

Υπόθεση C-452/23

Αίτηση προδικαστικής αποφάσεως

Ημερομηνία καταθέσεως:

19 Ιουλίου 2023

Αιτούν δικαστήριο:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Γερμανία)

Ημερομηνία της αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου:

16 Ιουνίου 2023

Προσφεύγουσες και εκκαλούσες:

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

Tesla Germany GmbH

Καθής και εφεσίβλητη:

Die Autobahn GmbH des Bundes

[παραλειπόμενα]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

ΔΙΑΤΑΞΗ

Στη διαδικασία προσφυγής στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων

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

[παραλειπόμενα] Κολωνία,

2. Tesla Germany GmbH, [παραλειπόμενα]

[παραλειπόμενα] Βερολίνο,

προσφεύγουσες και εκκαλούσες,

[παραλειπόμενα],

κατά

Die Autobahn GmbH des Bundes [παραλειπόμενα],

[παραλειπόμενα] Βερολίνο,

καθής και εφεσίβλητης,

[παραλειπόμενα],

λοιποί μετέχοντες στη διαδικασία:

1. Autobahn Tank & Rast GmbH, [παραλειπόμενα] Βόννη,
2. Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, [παραλειπόμενα] Βερολίνο,
προσεπικληθείσες,

[παραλειπόμενα],

το Vergabesenat (τμήμα εφέσεων στο πλαίσιο διαφορών από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων) του Oberlandesgericht Düsseldorf (ανώτερου περιφερειακού δικαστηρίου του Ντίσελντορφ, Γερμανία) εξέδωσε, κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζήτησης της 27ης Απριλίου 2023, [παραλειπόμενα] την ακόλουθη

διάταξη:

[παραλειπόμενα].

Υποβάλλει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα όσον αφορά την ερμηνεία της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων:

Έχει το άρθρο 72, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ την έννοια ότι στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης αυτής εμπίπτουν επίσης οι δημόσιες συμβάσεις των οποίων η προγενέστερη ανάθεση σε οντότητα in house δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αλλά οι προϋποθέσεις της ανάθεσης in house δεν συντρέχουν πλέον κατά τον χρόνο τροποποίησης των συμβάσεων;

Σκεπτικό:

I.

- 1 Η καθής είναι εταιρία ιδιωτικού δικαίου με αντικείμενο την κατασκευή και διαχείριση υποδομών, η οποία αποτελεί αναπαλλοτρίωτη ιδιοκτησία της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Το Bundesministerium für Verkehr

und digitale Infrastruktur (Ομοσπονδιακό Υπουργείο Μεταφορών και Ψηφιακών Υποδομών, Γερμανία) της ανέθεσε, με ισχύ από 1ης Ιανουαρίου 2021, τον σχεδιασμό, την κατασκευή, τη λειτουργία, τη συντήρηση, τη χρηματοδότηση και την περιουσιακή διαχείριση των ομοσπονδιακών αυτοκινητοδρόμων. Οι οικονομικοί πόροι που είναι απαραίτητοι για την εκτέλεση των καθηκόντων της παρέχονται από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας.

- 2 Στο δίκτυο αυτοκινητοδρόμων ανήκουν άνω των 400 εγκαταστάσεων εξυπηρέτησης αυτοκινητιστών, στις οποίες λειτουργούν επιμέρους βοηθητικές εγκαταστάσεις που συνίστανται, ειδικότερα, σε πρατήρια καυσίμων και σταθμούς εξυπηρέτησης αυτοκινητιστών. Φορέας διαχείρισης των βοηθητικών εγκαταστάσεων ήταν αρχικά η συσταθείσα το 1951 από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH (GfN). Η εταιρία αυτή μετονομάστηκε το 1994 σε Tank & Rast AG εν όψει της σχεδιαζόμενης ιδιωτικοποίησης. Η αλλαγή αυτή δεν είχε, αρχικά, ως συνέπεια τη μεταβολή της μετοχικής σύνθεσης, δεδομένου ότι μοναδικός μέτοχος ήταν η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας. Το ίδιο μόλις έτος, η Tank & Rast AG εξάγορασε την Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 3 Κατά τα έτη 1996 έως 1998, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας συνήψε με την Tank & Rast AG, η οποία, κατά τον χρόνο εκείνο ήταν ακόμα κρατική εταιρία, χωρίς προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, περίπου 280 συμβάσεις παραχώρησης, οι οποίες παραμένουν σε ισχύ μέχρι και σήμερα, με αντικείμενο τη διαχείριση βοηθητικών εγκαταστάσεων στους ομοσπονδιακούς αυτοκινητοδρόμους, με βάση ένα νέο υπόδειγμα σύμβασης παραχώρησης. Το εν λόγω υπόδειγμα σύμβασης παρέχει στον παραχωρησιούχο το δικαίωμα να κατασκευάζει και να διαχειρίζεται μια βοηθητική εγκατάσταση, σε καθορισμένη εδαφική έκταση, προς εξυπηρέτηση των αναγκών των χρηστών του ομοσπονδιακού αυτοκινητοδρόμου. Σε αντάλλαγμα, ο παραχωρησιούχος οφείλει να καταβάλλει τέλος παραχώρησης ανάλογα με τον πραγματοποιούμενο κύκλο εργασιών. Οι συμβάσεις παραχώρησης περιλαμβάνουν ένα επιχειρηματικό σχέδιο, το οποίο προβλέπει καθορισμένο αριθμό αντλιών καυσίμων και χώρων διεκπεραίωσης, καθώς και σταθμό εξυπηρέτησης αυτοκινητιστών και δημόσια αποχωρητήρια. Η βοηθητική εγκατάσταση πρέπει να παραμένει ανοικτή όλο το εικοσιτετράωρο σε καθημερινή βάση. Οι συμβάσεις παραχώρησης έχουν διάρκεια ισχύος έως 40 έτη. Το υπόδειγμα σύμβασης παραχώρησης δημοσιεύθηκε στο επίσημο τμήμα της Verkehrsblatt, που είναι η επίσημη εφημερίδα του Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Ομοσπονδιακού Υπουργείου Μεταφορών και Ψηφιακών Υποδομών), του 1997, υπό τον αριθμό 226, σ. 825 επ.
- 4 Αρχής γενομένης από το 1998, η Tank & Rast AG ιδιωτικοποιήθηκε μέσω της τράπεζας [παραλειπόμενα] στο πλαίσιο μιας διαδικασίας επιλογής επενδυτών [παραλειπόμενα]. Η διαδικασία επιλογής επενδυτών, στην οποία συμμετείχαν περίπου 50 ημεδαποί και αλλοδαποί ενδιαφερόμενοι, κατέληξε τελικά σε συμφωνία με κοινοπραξία αποτελούμενη από την LSG Lufthansa Service Holding AG, την Allianz Capital Partners GmbH και τρεις εταιρίες επενδύσεων

- κεφαλαίων. Οι επιχειρήσεις που ανήκαν στην κοινοπραξία κοινοποίησαν τη σχεδιαζόμενη εξαγορά στην Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η οποία, στις 7 Δεκεμβρίου 1998, διαπίστωσε, σύμφωνα με το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 4064/89/ΕΟΚ περί συγκεντρώσεων, ότι δεν υπήρχαν αμφιβολίες (υπόθεση IV/M.1361). Κατόπιν αλλαγών επωνυμίας, προέκυψαν από την Tank & Rast AG οι προσεπικληθείσες ως νυν παραχωρησιούχοι.
- 5 Μετά την ιδιωτικοποίηση, ανατέθηκαν στις προσεπικληθείσες, μεταξύ του 1999 και του 2019, άλλες 80 περίπου συμβάσεις παραχώρησης, εκ των οποίων, όπως υποστηρίζουν οι ίδιες, οι 19 τους ανατέθηκαν μέσω διαγωνισμού. Κατόπιν τούτων, οι προσεπικληθείσες αποτελούν τις νυν παραχωρησιούχους για το 90 % περίπου του συνόλου των βοηθητικών εγκαταστάσεων.
- 6 Ο Schnellladegesetz (γερμανικός νόμος περί ταχείας φόρτισης) της 25ης Ιουνίου 2021, ο οποίος εφαρμόζεται στα αμιγώς ηλεκτροκίνητα οχήματα με μπαταρία, κατά την έννοια του άρθρου 4 του κανονισμού 2018/858/ΕΕ, υποχρεώνει την καθής, στο άρθρο 5, παράγραφος 3, πρώτη περίοδος, να προσφέρει στους παραχωρησιούχους που διαχειρίζονται βοηθητικές εγκαταστάσεις με πρατήρια καυσίμων την ανάληψη, υπό όρους οικονομικής αυτάρκειας, της κατασκευής, της συντήρησης και της λειτουργίας των σημείων ταχείας φόρτισης που προβλέπονται να λειτουργήσουν στις θέσεις αυτές, στο μέτρο που τούτο είναι επιβεβλημένο και δεν αντίκειται στο μέρος 4 του Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού) (Bundesgesetzblatt 2021, μέρος I, σ. 2141 επ.). Στο μέρος 4 του Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen περιλαμβάνονται οι γερμανικοί κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων. Κατ' εφαρμογήν της εν λόγω νομοθετικής επιταγής, η καθής συμφώνησε με τις προσεπικληθείσες, στις 28 Απριλίου 2022, να συμπληρωθούν οι περίπου 360 υφιστάμενες συμβάσεις παραχώρησης με την πρόβλεψη της ανάληψης, υπό όρους οικονομικής αυτάρκειας, της κατασκευής, της συντήρησης και της διαχείρισης λειτουργικών υποδομών ταχείας φόρτισης, συμπεριλαμβανομένης της υποχρέωσης διατήρησης συγκεκριμένου αριθμού διαθέσιμων σημείων φόρτισης σε κάθε θέση.
- 7 Η καθής ανακοίνωσε την επελθείσα τροποποίηση στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, στις 6 Μαΐου 2022, αιτιολογώντας τη μη διεξαγωγή διαγωνισμού στηριζόμενη στο άρθρο 132 του GWB. Συγκεκριμένα, υποστήριξε ότι η διάθεση υποδομών ταχείας φόρτισης κατέστη αναγκαία ως συμπληρωματική υπηρεσία στο πλαίσιο των συμβάσεων παραχώρησης και ότι τούτο δεν μπορούσε να προβλεφθεί κατά τον χρόνο σύναψης των συμβάσεων αυτών (Συμπλήρωμα της *Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, αριθμός προκήρυξης 2022/S 089-245969).
- 8 Οι προσφεύγουσες διαχειρίζονται, η καθεμία, υποδομές φόρτισης ηλεκτρικών οχημάτων. Με δικόγραφο της 20ής Μαΐου 2022 άσκησαν προσφυγή. Προς στήριξη της προσφυγής τους, υποστήριξαν ότι η συμπληρωματική συμφωνία που συνήφθη με τις προσεπικληθείσες ήταν, βάσει του άρθρου 135, παράγραφος 1, σημείο 2, του GWB, άκυρη, δεδομένου ότι η σχετική σύμβαση ανατέθηκε χωρίς

προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού σε επίπεδο Ένωσης. Η τροποποίηση δεν μπορεί να στηριχθεί στο άρθρο 132 του GWB. Η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή, αν μη τι άλλο, επειδή οι υφιστάμενες συμβάσεις παραχώρησης δεν έχουν συναφθεί στο πλαίσιο διαγωνισμού.

- 9 Με διάταξη της 15ης Ιουνίου 2022 (VK 2-54/22), το 2. Vergabekammer des Bundes (δεύτερο ομοσπονδιακό όργανο επίλυσης διαφορών από διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, Γερμανία) απέρριψε την ανωτέρω προσφυγή. Συγκεκριμένα, έκρινε ότι, βάσει του άρθρου 154, σημείο 3, του GWB, η διάταξη του άρθρου 132 του GWB έχει εφαρμογή στις υφιστάμενες παραχωρήσεις. Κατ' αρχάς, η τροποποίηση των εν λόγω συμβάσεων παραχωρήσεις με τη συμπληρωματική συμφωνία της 28ης Απριλίου 2022 δεν είναι ουσιώδης κατά την έννοια του άρθρου 132, παράγραφος 1, GWB. Οι βοηθητικές εγκαταστάσεις χρησιμοποιούνται για τον ανεφοδιασμό των χρηστών του οδικού δικτύου με καύσιμα και τούτο περιλαμβάνει, τουλάχιστον από λειτουργική άποψη, και τον ανεφοδιασμό με ηλεκτρική ενέργεια. Εν πάση περιπτώσει, πάντως, η τροποποίηση αυτή είναι νόμιμη βάσει του άρθρου 132, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σημείο 3, του GWB, δεδομένου ότι η ανάγκη για υποδομές ταχείας φόρτισης δεν μπορούσε να προβλεφθεί το 1998.
- 10 Κατά της ανωτέρω διάταξης του Vergabekammer (οργάνου επίλυσης διαφορών από διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων), οι προσφεύγουσες άσκησαν έφεση ενώπιον του Oberlandesgericht Düsseldorf (εφετείου Ντίσελντορφ, Γερμανία). Οι προσφεύγουσες υποστήριξαν ότι, όπως προκύπτει από την απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου της 12ης Μαΐου 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), τροποποίηση κατά την έννοια του άρθρου 132, παράγραφοι 1 και 2, του GWB αποκλείεται εκ μόνου του λόγου ότι η διάταξη αυτή ουδόλως εφαρμόζεται στις τροποποιήσεις των δημόσιων συμβάσεων οι οποίες είχαν αρχικά ανατεθεί σε οντότητα in house χωρίς διαγωνιστική διαδικασία και χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο όταν η αρχική σύμβαση παραχώρησης είχε ήδη εξ αρχής συναφθεί κατά παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων· η ανάθεση in house εν γνώσει της επικείμενης ιδιωτικοποίησης είναι παράνομη.
- 11 Η καθής και οι προσεπικληθείσες υπερασπίζονται την απόφαση του Vergabekammer (οργάνου επίλυσης διαφορών από διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων). Υποστηρίζουν ότι οι μη ουσιώδεις τροποποιήσεις των δημόσιων συμβάσεων επιτρέπονται πάντοτε. Το άρθρο 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το άρθρο 132 του GWB διέπουν αποκλειστικά και μόνον τις ουσιώδεις τροποποιήσεις. Επί των τροποποιήσεων αυτών οι εν λόγω διατάξεις εφαρμόζονται ανεξαρτήτως των περιστάσεων της αρχικής ανάθεσης. Η μνημονευόμενη απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αφορούσε αποκλειστικά και μόνον το ζήτημα κατά πόσον πρέπει να προκηρυχθεί νέος διαγωνισμός όταν παύουν να συντρέχουν οι προϋποθέσεις της ανάθεσης in house, επειδή τούτο συνιστά ουσιώδη τροποποίηση η οποία δεν εμπίπτει σε καμία εξαίρεση.

II.

- 12 Κατά το δικάζον τμήμα, η ευδοκίμηση του ένδικου μέσου εξαρτάται από την απάντηση που θα δοθεί στο προδικαστικό ερώτημα. Επομένως, πριν από την έκδοση απόφασης, πρέπει να ανασταλεί η διαδικασία και να ζητηθεί η έκδοση προδικαστικής απόφασης από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δυνάμει του άρθρου 267, πρώτο εδάφιο, στοιχείο β', και δεύτερο εδάφιο, ΣΛΕΕ. Κρίσιμες για την προδικαστική απόφαση είναι οι ακόλουθες νομικές εκτιμήσεις:
- 13 [παραλειπόμενα]. Καθοριστική σημασία έχει αποκλειστικά και μόνον το αν η συμπληρωματική συμφωνία που συνήφθη με τις προσηπικληθείσες είναι άκυρη βάσει του άρθρου 135, παράγραφος 1, σημείο 2, του GWB, οπότε η προσφυγή θα είναι βάσιμη.
- 14 Οι σχετικές αρχές διατυπώνονται στο άρθρο 135, παράγραφος 1, στο άρθρο 132, παράγραφοι 1 και 2, και στο άρθρο 154, σημεία 3 και 4, του Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού) της 26ης Ιουνίου 2013 (Bundesgesetzblatt 2013, μέρος I, σ. 1750 επ.), όπως τροποποιήθηκε στις 18 Απριλίου 2016 (Bundesgesetzblatt 2016, μέρος I, σ. 203 επ.), τα οποία ορίζουν, αποσπασματικά, τα εξής:
- 15 Άρθρο 135 του GWB Ακυρότητα
- 1) Δημόσια σύμβαση είναι εξ αρχής άκυρη αν η αναθέτουσα αρχή
1. [...]
2. ανέθεσε τη σύμβαση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, χωρίς τούτο να επιτρέπεται από τον νόμο,
- και η εν λόγω παράβαση διαπιστώθηκε στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής.
- 2) Η ακυρότητα κατά την παράγραφο 1 μπορεί να διαπιστωθεί μόνον εφόσον έχει προβληθεί, στο πλαίσιο διαδικασίας προσφυγής, εντός προθεσμίας τριάντα ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και υποψηφίους για τη σύναψη της σύμβασης, το αργότερο όμως έξι μήνες μετά τη σύναψη της σύμβασης. Εάν η αναθέτουσα αρχή έχει ανακοινώσει τη σύναψη της σύμβασης στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, η προθεσμία προβολής της ακυρότητας λήγει 30 ημερολογιακές ημέρες μετά τη δημοσίευση της ανακοίνωσης σύναψης της σύμβασης στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*.
- 16 Άρθρο 132 του GWB Τροποποίηση σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της
- 1) Για κάθε ουσιώδη τροποποίηση δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της απαιτείται νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης. Ουσιώδεις

τροποποιήσεις είναι όσες έχουν ως αποτέλεσμα η δημόσια σύμβαση να διαφέρει σημαντικά από την αρχικώς ανατεθείσα δημόσια σύμβαση. [...]

2) Κατ' εξαίρεση από τον κανόνα της παραγράφου 1, τροποποίηση δημόσιας σύμβασης επιτρέπεται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης εφόσον

[...]

3. η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή και η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης [...].

Στις περιπτώσεις της πρώτης περιόδου, σημεία 2 και 3, η τιμή δεν μπορεί να αυξηθεί σε ποσοστό που υπερβαίνει το 50 % της αξίας της αρχικής σύμβασης.

17 Άρθρο 154 του GWB Λοιπές εφαρμοστέες διατάξεις

Επιπλέον, στις περιπτώσεις ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης [...] εφαρμόζονται, αναλόγως, οι ακόλουθες διατάξεις:

[...]

3. Το άρθρο 131, παράγραφοι 2 και 3, και το άρθρο 132 [...],

4. τα άρθρα 133 έως 135, [...].

18 Το δικάζον τμήμα εκτιμά ότι οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 132, παράγραφος 2, σημείο 3, του GWB πληρούνται στις περιπτώσεις συμπλήρωσης του περιεχομένου σχεδόν όλων των επίμαχων συμβάσεων παραχώρησης, επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν μπορούσε να προβλέψει, τουλάχιστον κατά τη σύναψη των συμβάσεων τα έτη 1996 έως 1998, ότι θα προέκυπτε η ανάγκη για υποδομές ταχείας φόρτισης στους σταθμούς εξυπηρέτησης των ομοσπονδιακών αυτοκινητοδρόμων και ότι θα δημιουργούνταν νομική υποχρέωση κατασκευής τέτοιων υποδομών, καθώς και επειδή η συνολική φύση των συμβάσεων παραχώρησης των βοηθητικών εγκαταστάσεων δεν μεταβάλλεται λόγω της συμπλήρωσης. Επιπλέον, η αξία της αρχικής σύμβασης δεν αυξάνεται σε ποσοστό που υπερβαίνει το 50 %.

19 Ωστόσο, κατά το δικάζον τμήμα, δεν είναι σαφές αν το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 132, παράγραφος 2, σημείο 3, του GWB, με το οποίο έχει μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη το άρθρο 72, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το οποίο, ως εκ τούτου, πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με την εν λόγω οδηγία, έχει εφαρμογή και επί συμβάσεων που έχουν συναφθεί μεοντότητα in house της αναθέτουσας αρχής, των οποίων η σύναψη δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων που περιλαμβάνονται στο τέταρτο μέρος του GWB, εφόσον, κατά τον χρόνο

τροποποίησης των συμβάσεων, τα κριτήρια της ανάθεσης *in house* έχουν παύσει να πληρούνται, επειδή το κεφάλαιο του παραχωρησιούχου ανήκει πλέον εξ ολοκλήρου σε ιδιώτες επενδυτές.

- 20 Τούτο είναι όμως κρίσιμο για την έκβαση της διαφοράς, επειδή το δικάζον τμήμα εκτιμά ότι η συμπληρωματική συμφωνία συνιστά ουσιώδη τροποποίηση κατά την έννοια του άρθρου 132, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του GWB. Επομένως, είναι καθοριστικό το ζήτημα αν η καθής και οι προσεπικληθείσες είχαν δικαίωμα, βάσει του άρθρου 132, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, σημείο 3, σε συνδυασμό με το άρθρο 154, σημείο 3, του GWB, να συμπληρώσουν, χωρίς τη διεξαγωγή νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης, τις μεταξύ τους υφιστάμενες και χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού συναφθείσες συμβάσεις παραχώρησης, με σκοπό την ανάληψη, υπό όρους οικονομικής αυτάρκειας της κατασκευής, της συντήρησης και της λειτουργίας λειτουργικών υποδομών ταχείας φόρτισης, επειδή, κατά τον χρόνο εκείνο, η σύναψη της σύμβασης κατά την έννοια του άρθρου 135, παράγραφος 1, σημείο 2, του GWB επιτρεπόταν χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*.
- 21 Το δικάζον τμήμα εκτιμά ότι το γράμμα του άρθρου 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν είναι αρκούντως σαφές. Βεβαίως, το άρθρο 72, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, παράγραφος 2 και παράγραφος 5, αναφέρεται στη διεξαγωγή «νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης». Στο άρθρο 72, παράγραφος 1, στοιχείο β', περιλαμβάνεται ο όρος «αρχική σύμβαση» και στην παράγραφο 4, στοιχείο α', ο όρος «σύμβαση [...] η οποία συνήφθη αρχικώς». Επίσης, η αιτιολογική σκέψη 109 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία αφορά το άρθρο 72, παράγραφος 1, στοιχείο γ', αναφέρει ότι χρειάζεται ένας βαθμός ευελιξίας για την προσαρμογή της σύμβασης σε απρόβλεπτες περιστάσεις, χωρίς «νέα διαδικασία προμήθειας». Στην καθομιλουμένη, γίνεται λόγος για «νέα» διαδικασία όταν έχει προηγηθεί μια «παλαιά» και/ή «αρχική» διαδικασία. Επίσης, η έννοια της «διαδικασίας σύναψης σύμβασης», στο πλαίσιο της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι υποδηλώνει ότι πρόκειται για επίσημη διαδικασία σύμφωνα με τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ωστόσο, η ερμηνεία αυτή δεν είναι η μόνη δυνατή. Επιπλέον, η ανάθεση σύμβασης σεοντότητα *in house* μπορεί να νοηθεί ως σύναψη σύμβασης (ανάθεση *in house*) και η χρονική ακολουθία μέχρι τη σύναψη της σύμβασης ως διαδικασία.
- 22 Κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, ούτε από τη μέχρι τούδε νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης προκύπτει σαφές συμπέρασμα. Συγκεκριμένα, σε δύο αποφάσεις του, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης εφάρμοσε τις αρχές που έχει αναπτύξει σχετικά με την εκ των υστέρων τροποποίηση συμβάσεων σε περιπτώσεις συμβάσεων που είχαν συναφθεί σε χρόνο κατά τον οποίο το κοινοτικό δίκαιο δεν είχε ακόμη εφαρμογή. Στη θεμελιώδη απόφασή του της 19ης Ιουνίου 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, το Δικαστήριο όχι μόνον ανέπτυξε τις αρχές σχετικά με το πότε μια τροποποίηση όρων δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της πρέπει να θεωρείται ως νέα σύναψη σύμβασης, αλλά έκρινε επίσης ότι οι αρχές αυτές είχαν εφαρμογή επί σύμβασης η οποία είχε συναφθεί πριν από την προσχώρηση της Δημοκρατίας της

Αυστρίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση και επί της οποίας επομένως δεν είχαν κατά τον χρόνο εκείνο ακόμα εφαρμογή οι κανόνες του κοινοτικού δικαίου (C-454/06, EU:C:2008:351, σκέψεις 28, 34 έως 37). Στο πλαίσιο διαδικασίας λόγω παραβάσεως κατά της Ιταλικής Δημοκρατίας, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης διευκρίνισε, σχετικά με την ανανέωση σύμβασης παραχώρησης έργων η οποία είχε συναφθεί ήδη το 1969, ήτοι πριν από τη θέσπιση των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης, ότι εφαρμοστέα ήταν η νομοθεσία της Ένωσης που ίσχυε κατά τον χρόνο τροποποίησης της σύμβασης και ότι το γεγονός ότι η σύναψη της αρχικής σύμβασης παραχώρησης ήταν προγενέστερη της θέσπισης των σχετικών κανόνων του δικαίου της Ένωσης δεν είχε συνέπειες (απόφαση της 18ης Σεπτεμβρίου 2019, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-526/17, EU:C:2019:756, σκέψη 60).

- 23 Τούτο θα μπορούσε να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι, για τους σκοπούς της εφαρμογής των αρχών που διέπουν τις εκ των υστέρων τροποποιήσεις συμβάσεων χωρίς τη διεξαγωγή (νέας) διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι οποίες καθορίζονται πλέον στο άρθρο 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, δεν ασκεί επιρροή ο τρόπος σύναψης της αρχικής σύμβασης, ιδίως δε το αν είχαν τηρηθεί συναφώς οι αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων, της ισότητας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Υπέρ της ερμηνείας αυτής θα μπορούσε, επίσης, να θεωρηθεί ότι συνηγορεί το ότι, κατά το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν απαιτείται παρέμβαση σε υφιστάμενες έννομες σχέσεις οι οποίες έχουν συσταθεί για αόριστο χρόνο ή για πολλά έτη, εφόσον η σύσταση των σχέσεων αυτών πραγματοποιήθηκε πριν από την έναρξη ισχύος της σχετικής νομοθεσίας της Ένωσης (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, Tögel, C-76/97, EU:C:1998:432, σκέψη 54, και της 5ης Οκτωβρίου 2000, Επιτροπή κατά Γαλλίας, C-337/98, EU:C:2000:543, σκέψη 38).
- 24 Ωστόσο, διαφορετική είναι η προσέγγιση που ακολουθήθηκε στην προμνησθείσα απόφαση Comune di Lerici. Ο ιταλικός Δήμος Lerici είχε αναθέσει, με απόφαση η οποία ρητώς χαρακτηρίστηκε ως «ανάθεση in house», τη διαχείριση των αστικών αποβλήτων σε εταιρία, στο μετοχικό της κεφάλαιο της οποίας συμμετείχαν αποκλειστικώς δήμοι, περιλαμβανομένου και του ίδιου. Στη συνέχεια, η εταιρία αυτή αντιμετώπισε οικονομικές δυσχέρειες και εξαγοράστηκε από την εισηγμένη στο χρηματιστήριο εταιρία IREN SpA, η οποία συνέχισε την παροχή των ανατεθεισών υπηρεσιών. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έκρινε παράνομη την εν λόγω τροποποίηση της σύμβασης. Συγκεκριμένα, επισήμανε ότι από το γράμμα του άρθρου 72, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ προκύπτει ότι το πεδίο εφαρμογής της διάταξης αυτής αφορά μόνον την περίπτωση κατά την οποία ο διάδοχος του αρχικού αναδόχου συνεχίζει την εκτέλεση δημόσιας σύμβασης που είχε αποτελέσει το αντικείμενο αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης σύμφωνα με τις απαιτήσεις της οδηγίας 2014/24, στις οποίες συγκαταλέγεται και η τήρηση των αρχών της απαγόρευσης των διακρίσεων, της ισότητας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων. Η εν λόγω ερμηνεία επιρρωννύεται από την παράγραφο 4 του άρθρου 72, δυνάμει της οποίας η τροποποίηση της σύμβασης θεωρείται ουσιώδης όταν εισάγει όρους οι οποίοι, εάν αποτελούσαν μέρος της αρχικής

διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν οδηγήσει στη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επιλέχθηκε αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, καθώς και από τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. Ως εκ τούτου, μεταβολή στο πρόσωπο του αναδόχου, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, δεν μπορεί να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 72 της οδηγίας 2014/24, δεδομένου ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη δημόσια σύμβαση ανατέθηκε αρχικώς, χωρίς διαγωνισμό, σε οντότητα in house (EU:C:2022:372, σκέψεις 41 έως 43).

- 25 Τούτο θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι συνηγορεί υπέρ της γενικής εξαίρεσης των συμβάσεων που έχουν αρχικά ανατεθεί σε οντότητα in house από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 72 και, ως εκ τούτου, από το πεδίο εφαρμογής της εν προκειμένω κρίσιμης διάταξης του άρθρου 72, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όταν οι προϋποθέσεις της ανάθεσης in house δεν πληρούνται πλέον κατά τον χρόνο τροποποίησης της σύμβασης.
- 26 Τούτο δε διότι ο κύριος σκοπός των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων είναι η διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών. Προς επίτευξη του διπλού αυτού σκοπού, το κοινοτικό δίκαιο εφαρμόζει, μεταξύ άλλων, την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορές και τη συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας (προμνησθείσες αποφάσεις pressetext Nachrichtenagentur, σκέψεις 31 και 32, και Comune di Lerici, σκέψη 42). Ωστόσο, ο επιδιωκόμενος σκοπός του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό δεν θα επιτυγχανόταν αν η τροποποίηση μιας σύμβασης που ανατέθηκε in house ήταν δυνατή χωρίς νέα ανάθεση, μολονότι τα in house κριτήρια έχουν παύσει πλέον να πληρούνται. Η ανάθεση της σύμβασης σε άλλους προσφέροντες και υποψηφίους δεν θα ήταν ποτέ δυνατή. Ούτε η ανάθεση της αρχικής σύμβασης, επειδή αυτή δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις, ούτε η ανάθεση σε περίπτωση ουσιώδους τροποποίησης της σύμβασης, επειδή η τροποποίηση αυτή θα ενέπιπτε στο άρθρο 72, ήτοι εν προκειμένω στο άρθρο 72, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 2014/24/ΕΕ.
- 27 Ωστόσο, κατά το δικάζον τμήμα, δεν είναι απολύτως βέβαιο ότι το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης είχε πράγματι την πρόθεση να περιορίσει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 72, παράγραφος 1, υπό την έννοια αυτή. Συγκεκριμένα, οι επισημάνσεις του Δικαστηρίου μπορούν επίσης να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι, σε περίπτωση αρχικής ανάθεσης in house, το άρθρο 72, παράγραφος 1, έχει μεν κατ' αρχήν εφαρμογή, πλην όμως η υπό εξέταση αλλαγή αναδόχου δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις της παραγράφου 1, στοιχείο δ', σημείο ii, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία ορίζει ότι η αλλαγή αυτή δεν πρέπει να συνεπάγεται άλλες ουσιώδεις τροποποιήσεις της σύμβασης.

- 28 Πράγματι, το Δικαστήριο δεν έκρινε απλώς ότι η ερμηνεία αυτή επιρρωννύεται από τη ρύθμιση που περιλαμβάνεται στο άρθρο 72, παράγραφος 4, αλλά επισήμανε, περαιτέρω, ότι η συνέχιση της εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης της κύριας δίκης από την IREN συνεπαγόταν την τροποποίηση ενός θεμελιώδους όρου της σύμβασης, η οποία καθιστούσε αναγκαία τη διεξαγωγή διαγωνισμού (προμνησθείσα απόφαση Comune di Lerici, σκέψεις 42 και 50). Η τροποποίηση θεμελιώδους όρου της σύμβασης πρέπει όμως να εξομοιωθεί με ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης, την οποία, βάσει του άρθρου 72, παράγραφος 1, στοιχείο δ', σημείο ii, δεν επιτρέπεται να συνεπάγεται η αλλαγή αναδόχου.
- 29 Υπέρ της δυνατότητας εφαρμογής του άρθρου 72, παράγραφος 1, στοιχείο γ', επί συμβάσεων που έχουν αρχικά ανατεθεί in house χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού θα μπορούσε ενδεχομένως να συνηγορεί επίσης το ότι, υπό το πρίσμα των επιδιωκόμενων από το κοινοτικό δίκαιο σκοπών (βλ. σκέψη 26), θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι δεν ασκεί επιρροή το αν η ανάθεση της σύμβασης δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ επειδή επρόκειτο απλώς για ανάθεση in house ή επειδή, κατά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης, το κοινοτικό δίκαιο δεν ίσχυε ακόμα καθόλου.
- 30 Αντιθέτως, κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, δεν ασκεί επιρροή το αν η αρχική ανάθεση της παραχώρησης στις προσεπικληθείσες, πριν από τη σχεδιαζόμενη ιδιωτικοποίηση, ήταν σύμφωνη με τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων αν η ιδιωτικοποίηση των προσεπικληθεισών, που άρχισε το 1998, συνιστούσε ουσιώδη τροποποίηση των συμβάσεων παραχώρησης, δεδομένου ότι, εν προκειμένω, η εξάμηνη προθεσμία που έχει θεσπιστεί με το άρθρο 135, παράγραφος 2, του ΓΒΒ, στο πλαίσιο της μεταφοράς του άρθρου 2στ, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, έχει ήδη εκπνεύσει προ πολλού.
- 31 Ο επιδιωκόμενος από την εν λόγω αποκλειστική προθεσμία σκοπός της διασφάλισης της ασφάλειας δικαίου μετά την εκπνοή των εύλογων ελάχιστων προθεσμιών παραγραφής, θα ματαιωνόταν αν, με κάθε μεταγενέστερη τροποποίηση, η συμμόρφωση της αρχικής ανάθεσης ή των προηγούμενων τροποποιήσεων με τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων μπορούσε να αμφισβητηθεί ακόμη και μετά την εκπνοή των προθεσμιών αυτών. Βάσει της γενικής αρχής της ασφάλειας δικαίου, δεν επιτρέπεται ο έλεγχος της νομιμότητας της σύναψης ή της τροποποίησης δημόσιας σύμβασης ακόμη και μετά την εκπνοή της προβλεπόμενης αποκλειστικής προθεσμίας (απόφαση της 26ης Μαρτίου 2020, HUNGEOD κ.λπ., C-496/18, EU:C:2020:240, σκέψεις 102 έως 105).
- 32 Κατά συνέπεια, το υποβαλλόμενο προδικαστικό ερώτημα είναι, κατά την άποψη του δικάζοντος τμήματος, κρίσιμο για την επίλυση της διαφοράς. Το δικάζον τμήμα εκτιμά ότι η ένδικη διαφορά δεν θα μπορούσε να επιλυθεί υπό το πρίσμα άλλων νομικών εκτιμήσεων χωρίς να απαντηθεί το προδικαστικό ερώτημα αυτό.

[παραλειπόμενα]