udziału w sprawie jest bezskuteczny na podstawie § 135 ust. 1 pkt 2 GWB i w związku z tym odwołanie jest uzasadnione.
- 14 Stosowne zasady są uregulowane w § 135 ust. 1, § 132 ust. 1, 2 i § 154 pkt 3 i 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) w brzmieniu z dnia

18 kwietnia 2016 r. (Bundesgesetzblatt 2016, część I, s. 203 i nast.), których fragmenty mają następujące brzmienie:

15 § 135 GWB Bezskuteczność

1 Zamówienie publiczne jest od początku bezskuteczne, jeżeli publiczna instytucja zamawiająca:

1) [...]

2) udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że jest to dozwolone na podstawie ustawy,

i naruszenie to zostało stwierdzone w postępowaniu odwoławczym.

2. Bezskuteczność na podstawie ustępu 1 może zostać stwierdzona jedynie wtedy, gdy zostanie podniesiona w postępowaniu odwoławczym w ciągu 30 dni kalendarzowych od poinformowania oferentów i kandydatów, których to dotyczy, przez publiczną instytucję zamawiającą o zawarciu umowy, ale nie później niż sześć miesięcy po jej zawarciu. Jeżeli zamawiający opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, termin do podnoszenia bezskuteczności upływa 30 dni kalendarzowych po publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

16 § 132 GWB Zmiany zamówień podczas trwania umowy

(1) Istotne zmiany zamówienia publicznego w czasie obowiązywania umowy wymagają przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Istotne są zmiany, które prowadzą do tego, że zamówienie publicznie różni się znacznie od pierwotnie udzielonego zamówienia publicznego. [...]

(2) Niezależnie od przepisu ustępu 1 dopuszczalna jest zmiana zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, gdy:

[...]

3 zmiana stała się konieczna z uwagi na okoliczności, których publiczna instytucja zamawiająca działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć, a w jej wyniku nie dochodzi do zmiany ogólnego charakteru zamówienia [...].

W przypadkach określonych w zdaniu pierwszym pkt 2 i 3 cena nie może wzrosnąć o więcej niż 50 % wartości pierwotnego zamówienia.

17 § 154 GWB Pozostałe przepisy znajdujące zastosowanie

W pozostałym zakresie do udzielania koncesji [...] odpowiednie zastosowanie znajdują następujące przepisy:

[...]

3. § 131 ust. 2 i 3 oraz § 132 [...],
 4. § 133–135, [...].
- 18 Izba ocenia, iż przesłanki hipotezy przepisu z § 132 ust. 2 pkt 3 GWB są spełnione w przypadku uzupełnienia treści niemal wszystkich umów koncesyjnych, gdyż przy zawieraniu umów w latach 1996–1998 publiczna instytucja udzielająca zamówienia w żadnym wypadku nie mogła przewidzieć, że pojawi się potrzeba do stworzenia infrastruktury do szybkiego ładowania przy obiektach gastronomicznych/handlowych/noclegowych w pasie drogowym autostrad federalnych i powstanie ustawowy obowiązek do jej budowy, a ogólny charakter koncesji dla zakładów obsługujących podróżnych nie uległ w wyniku aneksu zmianie. Także wartość pierwotnego zamówienia nie zwiększa się o więcej niż 50 %.
- 19 Dla izby nie jest jednak jasne, czy zakres stosowania § 132 ust. 2 pkt 3 GWB, w którym dokonuje się transpozycji art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/424/UE w sprawie zamówień publicznych do prawa krajowego i w związku z tym powinien być interpretowany zgodnie z dyrektywą, obejmuje także umowy zawarte poza zakresem stosowania prawa zamówień publicznych uregulowanego w części 4 GWB z wewnętrzną jednostką organizacyjną (in house) publicznej instytucji zamawiającej, przy wskazaniu, że w chwili zmiany zamówienia nie są już spełnione kryteria in house, gdyż kapitał podmiotu posiadającego koncesję należy w 100 % do prywatnych inwestorów.
- 20 Powyższa kwestia ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż izba dostrzega w aneksie istotną zmianę w rozumieniu § 132 ust. 1 zdanie pierwsze GWB. W związku z tym kluczowe znaczenie ma kwestia, czy druga strona postępowania odwoławczego i wezwani do udziału w sprawie mogli uzupełnić istniejące między nimi – zawarte bez przeprowadzenia przetargu – umowy koncesyjne na podstawie § 132 ust. 2 zdanie pierwsze pkt 3 w związku z § 154 pkt 3 GWB o przejęcie na zasadach komercyjnych budowy, utrzymania i eksploatacji funkcjonującej infrastruktury do szybkiego ładowania bez przeprowadzania nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z tym uzasadnieniem, że w takim przypadku udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu § 135 ust. 1 pkt 2 GWB było dopuszczalne na podstawie ustawy bez publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
- 21 Izba uważa, że brzmienie art. 72 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych nie jest wystarczająco jednoznaczne. Prawdą jest, że w art. 72 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 i 5 jest mowa o przeprowadzeniu „nowego postępowania o udzielenie zamówienia”. W art. 72 ust. 1 lit. b) zawarte jest sformułowanie

„[w ramach] pierwotnego zamówienia” a w ust. 4 lit. a) „pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia”. Także w motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych odnoszącym się do art. 72 ust. 1 lit. c) wskazuje się, że niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzania „nowego postępowania o udzielenie zamówienia”. W potocznym znaczeniu o „nowym” postępowaniu mowa jest wtedy, gdy miało miejsce uprzednie „stare” lub „pierwotne” postępowanie. Także pojęcie „postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia” powinno wskazywać w kontekście dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych na to, że dotyczy to formalnego postępowania odbywającego się wedle przepisów dyrektywy 2014/24/UE. Takie rozumienie nie jest jednak obligatoryjne. Także zlecenie dla wewnętrznej jednostki organizacyjnej (in house) może być rozumiane jako udzielenie zamówienia (zamówienie in house), a przebieg wydarzeń w czasie aż do udzielenia zamówienia może być rozumiany jako postępowanie.

- 22 Także dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie prowadzi w ocenie izby do jednoznacznych wniosków. Itak Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w dwóch orzeczeniach stosował swoje zasady dotyczące późniejszych zmian umów do umów, które zostały zawarte w czasie, gdy prawo wspólnotowe jeszcze nie obowiązywało. W swoim kluczowym wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext*, C-454/06, nie tylko rozwinął zasady dotyczące zagadnienia, kiedy zmiany zapisów zamówienia publicznego w czasie jego obowiązywania powinny być uznane za udzielenie nowego zamówienia, lecz także uznał, iż znajdują one zastosowanie do zamówienia udzielonego zanim Republika Austrii przystąpiła do Unii Europejskiej, czyli do którego nie obowiązywały wówczas wymagania wynikające z prawa wspólnotowego (EU:C:2008:351, pkt 28, 34–37). W ramach postępowania w sprawie stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Republice Włoskiej dotyczącego przedłużenia koncesji budowlanej udzielonej już w 1969 r., a tym samym przed przyjęciem stosownych przepisów prawa Unii, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uściślił, iż znajdującym zastosowanie jest prawo Unii obowiązujące w momencie zmiany umowy, zaś bez znaczenia jest okoliczność, że pierwotna umowa koncesyjna została zawarta przed przyjęciem stosownych przepisów prawa Unii (wyrok Trybunału z dnia 18 września 2019 r., C-526/17, EU:C:2019:756, pkt 60).
- 23 Można by to rozumieć w ten sposób, że w odniesieniu do stosowania zasad dotyczących późniejszych zmian umowy bez przeprowadzania (nowego) postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, które obecnie są uregulowane w art. 72 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, bez znaczenia jest okoliczność, w jaki sposób doszło do udzielenia pierwotnego zamówienia, w szczególności kwestia, czy przy jego udzielaniu uwzględniano zasady niedyskryminacji, równości oraz skutecznej konkurencji. Za takim podejściem mogłoby również przemawiać to, iż Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasadniczo nie widzi powodu, by ingerować w istniejące, zawarte na czas nieokreślony lub na okres kilku lat stosunki prawne, gdy takie stosunki

powstały przed obowiązywaniem odpowiednich przepisów prawa Unii (zobacz wyroki Trybunału: z dnia 24 września 1998 r., Tögel, C-76/97, EU:C:1998:432, pkt 54; z dnia 5 października 2000 r., Matra-Transport, C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 38).

- 24 Na inny kierunek wskazuje natomiast wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 maja 2022 r., Comune di Lercis C-719/20, (EU:C:2022:372). Włoska gmina Lerci przekazała komunalne zarządzanie usługami w zakresie gospodarowania odpadami w decyzji określonej wprost jako zamówienie in house na rzecz spółki, której udziałowcami były wyłącznie gminy, włącznie z tą gminą. Następnie spółka ta popadła w trudności finansowe i została przejęta przez notowaną na giełdzie spółkę IREN SpA, która kontynuowała świadczenie przekazanych usług. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopatrywał się w tym niedopuszczalnej zmiany umowy. Z brzmienia art. 72 ust. 1 wynika, że jego zakres stosowania jest ograniczony do sytuacji, w której następcą pierwotnego wykonawcy kontynuuje wykonywanie zamówienia publicznego będącego przedmiotem pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnego z wymogami określonymi w dyrektywie, wśród których znajduje się poszanowanie zasad niedyskryminacji, równości i skutecznej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Taka wykładnia znajduje – w ocenie Trybunału – także potwierdzenie w art. 72 ust. 4 dyrektywy, zgodnie z którym zmianę zamówienia uznaje się za istotną wówczas, gdy wprowadza ona warunki, które gdyby zostały włączone do pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, jak również w celu polegającym na otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego dążą odnośne dyrektywy z korzyścią nie tylko dla wykonawców, lecz również dla instytucji zamawiających. W związku z tym zmiana wykonawcy, taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, nie może wchodzić w zakres stosowania art. 72 dyrektywy 2014/24, ponieważ zamówienie publiczne rozpatrywane w postępowaniu głównym zostało pierwotnie udzielone bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej („in house”). (EU:C: 2022:372, pkt 41–43).
- 25 Stanowisko to może przemawiać za generalnym wyłączeniem zamówień udzielonych pierwotnie na rzecz wewnętrznych jednostek organizacyjnych (in house) z zakresu stosowania art. 72, a zatem także z zakresu stosowania istotnego w niniejszej sprawie art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, gdy w momencie zmiany umowy przesłanki dla udzielenia zamówienia in house już nie występują.
- 26 Głównym celem przepisów wspólnotowych jest zapewnienie za pomocą zamówień publicznych we wszystkich państwach członkowskich swobodnego przepływu usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo wspólnotowe stosuje w szczególności zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasadę równego

traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (wyroki Trybunału: z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext*, C-454/06, EU:C:2008: 351, pkt 31, 32; z dnia 12 maja 2022 r., *Comune di Lerici*, C-719/20, EU:C:2022:372, pkt 42). Zamierzony cel, otwarcie dziedziny zamówień publicznych na możliwie intensywną konkurencję, nie zostałby jednak osiągnięty, gdy dopuszczalna byłaby zmiana zamówienia udzielonego *in house* podczas jego trwania bez udzielenia nowego zamówienia publicznego, chociaż kryteria do udzielenia zamówienia *in house* przestały być już spełnione. Inni oferenci i kandydaci nie mieliby w żadnym momencie możliwości pozyskania zamówienia. Pierwotnego zamówienia nie mogli otrzymać, dlatego że dyrektywa w sprawie zamówień publicznych nie znajdowała zastosowania, w przypadku istotnej zamiany umowy również nie, ponieważ zmiana byłaby objęta zakresem stosowania art. 72, w niniejszym wypadku – art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych.

- 27 Jednakże w ocenie izby nie jest do końca pewne, czy Trybunał rzeczywiście zamierzał ograniczyć w takim zakresie obszar stosowania art. 72 ust. 1. I tak jego wywody mogą być zrozumiane również w ten sposób, że art. 72 ust. 1 w przypadku pierwotnego zamówienia udzielonego *in house* znajduje co prawda co do zasady zastosowanie, jednak będąca przedmiotem oceny zmiana wykonawcy, która nie spełnia przesłanek określonych w ust. 1 lit. d) pkt ii) dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, nie może pociągać za sobą innych istotnych modyfikacji umowy.
- 28 I tak Trybunał znajduje potwierdzenie swych wniosków dotyczących wykładni nie tylko w uregulowaniu zawartym w art. 72 ust. 4, lecz wywodzi także, że dalsze wykonywanie przez IREN SpA zamówienia publicznego w postępowaniu głównym winno być uznane za oparte na zmianie podstawowego warunku zamówienia wymagającej przeprowadzenia postępowania przetargowego (wyrok z dnia 12 maja 2022 r., *Comune di Lerici*, C-719/20, EU:C:2022:372, pkt 42, 50). Zmiana podstawowego warunku zamówienia powinna być jednak tak samo oceniana jak istotna modyfikacja zamówienia – do której zmiana wykonawcy nie może zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. d) pkt II prowadzić.
- 29 Za stosowaniem art. 72 ust. 1 lit. c) do zamówienia udzielonego pierwotnie *in house* bez przetargu może ewentualnie przemawiać również okoliczność, że z punktu widzenia celów prawa wspólnotowego (zob. pkt 26) nie powinno stanowić różnicy, czy zamówienie dlatego zostało udzielone poza zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE, gdyż było to zamówienie *in house*, czy też z uwagi na okoliczność, że przy zawieraniu pierwotnej umowy prawo wspólnotowe jeszcze w ogóle nie obowiązywało.
- 30 W ocenie izby odsyłającej nie ma natomiast znaczenia, czy pierwotne udzielenie koncesji na rzecz podmiotów wezwanych do udziału w sprawie na etapie poprzedzającym zamierzoną prywatyzację było zgodne z prawem zamówień publicznych lub czy też prywatyzacja podmiotów wezwanych do udziału w sprawie mająca miejsce od 1998 r. stanowiła istotną zmianę umów

koncesyjnych, gdyż w tym zakresie już dawno upłynął sześciomiesięczny termin z § 135 ust. 2 GWB przyjęty w ramach transpozycji art. 2f ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665/EWG.

- 31 Leżąca u podstaw tego terminu zawitego intencja zapewnienia pewności prawnej po upływie odpowiedniego minimalnego terminu przedawnienia zostałaby podważona, gdyby w przypadku każdej późniejszej zmiany można było kwestionować – nawet po upływie tych terminów – zgodność z prawem zamówień publicznych pierwotnego zamówienia lub wcześniejszych zmian. Ogólna zasada pewności prawa stoi na przeszkodzie kontroli zgodności z prawem udzielenia zamówienia publicznego lub jego zmiany, po tym gdy upłynął przewidziany termin zawity (wyrok Trybunału z dnia 26 marca 2020 r., Hungeod Közlekedésfejlesztési, C-496/18, EU:C:2020:240, pkt 102).
- 32 Przedłożone do rozpatrzenia w trybie prejudycjalnym zagadnienie ma zatem z perspektywy izby znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba nie dostrzega możliwości, by sprawa mogła zostać rozstrzygnięta z uwzględnieniem innych aspektów prawnych bez udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytanie.

[...]

DOKUMENT ROZSTRZYGNIENIA