



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 17 października 2024 r.¹

Sprawa C-452/23

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG
przeciwko
Die Autobahn GmbH des Bundes,
przy udziale:
Autobahn Tank & Rast GmbH,
Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberlandesgericht
Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Umowa koncesji – Dyrektywa 2014/23 –
Modyfikacja koncesji w okresie jej obowiązywania – Artykuł 43 – Udzielenie zamówienia
publicznego *in house* – Późniejszy brak spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia
publicznego *in house*

1. Od 2014 r. Unia Europejska dysponowała instrumentem prawnym² mającym na celu złagodzenie oddziaływania transportu na środowisko poprzez zmniejszenie zależności od paliw kopalnych. Instrument ten przewidywał już rozwój infrastruktury dostarczającej paliwa alternatywne (w tym energię elektryczną) dla transportu drogowego.
2. Wzrost liczby pojazdów elektrycznych o napędzie akumulatorowym i pojazdów elektrycznych typu plug-in, rozwój paliw alternatywnych oraz preferowanie paliw alternatywnych w stosunku do paliw kopalnych doprowadziły do przyjęcia nowych ram prawnych, które zostały odzwierciedlone w rozporządzeniu (UE) 2023/1804³.
3. Spór leżący u podstaw niniejszego odesłania prejudycjalnego dotyczy zgodności z prawem decyzji przyjętej przez spółkę odpowiedzialną za zarządzanie niemieckimi autostradami federalnymi (Die Autobahn GmbH des Bundes, zwaną dalej „Autobahn des Bundes”), która bez przeprowadzenia postępowania przetargowego zawarła aneksy do niektórych umów koncesji na miejsca obsługi podróżnych przy autostradach w celu umożliwienia posiadaczom tych koncesji zainstalowania punktów ładowania elektrycznego w tych miejscach obsługi podróżnych.

¹ Język oryginału: hiszpański.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/94/UE z dnia 22 października 2014 r. w sprawie rozwoju infrastruktury paliw alternatywnych (Dz.U. 2014, L 307, s. 1).

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 września 2023 r. w sprawie rozwoju infrastruktury paliw alternatywnych i uchylenia dyrektywy 2014/94/UE (Dz.U. 2023, L 234, s. 1). Nie ma ono zastosowania *ratione temporis* w niniejszym sporze.

4. Decyzja ta została zakwestionowana przez dwa przedsiębiorstwa prowadzące działalność w zakresie instalacji i eksploatacji infrastruktury ładowania elektrycznego pojazdów. Ich zdaniem zainstalowanie nowych punktów ładowania elektrycznego w zarządzanych przez obecnych koncesjonariuszy miejscach obsługi podróżnych przy niemieckich autostradach powinno być otwarte na konkurencję, a nie z niej wyłączone.

5. W niniejszej sprawie Trybunał będzie musiał orzec w przedmiocie stosowania dyrektywy 2014/23/UE⁴ do modyfikacji koncesji w sytuacji, w której koncesje te nie zostały z kolei objęte postępowaniami przetargowymi.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2014/23

6. Artykuł 43 („Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”) ust. 1 lit. c) stanowi:

„1. Koncesje można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji zgodnie z niniejszą dyrektywą w każdym z poniższych przypadków:

[...]

c) gdy spełnione są wszystkie następujące warunki:

- (i) konieczność modyfikacji została spowodowana okolicznościami, których instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające, działające z należytą starannością, nie mogły przewidzieć;
- (ii) modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru koncesji;
- (iii) w przypadku koncesji udzielonych przez instytucję zamawiającą do celów wykonywania działalności innej niż te, o których mowa w załączniku II, wzrost wartości nie przekracza 50 % wartości pierwotnej koncesji. W przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich. Takie kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów niniejszej dyrektywy”.

B. Prawo krajowe

1. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵

7. Zgodnie z § 132 („Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”):

„1) Wszelkie istotne modyfikacje umowy w sprawie zamówienia publicznego w okresie jej obowiązywania wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Istotne modyfikacje to takie, które prowadzą do tego, że zamówienie publiczne różni się znacznie od pierwotnie udzielonego zamówienia publicznego. [...]

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

⁵ Ustawa o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (BGBl 2016 I, s. 203 i nast.) (zwana dalej „GWB”).

2) Niezależnie od przepisu ust. 1 dopuszczalna jest modyfikacja zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy:

[...]

3. modyfikacja stała się konieczna z uwagi na okoliczności, których 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 [...].

8. Paragraf 135 („Bezskuteczność”) stanowi:

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

[...]

2. udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o przetargu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, która to publikacja jest obowiązkowa na podstawie ustawy,

i naruszenie to zostało stwierdzone w postępowaniu odwoławczym.

2) Bezskuteczność, o której mowa w ust. 1, może zostać stwierdzona jedynie wtedy, gdy zostanie podniesiona w postępowaniu odwoławczym w ciągu 30 dni kalendarzowych od dnia poinformowania oferentów i kandydatów, których to dotyczy, przez instytucję zamawiającą o zawarciu umowy, ale nie później niż sześć miesięcy po jej zawarciu. Jeżeli instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, termin na powołanie się na bezskuteczność upływa 30 dni kalendarzowych po publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*.

[...]”.

9. Zgodnie z § 154 („Inne przepisy mające zastosowanie”):

„W pozostałym zakresie do udzielenia koncesji [...] stosuje się odpowiednio następujące przepisy:

[...]

3. § 131 ust. 2 i 3 oraz § 132 [...],

4. §§ 133–135

[...]”.

2. Schnellladegesetz 2021⁶

10. Zgodnie z § 5 ust. 3 zdanie pierwsze tej ustawy posiadaczowi koncesji na świadczenie usług pomocniczych ze stacją paliw należy zaproponować przyjęcie w sposób niezależny pod względem finansowym budowy, utrzymania i eksploatacji zaplanowanych w danej lokalizacji punktów ładowania o dużej mocy, o ile jest to konieczne i nie stoi temu na przeszkodzie część 4 GWB⁷.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

11. Autobahn des Bundes jest spółką prawa prywatnego, która stanowi niezbywalną własność Republiki Federalnej Niemiec. Od dnia 1 stycznia 2021 r. rząd federalny przekazał jej zadania w zakresie planowania, budowy, eksploatacji, utrzymania, finansowania oraz zarządzania aktywami, dotyczące autostrad federalnych.

12. Częścią sieci autostrad federalnych jest ponad 400 miejsc obsługi podróżnych. W tych miejscach obsługi podróżnych świadczone są usługi pomocnicze, takie jak tankowanie paliwa, parkingi dla pojazdów, toalety i restauracje.

13. Od 1951 r. poprzednik prawny Autobahn des Bundes powierzył zarządzanie owymi miejscami obsługi podróżnych państwowej spółce Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, która została utworzona w tym samym roku przez Republikę Federalną Niemiec.

14. W 1994 r. Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen zmieniła nazwę na Tank & Rast AG, przy czym Republika Federalna Niemiec pozostała jej jedynym akcjonariuszem. W tym samym roku Tank & Rast AG nabyła spółkę Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH.

15. W okresie od 1996 r. do 1998 r. poprzednik prawny Autobahn des Bundes zawarł z Tank & Rast AG, bez przeprowadzenia uprzedniego przetargu, około 280 obowiązujących do chwili obecnej umów koncesji dotyczących miejsc obsługi podróżnych na maksymalny okres 40 lat. W tym czasie Tank & Rast AG była jeszcze spółką stanowiącą własność federalną.

16. Umowy te:

- dotyczą świadczenia usług pomocniczych na autostradach federalnych na podstawie wzoru⁸, w którym przyznaje się koncesjonariuszowi prawo do budowy i świadczenia usług pomocniczych na potrzeby użytkowników autostrad federalnych w określonej lokalizacji operacyjnej. Jako świadczenie wzajemne koncesjonariusz jest zobowiązany do uiszczania opłaty koncesyjnej w zależności od wysokości obrotu;
- obejmują plan świadczenia usług, w którym ustala się określoną liczbę dystrybutorów paliw i miejsc parkingowych oraz przewiduje się restaurację i toalety publiczne. Usługa pomocnicza musi pozostawać dostępna przez 24 godziny na dobę.

⁶ Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz) (ustawa federalna o ładowaniu o dużej mocy) (BGBl 2021 I, s. 2141 i nast.) (zwana dalej „Schnellladegesetz 2021”).

⁷ Tytuł ten zawiera przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych i koncesji.

⁸ Wzór umowy koncesji został opublikowany w urzędowej części *Verkehrsblatt*, dziennika urzędowego federalnego ministerstwa do spraw transportu i infrastruktury cyfrowej z 1997 r., nr 226, s. 825 i nast.

17. W 1998 r. rozpoczęto proces prywatyzacji Tank & Rast AG, w którym wzięło udział około 50 oferentów z kraju i zagranicy⁹.

18. Proces prywatyzacji zakończył się w dniu 29 października 1998 r. nabyciem Tank & Rast AG przez konsorcjum, w skład którego wchodziły spółki LSG Lufthansa Service Holding AG i Allianz Capital Partners GmbH oraz trzy fundusze inwestycyjne¹⁰.

19. Po prywatyzacji Tank & Rast AG udzielono spółkom Autobahn Tank & Rast i Ostdeutsche Autobahntankstellen¹¹, w okresie od 1999 r. do 2019 r., około 80 dalszych koncesji dotyczących miejsc obsługi podróżnych, z których 19, zdaniem tych spółek, zostało udzielonych w ramach przetargu.

20. W dniu 28 kwietnia 2022 r. spółka Autobahn des Bundes uzgodniła ze spółkami Autobahn Tank & Rast i Ostdeutsche Autobahntankstellen zawarcie aneksu do istniejących umów koncesji, w tym przejęcie na własny rachunek budowy, utrzymania i eksploatacji działającej infrastruktury ładowania elektrycznego o dużej mocy w odpowiednich miejscach obsługi podróżnych. W nowym aneksie wprowadzono zobowiązanie do utrzymywania określonej liczby punktów ładowania w każdej lokalizacji¹².

21. Spółka Autobahn des Bundes opublikowała aneks stanowiący modyfikację umów w *Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* z dnia 6 maja 2022 r.¹³

22. W ogłoszeniu tym spółka Autobahn des Bundes wyjaśniła, że nowy aneks do umów koncesji nie podlegała postępowaniu przetargowemu i w związku z tym poszerzenie koncesji zostało udzielone bezpośrednio. Nie doszło do istotnej modyfikacji istniejących umów koncesji w rozumieniu § 132 ust. 1 GWB, a nawet gdyby taka modyfikacja była istotna, byłaby ona objęta zakresem § 132 ust. 2 GWB. Udostępnienie infrastruktury ładowania o dużej mocy stało się konieczne jako usługa pomocnicza w ramach umów koncesji i nie można było tego przewidzieć w chwili zawarcia tych umów.

23. Fastned Deutschland GmbH & Co KG (zwana dalej „spółką Fastned”) i Tesla Germany GmbH (zwana dalej „spółką Tesla”) są spółkami, które instalują i eksploatują infrastrukturę ładowania pojazdów elektrycznych.

24. Pismem z dnia 20 maja 2022 r. spółki Fastned i Tesla zwróciły się do Vergabekammer des Bundes (federalnej izby odwoławczej do spraw zamówień publicznych, Niemcy) o wszczęcie postępowania odwoławczego skierowanego przeciwko zawarciu aneksu do umów koncesji.

⁹ W pkt 15 i 16 swoich uwag na piśmie Autobahn Tank & Rast GmbH wskazała, że informacja o transakcji prywatyzacji została podana do wiadomości publicznej poprzez niemieckie dzienniki, agencję France-Presse i dziennik *Financial Times*.

¹⁰ Przedsiębiorstwa wchodzące w skład konsorcjum zgłosiły planowane nabycie Komisji Wspólnot Europejskich. W dniu 7 grudnia 1998 r. Komisja oświadczyła zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia Rady 4064/89/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1989, L 395, s. 1), że nie sprzeciwia się tej transakcji, uznając ją za zgodną ze wspólnym rynkiem (sprawa nr IV/M.1361).

¹¹ Zgodnie z postanowieniem odsyłającym (pkt 4) „w następstwie zmian nazwy spółki Tank & Rast AG powstały” obecne spółki będące koncesjonariuszami miejsc obsługi podróżnych, a mianowicie Autobahn Tank & Rast i Ostdeutsche Autobahntankstellen.

¹² Aneks do umów był zgodny z § 5 ust. 3 zdanie pierwsze Schnellladegesetz 2021, który ma zastosowanie do pojazdów elektrycznych w rozumieniu art. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającego dyrektywę 2007/46/WE (Dz.U. 2018, L 151, s. 1).

¹³ *Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej*, S 89/2022, z dnia 6 maja 2022 r., nr ogłoszenia 2022/S 089-245969.

25. W uzasadnieniu odwołania spółki Fastned i Tesla podniosły, że zgodnie z § 135 ust. 1 pkt 2 GWB aneks jest nieważny, gdyż pierwotne koncesje zostały udzielone bez uprzedniego ogłoszenia o przetargu na poziomie Unii. Modyfikacja nie mogła opierać się na § 132 GWB, który nie ma zastosowania, ponieważ istniejące koncesje nie zostały udzielone w ramach przetargu.

26. W dniu 15 czerwca 2022 r. federalna izba odwoławcza do spraw zamówień publicznych oddaliła odwołanie¹⁴.

27. Spółki Fastned i Tesla¹⁵ wniosły zażalenie od tego orzeczenia oddalającego odwołanie do Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie, Niemcy), któremu to zażaleniu sprzeciwiają się spółki Autobahn des Bundes, Autobahn Tank & Rast i Ostdeutsche Autobahntankstellen.

28. Zdaniem sądu odsyłającego¹⁶ przedstawione przed nim stanowiska są następujące:

- Spółki Fastned i Tesla wykluczają zastosowanie § 132 ust. 1 i 2 GWB, który to przepis nie ma zastosowania do modyfikacji zamówień publicznych pierwotnie udzielonych *in house*, to znaczy bez przeprowadzenia przetargu, jak wynika z wyroku Trybunału Comune di Lerici¹⁷. Dotyczy to tym bardziej sytuacji, w której koncesja została udzielona z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych: udzielenie koncesji *in house* jest niezgodne z prawem, jeżeli wiadomo, że nastąpi po nim prywatyzacja.
- Spółki Autobahn des Bundes, Autobahn Tank & Rast i Ostdeutsche Autobahntankstellen utrzymują, że nieistotne modyfikacje umów w sprawie zamówień publicznych są zawsze zgodne z prawem. W każdym razie art. 72 dyrektywy 2014/24 i § 132 GWB dotyczą jedynie istotnych modyfikacji, gdyż są to przepisy mające zastosowanie niezależnie od okoliczności pierwotnego udzielenia zamówienia. Wyrok Comune di Lerici dotyczy wyłącznie tego, czy w przypadku ustania przesłanek do udzielenia zamówienia *in house* musi zostać ogłoszony nowy przetarg, ponieważ jest to istotna modyfikacja, która nie jest objęta żadnym z wyjątków.

29. W tym kontekście Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie) kieruje do Trybunału następujące pytanie prejudycjalne:

„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, jednakże w chwili zmiany umowy przesłanki dla udzielenia zamówienia *in house* już nie występują?”.

¹⁴ Wskazała ona, że § 132 GWB ma zastosowanie do spornych koncesji oraz że modyfikacja wprowadzona aneksem z dnia 28 kwietnia 2022 r. nie jest istotna w rozumieniu § 132 ust. 1 GWB. Usługi pomocnicze mają umożliwić tankowanie paliwa użytkownikom autostrady, co obejmuje także tankowanie energii elektrycznej przynajmniej z funkcjonalnego punktu widzenia. W każdym razie taka modyfikacja jest zgodna z prawem na podstawie § 132 ust. 2 zdanie pierwsze pkt 3 GWB, ponieważ w 1998 r. nie można było przewidzieć potrzeby utworzenia infrastruktury ładowania o dużej mocy.

¹⁵ Zobacz przypis 18 poniżej, dotyczący późniejszego cofnięcia zażalenia przez spółkę Tesla.

¹⁶ Postanowienie odsyłające, pkt 10, 11.

¹⁷ Wyrok z dnia 12 maja 2022 r. (C-719/20, EU:C:2022:372; zwany dalej „wyrokiem Comune di Lerici”). W wyroku tym Trybunał dokonał wykładni dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

III. Postępowanie przed Trybunałem

30. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału w dniu 19 lipca 2023 r.

31. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez spółki Fastned, Tesla, Autobahn des Bundes, Autobahn Tank & Rast wraz z Ostdeutsche Autobahntankstellen, a także przez rząd niemiecki i Komisję Europejską. Z wyjątkiem spółki Tesla¹⁸, wszystkie te podmioty wzięły udział w rozprawie, która odbyła się w dniu 9 lipca 2024 r.

IV. Analiza

A. Mająca zastosowanie dyrektywa

32. Podzielam zdanie wszystkich stron i uczestników postępowania, zgodnie z którym – zważywszy, że spór jest ograniczony do modyfikacji umów koncesji – art. 43 dyrektywy 2014/23 ma pierwszeństwo przed art. 72 („Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania”) dyrektywy 2014/24, którego dotyczy pytanie sądu odsyłającego¹⁹.

33. W każdym razie, biorąc pod uwagę analogiczne brzmienie tych dwóch przepisów, uwagi dotyczące jednego z nich można zastosować do drugiego.

B. W przedmiocie zakresu pytania prejudycjalnego

34. W celu zapewnienia jasności i skoncentrowania wyводу uważam, że należy odzwierciedlić treść pytania prejudycjalnego poprzez zbadanie zarówno tego, co ono obejmuje, jak i tego, czego nie obejmuje.

35. Sąd odsyłający zwraca się jedynie o dokonanie wykładni art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24 w celu ustalenia, czy dotyczy on umów, które w chwili ich zawarcia nie podlegały tej dyrektywie, lecz których modyfikacja miała miejsce po jej wejściu w życie. Jak już wskazałem, odpowiadającym mu przepisem dyrektywy 2014/23 jest art. 43 ust. 1 lit. c).

36. Założenia przyjęte przez sąd odsyłający są następujące:

- chodzi o koncesje, które zostały udzielone jednostce wewnętrznej (*in house*), to znaczy jednostce należącej do samej instytucji zamawiającej, podlegającej jej kontroli, poza zakresem stosowania części 4 GWB;
- w chwili modyfikacji koncesji przesłanki udzielenia koncesji *in house* nie były spełnione, ponieważ kapitał koncesjonariusza należał w 100 % do inwestorów prywatnych.

37. Sąd odsyłający *nie* ma jednak żadnych wątpliwości co do *charakteru* modyfikacji wprowadzonych w 2022 r. do umów koncesji w rozumieniu art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23.

¹⁸ W dniu 5 lipca 2024 r. Trybunał otrzymał pismo informujące o tym, że spółka Tesla cofnęła zażalenie w odniesieniu do postępowania krajowego.

¹⁹ Bezsporne jest, że z punktu widzenia czasu do modyfikacji umowy stosuje się przepis obowiązujący w chwili dokonania tej modyfikacji. Trybunał wyjaśnił już tę kwestię w wyroku z dnia 2 września 2021 r., Sisal i in. (C-721/19 i C-722/19, EU:C:2021:672, pkt 28).

38. Zdaniem sądu odsyłającego modyfikacje te są co do zasady *istotne* w rozumieniu § 132 ust. 1 GWB²⁰, ale jednocześnie spełniają przesłanki określone w § 132 ust. 2 pkt 3 GWB, które odpowiadają przesłankom wynikającym z art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23, ponieważ:

- w dniu udzielania koncesji, w okresie od 1996 r. do 1998 r., nie można było przewidzieć potrzeby utworzenia infrastruktury ładowania energii elektrycznej o dużej mocy w miejscach obsługi podróżnych przy autostradach federalnych, ani nie można było przewidzieć, że zostaną przyjęte ramy prawne zobowiązujące do wprowadzenia takiej infrastruktury;
- modyfikacja nie zmienia ogólnego charakteru koncesji na prowadzenie obiektów świadczących usługi pomocnicze w miejscach obsługi podróżnych przy autostradach;
- wartość pierwotnej koncesji nie zwiększyła się o więcej niż 50 %.

39. Sąd odsyłający nie zmierza zatem do ustalenia tego, czy modyfikacje, choć istotne, są dopuszczalne ze względu na ich *treść* [to znaczy ze względu na to, że spełniają one przesłanki wynikające z art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23]²¹, lecz ze względu na *źródło* modyfikowanych umów koncesji.

40. Chociaż niektóre strony i uczestnicy postępowania wyrazili zastrzeżenia co do kwalifikacji sądu odsyłającego w odniesieniu do charakteru modyfikacji umów, w szczególności co do tego, czy modyfikacje te są objęte zakresem art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23, uważam, że Trybunał powinien ściśle stosować się do sformułowania pytania prejudycjalnego. W swoich uwagach na piśmie spółki Fastned i Tesla otwarcie przyznają, że pytanie to nie dotyczy charakteru uzgodnionej modyfikacji²².

41. W związku z tym, że pytanie ogranicza się do wpływu, jaki pierwotne udzielenie koncesji mogło mieć na jej późniejszą modyfikację, uważam, że należy rozróżnić dwa aspekty, do których odnoszę się oddzielnie:

- Pierwszy aspekt (ppkt C) skupia się na *sposobie*, w jaki udzielono pierwotnej koncesji. Chodzi o ustalenie, czy art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 obejmuje co do zasady jedynie korekty koncesji udzielonych w drodze przetargu, co wykluczałoby koncesje udzielone *in house*. Jeżeli te ostatnie zostaną wykluczone, należałoby jeszcze rozważyć skutki wynikające z braku spełnienia przesłanek udzielenia koncesji *in house* w chwili modyfikacji umowy.
- Drugi aspekt (ppkt D) skupia się na wpływie, jaki ewentualna *niezgodność z prawem* pierwotnej koncesji mogła mieć na uregulowanie dotyczące jej późniejszej modyfikacji. Należy wyjaśnić, czy stosowanie art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 zależy od przesłanki, która nie została

²⁰ Punkt 18 postanowienia odsyłającego. W pkt 20 sąd odsyłający powtórzył to samo stwierdzenie dotyczące istotnego charakteru modyfikacji wprowadzonych na podstawie aneksów do umów koncesji. Wydaje się zatem, że nie zgadza się on z założeniem przyjętym przez federalną izbę odwoławczą do spraw zamówień publicznych w jej orzeczeniu z dnia 15 czerwca 2022 r.

²¹ W kontekście czasowym innym niż kontekst czasowy rozpatrywany w niniejszej sprawie sąd odsyłający byłby zobowiązany uwzględnić nowe ramy prawne dotyczące rozwoju infrastruktury ładowania, a mianowicie rozporządzenie nr 2023/1804. W motywie 32 tego rozporządzenia wskazuje się, że „[p]aństwa członkowskie powinny dążyć – w miarę możliwości i zgodnie z [dyrektywą 2014/23] – do udzielania nowych koncesji w drodze przetargu, zwłaszcza w przypadku stacji ładowania zlokalizowanych na istniejących miejscach obsługi podróżnych lub do nich przylegających, aby [...] umożliwić nowym podmiotom wejście na rynek”.

²² Zobacz uwagi na piśmie: spółki Fastned, pkt 15; spółki Tesla, pkt 16: „Da es für den Fall, dass der Gerichtshof vorliegend Artikel 43 Abs. 1 lit. c) RL 2014/23/EU für anwendbar halten sollte, für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Auslegung von dessen Tatbestandsmerkmalen ankommt, bittet die ASt. zu 2. den Gerichtshof [...] trotz fehlender Vorlage um weitergehende Auslegungshinweise” (wyróżnienie moje). Debata na temat tych kwestii miała miejsce przed sądem odsyłającym, który jednak nie wydaje się mieć żadnych wątpliwości w tym względzie, a w każdym razie nie zwrócił się z tymi kwestiami do Trybunału.

wyraźnie określona, zgodnie z którą pierwotne udzielenie koncesji (i inne działania związane z samą koncesją przed jej modyfikacją)²³ było zgodne z prawem.

C. Zastosowanie art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 do modyfikacji koncesji pierwotnie udzielonych jednostkom wewnętrznym (*in house*)

42. Pragnę zaznaczyć, że moim zdaniem art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 nie ma zastosowania do modyfikacji koncesji udzielonych *in house*, dopóki pozostają one w mocy jako takie, to znaczy pod warunkiem, że zachowują one charakter, który uzasadniał, że nie podlegają stosowaniu tej dyrektywy.

1. Wyłączenie co do zasady koncesji udzielonych *in house* z zakresu stosowania dyrektywy 2014/23

43. Dyrektywa 2014/23 określa w tytule I swój przedmiot i zakres stosowania. Artykuł 17²⁴, który jest zawarty w sekcji II („Wyłączenia”) rozdziału I tego tytułu, stanowi, że koncesje udzielone na warunkach w nim określonych nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy²⁵.

44. W motywie 45 dyrektywy 2014/23 wyjaśniono, że ma ona na celu doprecyzowanie, „w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania zasad ustanowionych niniejszą dyrektywą”. Tymczasem ani w tym motywie, ani w art. 17 nie dokonano żadnego rozróżnienia w zależności od tego, czy przepisy, *których stosowanie jest wyłączone*, regulują udzielanie, wykonywanie, modyfikację lub rozwiązywanie umów koncesji²⁶.

45. Artykuł 17 dyrektywy 2014/23 uprawnia państwa członkowskie do wyłączenia z zakresu stosowania tej dyrektywy „transakcji wewnętrznej” między podmiotami sektora publicznego²⁷. W ten sposób szanowana jest swoboda tych państw do wykonywania funkcji objętych zakresem ich kompetencji za pomocą własnych podmiotów instrumentalnych, bez udziału rynku²⁸.

²³ Jak ma to miejsce w niniejszej sprawie w przypadku prywatyzacji Tank & Rast AG w 1998 r. Od tego czasu koncesje udzielone *in house* przeszły w ręce przedsiębiorstw prywatnych. Komisja utrzymuje, że z tego powodu transakcja ta podlegała obowiązkowi uprzedniego ogłoszenia, który nie został w wystarczającym stopniu spełniony.

²⁴ Artykuł 17 ust. 1 dyrektywy 2014/23 reguluje warunki, na jakich koncesje udzielone przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający innej osobie prawnej podlegającej przepisom prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.

²⁵ Zgodnie z tym brzmieniem art. 46 i 47 dyrektywy 2014/23, które zmieniają, odpowiednio, dyrektywę Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33) oraz dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), mają na celu dostosowanie zakresu stosowania tych dwóch dyrektyw w taki sposób, aby nie obejmowały one ani zamówień publicznych, ani koncesji udzielonych *in house* zgodnie z „klasycznymi” dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. W dalszej części będę odnosił się do dyrektyw 89/665 i 92/13 jako do „dyrektyw dotyczących środków odwoławczych”.

²⁶ Taką wykładnię art. 17 dyrektywy 2014/23 potwierdza wyrok Comune di Lerici. Zobacz przypis 32 oraz pkt 49 i nast. niniejszej opinii.

²⁷ Zobacz, w odniesieniu do art. 12 dyrektywy 2014/24, odpowiadającego art. 17 dyrektywy 2014/23, wyroki: z dnia 3 października 2019 r., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 43–45); z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 33); a także postanowienie z dnia 6 lutego 2020 r., Rieco (od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 32).

²⁸ Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 2014/23: „[n]iniejsza dyrektywa uznaje zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem unijnym. Organy władzy publicznej mają swobodę decydowania o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadczeniem usług [...]”.

46. Niezrozumiałe byłoby ograniczenie tej swobody wyłącznie do pierwotnego udzielenia koncesji, którego instytucja zamawiająca dokonuje na rzecz kontrolowanej przez nią osoby prawnej. W przypadku gdy zachodzi potrzeba istotnej modyfikacji koncesji udzielonej podmiotom własnym instytucji zamawiającej, która to koncesja jest utrzymywana na ich rzecz, co do zasady nadal istnieją te same powody, które uzasadniały pierwotne udzielenie koncesji *in house*.

47. Jednakże korzystając z rozwiązania *in house*, czy to w przypadku pierwotnego udzielenia koncesji, czy też jej późniejszych istotnych modyfikacji, instytucja zamawiająca będzie oczywiście podlegać warunkom²⁹ i ograniczeniom³⁰, które mają zastosowanie do takiego udzielenia koncesji. W szczególności, jeśli instytucja zamawiająca zamierza wprowadzić istotną modyfikację polegającą na zmianie koncesjonariusza, będzie musiała spełnić wymogi dotyczące wykorzystania podmiotów własnych (lub współpracy horyzontalnej). W przeciwnym razie konieczne będzie przeprowadzenie przetargu.

48. Jeżeli bowiem istotna modyfikacja dotyczy elementów podmiotowych, które po umożliwieniu udzielenia koncesji *in house* nie są już spełnione w celu dokonania takiego udzielenia, koncesja podlegałaby zwykłemu uregulowaniu. Taka zmiana (zastąpienie pierwotnie wybranego oferenta przez innego oferenta, który nie podlega kontroli instytucji zamawiającej) wiąże się z obowiązkiem ogłoszenia o przetargu zgodnie z dyrektywą 2014/23, ponieważ sytuacja ta nie byłaby już wyłączona z zakresu stosowania tej dyrektywy³¹.

49. Przyznając, że okoliczności leżące u podstaw wyroku Comune di Lerici mają szczególny charakter, uważam, że wyrok ten potwierdza moje uwagi w zakresie, w jakim stwierdza się w nim, iż modyfikacja zamówienia pierwotnie udzielonego (bez przeprowadzenia postępowania przetargowego) wewnętrznej jednostce organizacyjnej (*in house*) „nie może [...] wchodzić w zakres stosowania art. 72 dyrektywy 2014/24”³², a następnie obejmuje się analizę tej modyfikacji zakresem art. 12 tej dyrektywy (analogicznego do art. 17 dyrektywy 2014/23)³³.

50. W tym drugim etapie Trybunał:

- bada, po pierwsze, czy po modyfikacjach, jakie dotknęły spółki będącej jednostką wewnętrzną (*in house*), której udzielono zamówienia na usługi, przesłanki określone w art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24 były nadal spełnione;

²⁹ Określonym w art. 17 dyrektywy 2014/23.

³⁰ To znaczy z poszanowaniem „podstawowych zasad traktatu FUE, w szczególności swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak równe traktowanie, niedyskryminacja, wzajemne uznawanie, proporcjonalność i przejrzystość”: wyrok z dnia 3 października 2019 r., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 48); postanowienie z dnia 6 lutego 2020 r., Rieco (od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 37). Zobacz także wyrok z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 68, 69).

³¹ Tak orzekł Trybunał, dokonując wykładni uregulowania poprzedzającego obecne dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, w odniesieniu do zmian podmiotów, którym udzielono zamówienia, gdy w wyniku takich zmian instytucja zamawiająca nie sprawowała już nad tymi podmiotami kontroli podobnej do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami. Zobacz wyroki: z dnia 6 kwietnia 2006 r., ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, pkt 30–32); z dnia 10 września 2009 r., Sea (C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 53). Rozwiązanie to zostało przyjęte w wyroku Comune di Lerici na gruncie dyrektywy 2014/24.

³² Wyrok Comune di Lerici, pkt 43. Perspektywa analizowana przez Trybunał różni się od analizowanej przeze mnie perspektywy, ponieważ w pkt 40–41 tego wyroku Trybunał skupia się na art. 72 dyrektywy 2014/24. Jednakże rozumowanie co do istoty jest podobne: w celu zastosowania przepisu dotyczącego modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania pierwotne postępowanie o udzielenie zamówienia musiało być otwarte na konkurencję ze strony wykonawców. W pkt 43 Trybunał wyciąga wnioski z tego założenia.

³³ Punkty 44–53.

- stwierdza, że skoro nie wydaje się, aby sytuacja ta miała miejsce, spółka ta mogłaby nadal wykonywać zamówienie tylko wtedy, gdyby udzielono jej zamówienia w wyniku postępowania zgodnego z dyrektywą 2014/24.

2. Wyłączenie w szczególności modyfikacji koncesji, które z kolei od początku nie były objęte zakresem stosowania dyrektywy 2014/23: art. 43 ust. 1 lit. c)

51. Analiza art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23, który dotyczy w szczególności uregulowania prawnego modyfikacji koncesji w okresie ich obowiązywania, nie zmienia przedstawionego przeze mnie poglądu.

52. Z literalnego punktu widzenia przepis ten nie zawiera żadnej wskazówki co do koncesji, do których ma zastosowanie. Brak ten nie jest wystarczający, aby twierdzić, że art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 dotyczy po prostu koncesji wyłączonych z zakresu stosowania tej dyrektywy. Innymi słowy, przepis ten nie ma własnego, niezależnego zakresu stosowania, odrębnego od ogólnego zakresu stosowania wskazanego w owej dyrektywie.

53. Wykładnia kontekstowa tego przepisu potwierdza, że ogranicza się on do modyfikacji wprowadzonych do koncesji, które zostały udzielone w ramach postępowania o udzielenie koncesji otwartego na konkurencję. Wynika to z innych ustępów art. 43, w szczególności:

- z ust. 1 lit. d) ppkt (ii), który odnosi się do zastąpienia pierwotnego koncesjonariusza przez „wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej”;
- z ust. 2, dotyczącego zasady de minimis: modyfikacja, której wartość nie przekracza określonych progów, nie wymaga przeprowadzania „nowego postępowania o udzielenie koncesji”;
- z ust. 4 lit. a), w którym za „istotną modyfikację” uznaje się tę, która wprowadza do umowy „warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie koncesji, umożliwiłyby dopuszczenie innych wnioskodawców niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników w postępowaniu o udzielenie koncesji”.

54. Jak już wspomniałem, wyrok Comune di Lerici prowadzi do niestosowania art. 72 dyrektywy 2014/24 *w całości* do zamówień pierwotnie udzielonych podmiotom własnym. Wynika to z ust. 1 lit. d) ppkt (ii) i ust. 4 tego artykułu, które są identyczne z odpowiadającymi im ustępami art. 43 dyrektywy 2014/23.

3. Wniosek wstępny

55. Z powyższego wynikają dwa wnioski istotne dla niniejszego sporu w odniesieniu do wykładni art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23:

- przepis ten co do zasady nie ma zastosowania do istotnych modyfikacji koncesji udzielonych *in house*, dopóki obowiązują one jako takie, to znaczy dopóki koncesje te zachowują charakter, który uzasadniał ich wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy;

- okoliczność, że przesłanki takiego udzielenia koncesji już nie są spełnione w następstwie istotnej modyfikacji warunków, która pociąga za sobą zastąpienie pierwotnego koncesjonariusza innym koncesjonariuszem niepodlegającym kontroli instytucji zamawiającej, powoduje, że koncesja ponownie wchodzi w zakres dyrektywy 2014/23, której art. 43 ma zastosowanie.

D. Zgodność z prawem pierwotnego udzielenia koncesji (i późniejszych działań poprzedzających modyfikację) jako przesłanka stosowania art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23

56. Spółka Fastned i, z pewnymi niuansami, Komisja³⁴ twierdzą, że stosowanie art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 zależy od przesłanki, która nie została wyraźnie określona, zgodnie z którą pierwotne udzielenie³⁵ koncesji było zgodne z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, obowiązującymi w chwili jej udzielenia.

57. Ich argumentacja skupia się na obronie zasad przewodnich dotyczących zamówień publicznych. Ich zdaniem, w przypadku gdy udzielenie koncesji jest od samego początku niezgodne z prawem, wyrażenie zgody na późniejszą (istotną) zmianę koncesji bez przeprowadzenia przetargu jest równoznaczne z utrwaleniem pierwotnego naruszenia tych zasad.

58. Jednakże utrzymują one i powtórzyły to na rozprawie, że stwierdzenie pierwotnego naruszenia przepisów dotyczących zamówień publicznych nie miałoby wpływu na ważność obowiązujących koncesji³⁶, lecz jedynie na ich późniejszą modyfikację, która wymagałaby wszczęcia postępowania o udzielenie koncesji³⁷.

59. Nie uważam, aby taka wykładnia (zwana dalej „stanowiskiem spółki Fastned i Komisji”) była co do istoty słuszna.

60. Przede wszystkim stanowisko spółki Fastned i Komisji raczej nie znajduje oparcia w dyrektywie 2014/23. Z *literalnego* punktu widzenia art. 43 ust. 1 lit. c) tej dyrektywy nie zawiera wymogu prawidłowości pierwotnego udzielenia koncesji lub jakiegokolwiek innego działania poprzedzającego modyfikację umowy. Zgodnie z tym przepisem dopuszczalność istotnej modyfikacji bez przeprowadzenia przetargu ocenia się w oparciu o następujące punkty odniesienia:

- okoliczności decydujące dla oceny, czy działająca z należytą starannością instytucja zamawiająca „nie mogła przewidzieć” w momencie początkowym zdarzeń, które następnie doprowadziły do konieczności dostosowania warunków koncesji;
- elementy pierwotnej koncesji, które w każdym przypadku muszą zostać utrzymane: jej „ogólny charakter” i określoną wartość.

³⁴ Zobacz uwagi na piśmie: spółki Fastned, pkt 37 i 48–50; Komisji, pkt 44 i nast.

³⁵ W rzeczywistości odnoszą się one również do zgodności z prawem działań podjętych po udzieleniu koncesji, lecz przed modyfikacją umowy. Dla większej jasności wyводу określam te ostatnie pojęciem „pierwotnego udzielenia koncesji”.

³⁶ Uwagi na piśmie spółki Fastned, pkt 18 i 49.

³⁷ W swoich uwagach na piśmie, pkt 44, 45 i 47, Komisja ogranicza ten brak możliwości późniejszej *istotnej* modyfikacji do udzielenia koncesji podlegającego, ze względu na czas, przepisom dotyczącym zamówień publicznych i dokonanego z *poważnym* naruszeniem prawa zamówień publicznych. W tych samych uwagach Komisja określa ten brak możliwości, który może uniemożliwić rozszerzenie lub przedłużenie pierwotnej niezgodności z prawem, jako *sankcję*. Na rozprawie wskazała ona jednak, że określenie „sankcja” może nie być najtrafniejsze.

61. Stanowisko spółki Fastned i Komisji nie znajduje także oparcia w *pracach przygotowawczych do aktów prawnych*³⁸. Przeciwnie, w porównaniu z poprzednim uregulowaniem obecne uregulowanie ma szerszy zakres w odniesieniu do przewidzianych w nim zmian w umowie. Przesłanki ich wdrożenia są bardziej elastyczne³⁹.

62. Z *kontekstowego* punktu widzenia przesłanka dotycząca prawidłowości pierwotnego udzielenia koncesji, jako warunek konieczny późniejszej modyfikacji bez przeprowadzenia przetargu, nie występuje w żadnym z pozostałych przypadków przewidzianych w art. 43 dyrektywy 2014/23⁴⁰.

63. Stanowisko spółki Fastned i Komisji nie odpowiada przepisowi, którego założenie stanowi obowiązująca koncesja i który na przyszłość ma na celu umożliwienie przedłużenia jej wykonywania. Ułatwianie dostosowania koncesji w taki sposób, aby mogła ona być nadal wykonywana, a jednocześnie uzależnianie korzyści wynikającej z elastyczności od przeszłego zdarzenia, które, jeśli mogło stanąć na przeszkodzie obowiązywaniu umowy, nie doprowadziło do tego, nie wydaje się spójne.

64. Założenie art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 stanowi obowiązująca koncesja, której zgodność z prawem: i) albo wynika z okoliczności, że jej udzielenie zostało dokonane zgodnie z prawem; ii) albo nie została zaskarżona w terminie przewidzianym w systemie środków odwoławczych; iii) albo została zaskarżona, lecz wynik tego środka prawnego nie wymagał rozwiązania samej koncesji.

65. Moim zdaniem łączenie tego przepisu z celem mającym charakter karny⁴¹ nie ma sensu, gdy w rzeczywistości jest to przepis uprawniający: w określonych granicach pozwala on na wprowadzenie do koncesji modyfikacji, które w przeciwnym razie byłyby możliwe jedynie w drodze przetargu.

³⁸ Przepisy dotyczące zamówień publicznych skupiły się na działaniach instytucji zamawiającej na etapie poprzedzającym zawarcie umowy. Z wyjątkiem, o którym wspominam w przypisie 39, dyrektywy wcześniejsze w stosunku do obecnie obowiązujących dyrektyw nie przewidywały modyfikacji umów. Natomiast Trybunał orzekał w tym względzie zarówno w odpowiedzi na pytania prejudycjalne, jak i w ramach odwołań lub skarg o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego: w odniesieniu do dostosowań wynikających z okoliczności powstałych w trakcie obowiązywania umowy, zob. wyroki: z dnia 18 marca 1992 r., Komisja/Hiszpania (C-24/91, EU:C:1992:134); z dnia 28 marca 1996 r., Komisja/Niemcy (C-318/94, EU:C-318/94, EU:1996:149); z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236); z dnia 19 czerwca 2008 r., presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351); z dnia 7 września 2016 r., Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634). Ze względów związanych z pewnością prawa Komisja zaproponowała włączenie uregulowania dotyczącego modyfikacji umów do trzech wniosków dotyczących zamówień publicznych z 2011 r., z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału. Ani w orzecznictwie Trybunału, ani we wniosku dotyczącym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji [COM(2011) 897] nie uzależniano możliwości dokonania istotnej modyfikacji koncesji od zgodności z prawem pierwotnego udzielenia koncesji.

³⁹ Artykuł 31 pkt 4 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114) jest poprzednikiem obecnego uregulowania. W przepisie tym dopuszczono jedynie zmianę polegającą na dodaniu „dodatkowych robót budowlanych lub usług”. Ograniczenie tych robót budowlanych i usług do tych, które były nieodłącznie związane z pierwotną umową lub ściśle niezbędne do jej wykonania, zostało zastąpione łagodniejszym wymogiem, zgodnie z którym dostosowanie nie może zmienić ogólnego charakteru koncesji.

⁴⁰ Nie jest ona zawarta ani w art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24 ani w art. 89 ust. 1 lit. c) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 243).

⁴¹ Jak uczyniła to Komisja w swoich uwagach na piśmie: przypis 37 powyżej.

66. Dokonywanie wykładni przepisu dotyczącego modyfikacji koncesji jako przepisu mającego charakter karny⁴² oznaczałoby, oprócz wprowadzenia ciała obcego do dyrektywy 2014/23, pośrednią zmianę systemu środków odwoławczych, do którego dyrektywa ta odsyła i do którego odniosę się w dalszej części.

67. Wreszcie, z punktu widzenia przewodnich zasad *materialnych* prawa zamówień publicznych⁴³ zasada otwarcia koncesji na konkurencję może bowiem wchodzić w grę w tego rodzaju sytuacjach, jak podkreślono w motywie 32 rozporządzenia nr 2023/1804 (niemającego zastosowania *ratione temporis* w niniejszym sporze)⁴⁴.

68. Tymczasem stwierdzenie nieważności wprowadzonej istotnej modyfikacji nie byłoby konieczne w celu wspierania konkurencji: tym bardziej, jeśli sąd odsyłający stwierdzi, że przesłanki zastosowania art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 są spełnione. Wynik ten można by osiągnąć za pomocą innych środków⁴⁵: na przykład poprzez powierzenie obecnym koncesjonariuszom funkcji przyznanych im na mocy Schnellladegesetz 2021, lecz zobowiązanie ich z kolei do zaoferowania operatorom ładowania (takim jak spółka Fastned), aby podjęli się świadczenia tej usługi pomocniczej w ich miejscach obsługi podróżnych po przeprowadzeniu przetargu⁴⁶.

69. Ponadto stanowisko spółki Fastned i Komisji napotyka na dwa zastrzeżenia, które wymagają szerszej analizy, to znaczy zastrzeżenie dotyczące pewności prawa i zastrzeżenie kładące nacisk na stosowanie dyrektyw dotyczących środków odwoławczych.

1. Pewność prawa

70. Zważywszy, że w art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 brak jest wskazania, które nie pozostawiałoby wątpliwości co do odmiennego zamiaru prawodawcy, moim zdaniem względy pewności prawa uniemożliwiają przyjęcie stanowiska spółki Fastned i Komisji.

⁴² Wbrew temu, co może się wydawać na pierwszy rzut oka, art. 44 („Rozwiązanie umowy koncesji”) dyrektywy 2014/23 nie określa bezpośrednio skutków niezgodnego z prawem udzielenia koncesji dla dalszego obowiązywania umowy. Przewiduje on, że instytucja zamawiająca musi mieć możliwość rozwiązania koncesji w określonych okolicznościach wymienionych w tym artykule.

⁴³ W dalszej części omówię te same zasady z punktu widzenia prawa procesowego Unii.

⁴⁴ Zobacz przypis 21 powyżej. Należy jednak zauważyć, że motyw ten nie został odzwierciedlony w treści normatywnej rozporządzenia 2023/1804, co Komisja potwierdziła na rozprawie.

⁴⁵ Włącznie z tym, z którego – jak szczegółowo wskazały na rozprawie – spółki Autobahn Tank & Rast i Ostdeutsche Autobahntankstellen korzystały w odniesieniu do zarządzanych przez nie miejsc obsługi podróżnych. Zgodnie z tym modelem koncesjonariusz miejsca obsługi podróżnych zawiera umowy o współpracy z operatorami ładowania (obecnie z czterema), których wybiera w drodze procedury konkurencyjnej. Jak bowiem wskazano na rozprawie, spółka Fastned została zaproszona do udziału w takiej procedurze i ostatecznie nie zdecydowała się na złożenie oferty.

⁴⁶ Taki model istnieje obecnie we Francji, co zostało odzwierciedlone przez francuski organ ochrony konkurencji w jego opinii 24-A-03 z dnia 30 maja 2024 r. dotyczącej sektora infrastruktury ładowania pojazdów elektrycznych, pkt 554 i nast. W pkt 549 organ ten wyjaśnia, że w celu eksploatacji takiej infrastruktury w objętej koncesją sieci autostrad operatorzy ładowania albo uczestniczą w procedurze konsultacji wszczętej przez spółkę będącą koncesjonariuszem (przypadek 1), albo są wybierani bez przetargu publicznego w drodze umowy umożliwiającej im eksploatację punktów ładowania w miejscu obsługi podróżnych, którego są koncesjonariuszami dalszego rzędu, lub poprzez zawarcie umowy dotyczącej „operatora będącego osobą trzecią” z koncesjonariuszem dalszego rzędu obecnym w tym miejscu obsługi podróżnych (przypadek 2). W pkt 595 i nast. organ ów krytykuje model wyboru bez przetargu operatorów sieci ładowania elektrycznego w miejscach obsługi podróżnych przy autostradach. Podobna krytyka pojawia się w raporcie niemieckiej Monopolkommission z 2023 r. „Energie 2023: Mit Wettbewerb aus der Energiekrise”, pkt 314 i nast. W poprzednich raportach Monopolkommission zalecała już umożliwienie dostępu do instalacji ładowania elektrycznego wielu podmiotom działającym w tym sektorze.

71. Trudno jest bowiem uznać za zgodne z pewnością prawa kwestionowanie zgodności z prawem pierwotnego udzielenia koncesji na podstawie przyszłej i niepewnej okoliczności, takiej jak konieczność dostosowania umowy ze względu na późniejsze okoliczności, które w chwili udzielenia koncesji nie były możliwe do przewidzenia przez instytucję zamawiającą działającą z należytą starannością.

72. Pewność prawa wymaga ogólnie, „aby przepisy prawa były jasne i precyzyjne oraz przewidywalne co do swoich skutków, szczególnie jeżeli mogą one mieć negatywne konsekwencje dla jednostek i przedsiębiorstw”⁴⁷. Co się tyczy terminów zawitych na wniesienie skargi, „aby wypełniać funkcję gwarancji pewności prawa, terminy te powinny być wcześniej ustalone” i „być w wystarczający sposób możliwe do przewidzenia”⁴⁸. Z definicji terminy na wniesienie środka prawnego w celu stwierdzenia nieprawidłowości umowy, których bieg rozpoczyna się w chwili wystąpienia przyszłego i niepewnego oraz niezależnego od woli stron umowy zdarzenia, nie mają takich cech.

73. Artykuł 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 nie ma zastosowania do zamówień udzielonych przed dniem 18 kwietnia 2016 r.⁴⁹. Przyjęcie stanowiska spółki Fastned i Komisji byłoby równoznaczne z przyznaniem, że prawidłowość koncesji poprzedzających przyjęcie dyrektywy 2014/23 może zostać zakwestionowana⁵⁰, do czego wystarczyłoby, że (istotna) modyfikacja tych koncesji miałyby miejsce po tym dniu⁵¹.

74. Trybunał wskazał, że prawo Unii nie zobowiązuje państwa członkowskiego do interweniowania, na wniosek jednostki, w istniejące stosunki prawne, które są trwałe lub ustanowione na czas nieokreślony, nawet jeśli powstały one w sposób niezgodny z określoną dyrektywą, w przypadku gdy zostały ustanowione przed upływem terminu transpozycji tej dyrektywy⁵².

75. Ponadto Trybunał przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasada pewności prawa stoi na przeszkodzie temu, by nowy przepis prawa miał zastosowanie z mocą wsteczną, a więc do okoliczności, które wystąpiły przed jego wejściem w życie⁵³.

76. Również ze względu na pewność prawa Trybunał orzekł, że uregulowanie krajowe, które pozwala na wszczęcie postępowań w celu przeprowadzenia kontroli zgodności z prawem modyfikacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdy upłynął już termin zawity przewidziany w uregulowaniu, na podstawie którego dokonano tych modyfikacji, jest niedopuszczalne⁵⁴.

⁴⁷ Między innymi wyroki: z dnia 16 lutego 2023 r., DGRFP Cluj (C-519/21, EU:C:2023:106, pkt 105); z dnia 26 marca 2020 r., Hungeod i in. (C-496/18 i C-497/18, EU:C:2020:240, pkt 93, z dalszymi odesłaniami; zwany dalej „wyrokiem Hungeod”).

⁴⁸ Wyrok Hungeod, pkt 95 i przytoczone tam orzecznictwo. Ponadto w dziedzinie zamówień publicznych cel ten znajduje szczególny wyraz w dyrektywach dotyczących środków odwoławczych: zob. art. 2a i 2c tych dyrektyw oraz motywy 25 i 27 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. 2007, L 335, s. 31); a także poniżej, pkt 87 i 89–91 niniejszej opinii.

⁴⁹ Termin transpozycji dyrektywy 2014/23 zgodnie z art. 51 tej dyrektywy.

⁵⁰ W zakresie, który przedstawiłem w pkt 58 powyżej, również zgodnie ze stanowiskiem spółki Fastned i Komisji.

⁵¹ Przypis 19 powyżej, dotyczący dnia modyfikacji jako elementu decydującego o jej uregulowaniu prawnym.

⁵² Wyroki: z dnia 24 września 1998 r., Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, pkt 54); z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Francja (C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 38).

⁵³ Wyrok z dnia 25 stycznia 2022 r., VYSOČINA WIND (C-181/20, EU:C:2022:51, pkt 47).

⁵⁴ Wyrok Hungeod, w odpowiedzi na przedłożone w tej sprawie pytania prejudycjalne pierwsze, trzecie i czwarte.

77. Z punktu widzenia pewności prawa zdaniem instytucji zamawiającej i oferenta, któremu udzielono obowiązującej koncesji, stwierdzenia zawarte w wyroku Hungeod (dotyczące przywrócenia na mocy ustawy terminów na wniesienie odwołania określonych w innej, wcześniejszej ustawie, które to terminy już upłynęły) można zastosować w przypadkach takich jak rozpatrywany w niniejszej sprawie. W takich przypadkach *materialny* skutek przywrócenia terminów, które upłynęły, jest związany z okolicznościami, których działająca z należytą starannością instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć w chwili ogłoszenia przetargu (lecz które następnie powodują konieczność dostosowania tej umowy).

78. Spółka Fastned stara się podważyć argument dotyczący pewności prawa⁵⁵, twierdząc, że w ramach środka prawnego skierowanego przeciwko modyfikacji koncesji stwierdzenie w trybie incydentalnym, że pierwotne udzielenie koncesji naruszyło przepisy dotyczące zamówień publicznych, nie miałoby na celu orzeczenia bezskuteczności koncesji ani nałożenia grzywny⁵⁶. Dodaje ona, że taki środek prawny nie miałby wpływu na zobowiązania umowne, które mają jeszcze zostać wykonane, lecz jedynie na samą modyfikację umowy⁵⁷.

79. Mogę zgodzić się z tym, że co do zasady wymogi zachowania pewności prawa (nieodłącznie związane z sytuacjami już ukształtowanymi na gruncie prawa) są mniejsze, jeżeli nie chodzi bezpośrednio o stwierdzenie bezskuteczności koncesji, a jedynie o stwierdzenie bezskuteczności warunków, które ją zmodyfikowały w celu jej dostosowania do nowych okoliczności⁵⁸.

80. Nie oznacza to jednak, że w tym drugim przypadku (zaskarżenie zgodności z prawem pierwotnej koncesji w trybie incydentalnym) nie wchodzi w grę pewność prawa. W przypadku gdy modyfikacja wynika z okoliczności, które początkowo były niemożliwe do przewidzenia, i jest niezbędna w celu utrzymania ciągłości koncesji bez naruszania jej równowagi finansowej, nie można wykluczyć, że powodzenie zaskarżenia wniesionego w trybie incydentalnym doprowadzi w rzeczywistości do rozwiązania umowy.

81. W tym kontekście zakwestionowanie modyfikacji na podstawie domniemanej niezgodności z prawem pierwotnego udzielenia koncesji jest równoznaczne z ponownym otwarciem debaty na temat sytuacji, która korzystała już z niekwestionowanej ochrony (*pokój prawny*) właśnie ze względów dotyczących pewności prawa. Doprowadziłoby to do pewnego rodzaju stałego zagrożenia dla wykonania koncesji, nawet jeśli ze względu na upływ czasu bezskuteczność tej koncesji nie może już zostać stwierdzona tytułem głównym.

82. Pewność prawa nie wyczerpuje się w pewności co do tego, od kiedy i do kiedy można oczekiwać wniesienia środka prawnego zmierzającego do pozbawienia koncesji skuteczności. Obejmuje ona również pewność, że nie jest się narażonym sine die na ataki oparte na argumentach dotyczących pierwotnego udzielenia koncesji, które, gdyby zostały podniesione przed upływem terminu, mogłyby doprowadzić do negatywnych skutków dla podmiotów udzielających koncesji i koncesjonariuszy.

⁵⁵ Punkty 47–49 jej uwag na piśmie. Natomiast Komisja akceptuje trudność, jaka się z tym wiąże. Aby temu zaradzić, ogranicza ona przypadki, do których miałyby zastosowanie jej wykładnia, w pkt 45 i 47 swoich uwag na piśmie: przypis 37 powyżej.

⁵⁶ Punkt 48. Odnosi się ona w szczególności do wyroku Hungeod, w którym sankcje te były przedmiotem sporu.

⁵⁷ Jak już wyjaśniłem, Komisja zgadza się z tym ostatnim stwierdzeniem.

⁵⁸ Podobnie jak w przypadku środka prawnego, którego przedmiotem nie jest stwierdzenie bezskuteczności umowy, lecz przyznanie odszkodowania: zob. wyrok z dnia 8 maja 2014 r., Ildrodinamica Spurgo Velox i in. (C-161/13, EU:C:2014:307, pkt 45, 46).

2. Dyrektywy dotyczące środków odwoławczych

83. Stanowisko spółki Fastned i Komisji jest również nie do pogodzenia z dyrektywami dotyczącymi środków odwoławczych. Gdyby zostało ono przyjęte, podmioty prawne dysponowałyby nie tylko mechanizmem umożliwiającym kwestionowanie ważności warunków modyfikujących koncesję jako takich, lecz również umożliwiającym sądowni orzekanie po upływie terminu w przedmiocie zgodności z prawem pierwotnego udzielenia koncesji w związku z tą modyfikacją⁵⁹.

84. Poprzez dyrektywy dotyczące środków odwoławczych prawodawca europejski ustanawia wspólne minimalne ramy, w których sądy krajowe badają zgodność z prawem aktów przyjętych w celu udzielenia zamówienia publicznego (lub koncesji) i wyciągają konsekwencje stwierdzonej niezgodności z prawem.

85. W obecnym brzmieniu dyrektywy dotyczące środków odwoławczych nie zobowiązują państw członkowskich do ustanowienia mechanizmu takiego jak ten, który jest proponowany w stanowisku spółki Fastned i Komisji. Ten brak jest dodatkowym argumentem pozwalającym wątpić w zasadność tego stanowiska: tym bardziej, że prawodawca zapewnił związek między tymi dyrektywami a dyrektywą 2014/23, o czym świadczy tytuł IV tej ostatniej.

86. W dyrektywach dotyczących środków odwoławczych proceduralna gwarancja prawidłowego stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych opiera się na reakcji wykonawców, których bezpośrednio dotyczy naruszenie tych przepisów⁶⁰. Wynika to z art. 1 ust. 3 tych dyrektyw. Państwa członkowskie nie mają obowiązku zapewnienia innym podmiotom dostępu do środków odwoławczych przed sądami⁶¹.

87. Ze względów związanych ze skutecznością i pewnością prawa dyrektywy dotyczące środków odwoławczych wymagają szybkiej reakcji zainteresowanych podmiotów. Zgodnie z art. 1 ust. 1 owych dyrektyw państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające z naruszeniem prawa Unii lub krajowych przepisów transponujących to prawo mogły być przedmiotem „skutecznych” i „możliwie szybkich” środków odwoławczych. Obowiązkowi temu odpowiada ustanowienie (rozsądnych) terminów zawitych na wniesienie środka odwoławczego⁶².

88. Stanowisko spółki Fastned i Komisji jest niezgodne z tym schematem: wręcz przeciwnie, oznacza ono, że decyzja przyjęta w postępowaniu o udzielenie koncesji może zostać zakwestionowana co do istoty przez wykonawców, którzy ani nie uczestniczyli w tym postępowaniu, ani nie zostali poszkodowani jako tacy w wyniku domniemanego naruszenia popełnionego w tym czasie.

⁵⁹ Wszczęcie postępowania sądowego po upływie terminu napotkałoby również wszelkiego rodzaju trudności praktyczne, które są nieodłącznie związane z kontrolą decyzji podjętych kilkadziesiąt lat temu, podlegających uregulowaniu prawnemu innemu niż obecne i dotyczących podmiotów, które mogły nawet przestać istnieć. Uczestnicy postępowania odnieśli się do tej okoliczności na rozprawie w odniesieniu do pierwotnej koncesji.

⁶⁰ Lub na reakcji Komisji na poważne naruszenie prawa Unii: zobacz art. 3 dyrektyw dotyczących środków odwoławczych. Ponadto te ostatnie nie stoją na przeszkodzie temu, aby krąg osób mających dostęp do środków odwoławczych został rozszerzony w krajowych porządkach prawnych.

⁶¹ W motywie 122 dyrektywy 2014/24 uznano, że inne osoby również mają „uzasadniony interes w tym, by procedury zamówień publicznych były należyte”. Osoby takie „[p]owinn[y] zatem mieć możliwość – w sposób inny niż poprzez system odwoławczy na mocy dyrektywy 89/665/EWG i bez konieczności występowania przed sądem lub trybunałem – zgłaszania ewentualnych naruszeń niniejszej dyrektywy do właściwego organu lub struktury”. Wyróżnienie moje.

⁶² Wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., Alstom Transport (C-532/20, EU:C:2022:128, pkt 21, 22).

89. Gdyby przyjąć stanowisko spółki Fastned i Komisji, każdy wykonawca zainteresowany zawarciem aneksu do pierwotnej koncesji mógłby go zakwestionować, zwracając się do sądu o zbadanie, choćby w trybie incydentalnym, zgodności z prawem pierwotnego udzielenia koncesji⁶³. Możliwość ta byłaby zatem niezależna od uprawnienia do zwrócenia się o przeprowadzenie bezpośredniej kontroli sądowej oraz od tego, czy upłynęły terminy w tym względzie⁶⁴. Byłoby to równoznaczne z *przywróceniem* wady przypisywanej pierwotnemu udzieleniu koncesji, którą z punktu widzenia dyrektyw dotyczących środków odwoławczych należy uznać za usuniętą.

90. Stanowisko spółki Fastned i Komisji pozwalałoby zatem na zakwestionowanie zgodności z prawem pierwotnego udzielenia obowiązującej koncesji, nawet jeśli, jak już wskazałem⁶⁵, w przewidzianym do tego celu terminie nie wniesiono środka odwoławczego od (domniemanego) popełnionego naruszenia; lub ten środek odwoławczy został wniesiony i oddalony; lub, jeżeli naruszenie zostało stwierdzone, organ właściwy do orzekania w przedmiocie środka odwoławczego nie nakazał rozwiązania umowy⁶⁶.

91. Nie uważam zatem, by stanowisko to było zgodne z treścią dyrektyw dotyczących środków odwoławczych, ani też, by odwołanie się do zasad regulujących zamówienia publiczne było wystarczające do jego przyjęcia:

- po pierwsze, brzmienie art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 odzwierciedla wybór legislacyjny dotyczący formy i zakresu przestrzegania tych zasad w związku z modyfikacją koncesji, który to wybór przekłada się na wyraźne warunki ustanowione w odniesieniu do tej modyfikacji, jeżeli jest ona istotna;
- po drugie, wybory dokonane przez prawodawcę Unii, które konkretyzują te same zasady, określają, w jaki sposób, kto i kiedy przeprowadza kontrolę zgodności z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych przy udzielaniu koncesji.

3. *Drugi wniosek pośredni*

92. Powyższe rozważania skłaniają mnie do stwierdzenia, że możliwość zastosowania art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 do istotnej modyfikacji koncesji nie jest uzależniona od prawidłowości jej pierwotnego udzielenia.

93. Stwierdzenie to nie stoi na przeszkodzie temu, by wykonawcy mający interes w zakwestionowaniu modyfikacji umowy byli uprawnieni do jej zaskarżenia, jeżeli uważają, że skoro jest ona istotna, nie są spełnione przesłanki, które zgodnie z art. 43 dyrektywy 2014/23 pozwalają na jej dokonanie bez wszczynania nowego postępowania o udzielenie koncesji. W tym celu nie można wymagać od nich, aby uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu o udzielenie koncesji⁶⁷.

⁶³ Obejmuje to decyzję instytucji zamawiającej o niewszczynianiu postępowania o udzielenie zamówienia: wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 33, 36, 37).

⁶⁴ W praktyce roszczenia, z jakimi zainteresowani pierwotną koncesją mogli wystąpić z powodu naruszenia mających zastosowanie przepisów, są zwykle przedawnione.

⁶⁵ Punkt 64 powyżej.

⁶⁶ Zgodnie z dyrektywami dotyczącymi środków odwoławczych naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych niekoniecznie podlega karze w postaci bezskuteczności zawartej umowy. Odsyłam do mojej opinii przedstawionej w sprawie CROSS Zlín (C-303/22, EU:C:2023:652, pkt 78–87).

⁶⁷ Wyrok z dnia 2 września 2021 r., Sisal i in. (C-721/19 i C-722/19, EU:C:2021:672, pkt 3 sentencji).

V. Wnioski

94. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał udzielił Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższemu sądowi krajowemu w Düsseldorfie, Niemcy) następującej odpowiedzi:

„Artykuł 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji

należy interpretować w ten sposób, że:

nie ma on zastosowania do istotnych modyfikacji koncesji udzielonych *in house*, dopóki obowiązują one jako takie, to znaczy pod warunkiem, że koncesje te nadal zachowują charakter, który uzasadniał ich wyłączenie z zakresu stosowania dyrektywy 2014/23.

Ma on natomiast zastosowanie do istotnych modyfikacji wspomnianych koncesji, jeżeli modyfikacje te zostały wprowadzone po tym, gdy przesłanki udzielenia koncesji *in house* już nie były spełnione w następstwie zastąpienia pierwotnego koncesjonariusza innym koncesjonariuszem, który nie podlega kontroli instytucji zamawiającej.

Możliwość zastosowania art. 43 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/23 do istotnej modyfikacji koncesji nie jest uzależniona od prawidłowości pierwotnego udzielenia koncesji”.