



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (veliki senat)

z dne 29. aprila 2025 *

„Predhodno odločanje – Koncesije – Koncesije, ki so bile podeljene subjektu *in house* – Direktiva 2014/23/EU – Člen 43(1)(c) – Sprememba koncesije na dan, ko koncesionar nima več statusa subjekta *in house* – Sprememba, ki je ‚potrebna‘ zaradi nepredvidljivih okoliščin – Direktiva 89/665/EGS – Posredni nadzor nad prvotno podelitvijo koncesije“

V zadevi C-452/23,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu, Nemčija) z odločbo z dne 16. junija 2023, ki je na Sodišče prispela 19. julija 2023, v postopku

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG

proti

Die Autobahn GmbH des Bundes,

ob udeležbi

Autobahn Tank & Rast GmbH,

Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH,

SODIŠČE (veliki senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik, F. Biltgen, predsednik senata, K. Jürimäe, predsednica senata, C. Lycourgos, I. Jarukaitis, predsednika senatov, M. L. Arastey Sahún, predsednica senata, S. Rodin, A. Kumin, N. Jääskinen in D. Gratsias (poročevalec), predsedniki senatov, E. Regan, sodnik, I. Ziemele, sodnica, in J. Passer, sodnik,

generalni pravobranilec: M. Campos Sánchez-Bordona,

sodna tajnica: N. Mundhenke, administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 9. julija 2024,

* Jezik postopka: nemščina.

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Fastned Deutschland GmbH & Co. KG R. Ader, P. Friton in F. Wolf, Rechtsanwälte,
- za Die Autobahn GmbH des Bundes C. Bauer, N. Schleper in F. Siebler, Rechtsanwälte,
- za Autobahn Tank & Rast GmbH in Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH H.-G. Kamann in M. Schweda, Rechtsanwälte,
- za nemško vlado J. Möller, R. Kanitz in P.-L. Krüger, agenti,
- za Evropsko komisijo B. De Meester in G. Wils, agenta,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 17. oktobra 2024

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 72(1)(c) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Fastned Deutschland GmbH & Co. KG (v nadaljevanju: Fastned) in Die Autobahn GmbH des Bundes zaradi spremembe koncesijskih pogodb za upravljanje spremljajočih objektov na nemških zveznih avtocestah, da se v pogodbe vključijo gradnja, vzdrževanje in upravljanje infrastruktur za hitro polnjenje električnih vozil.

Pravni okvir

Pravo Unije

Direktiva 2014/23/EU

- 3 V uvodnih izjavah 8, 18, 75, 76 in 81 Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1) je navedeno:
 - „(8) Za koncesije, enake ali višje od določene vrednosti, je primerno določiti minimalno usklajevanje nacionalnih postopkov za podelitev takih pogodb na podlagi načel PDEU, da se omogoči odpiranje koncesij konkurenci in zagotovi zadostna pravna varnost. Te določbe o usklajevanju ne bi smele presegati tega, kar je potrebno za doseg navedenih ciljev in zagotovitev določene prožnosti. [...]

[...]

- (18) [...] Glavna značilnost koncesije, tj. pravica do uporabe gradenj ali storitev, vedno pomeni prenos gospodarskega operativnega tveganja na koncesionarja, kar lahko tudi pomeni, da naložbe in stroški, ki nastanejo pri izvajanju gradenj ali storitev, pod običajnimi pogoji delovanja ne bodo v celoti povrnjeni, čeprav del tveganja še vedno nosi javni naročnik ali naročnik. Uporaba posebnih pravil, ki urejajo podeljevanje koncesij, ne bi bila upravičena, če bi razbremenil gospodarskega subjekta morebitnih izgub tako, da bi mu jamčil minimalne prihodke, ki bi bili enaki ali višji od naložb in stroškov, ki so gospodarskemu subjektu nastali pri izvajanju pogodbe. [...]

[...]

- (75) Pri koncesijskih pogodbah gre običajno za dolgoročne in kompleksne tehnične in finančne dogovore, med veljavnostjo katerih se razmere spreminjajo. Zato je treba pojasniti pogoje, pod katerimi je treba zaradi spremenjene koncesije med njenim izvajanjem izvesti nov postopek podelitve koncesije, pri čemer je treba upoštevati zadevno sodno prakso Sodišča Evropske unije. Nov postopek podelitve koncesije se zahteva v primeru bistvenih sprememb prvotne koncesije, zlasti glede obsega in vsebine vzajemnih pravic ter obveznosti pogodbenih strank, vključno s porazdelitvijo pravic intelektualne lastnine. Take spremembe kažejo, da se nameravajo pogodbene stranke ponovno pogajati o ključnih določilih ali pogojih te koncesije. To velja zlasti, če bi spremenjeni pogoji vplivali na rezultat postopka, če bi veljali že za prvotni postopek. Spremembe koncesije, zaradi katerih se le malo spremeni vrednost pogodbe do določene ravni vrednosti, bi morale biti vedno možne, ne da bi bilo zaradi tega treba izvesti nov postopek podelitve koncesije. Zato in zaradi pravne varnosti bi bilo treba v tej direktivi določiti mejne vrednosti ‚de minimis‘, pod katerimi nov postopek podelitve ni potreben. Spremembe koncesije nad temi mejnimi vrednostmi bi morale biti možne, ne da bi bilo zaradi tega treba izvesti nov postopek podelitve koncesije, če so takšne spremembe v skladu z določenimi pogoji. To bi na primer lahko bilo v primeru sprememb – če so takšne spremembe v skladu z ustreznimi pogoji iz te direktive – ki so potrebne zaradi upoštevanja zahtev javnih naročnikov ali naročnikov, v zvezi z varnostnimi zahtevami in ob upoštevanju posebnosti določenih dejavnosti, kot je na primer upravljanje gorskih športnih in turističnih objektov, če se lahko zakonodaja spremeni zaradi upoštevanja povezanih tveganj.
- (76) Javni naročniki in naročniki so lahko soočeni z zunanjimi okoliščinami, ki jih ob podelitvi koncesije niso mogli predvideti, zlasti če se izvajanje koncesije nanaša na daljše obdobje. V takih primerih je potrebna določena prožnost, da je mogoče koncesijo prilagoditi tem okoliščinam brez novega postopka podelitve. Pojem nepredvidljivih okoliščin se nanaša na okoliščine, ki jih ni bilo mogoče napovedati, čeprav je javni naročnik ali naročnik ustrezno skrbno pripravil prvotno podelitev ter pri tem upošteval razpoložljiva sredstva, vrsto in značilnosti zadevnega projekta, dobro prakso na zadevnem področju in potrebo po zagotovitvi ustreznega razmerja med sredstvi, porabljenimi med pripravo podelitve koncesije, in njeno predvideno vrednostjo. Vendar to ne more veljati v primerih, ko se zaradi spremembe spremeni splošna narava koncesije, na primer če se gradnje, ki jih je treba izvesti, ali storitve, ki jih je treba opraviti, nadomestijo z drugimi ali če se bistveno spremeni vrsta koncesije, saj je v takem primeru mogoče predpostaviti hipotetičen vpliv na rezultat. [...]

[...]

(81) Da se zagotovita ustrezno sodno varstvo kandidatov in ponudnikov v postopkih podelitve koncesij ter učinkovito uveljavljanje te direktive in načel PDEU, bi bilo treba Direktivo [Sveta] 89/665/EGS [z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246)] ter Direktivo [Sveta] 92/13/EGS [z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 315)] uporabljati tudi za koncesije za storitve in koncesije za gradnje, ki jih podelijo javni naročniki in naročniki. Direktivi [89/665] in [92/13] bi bilo zato treba ustrezno spremeniti.“

4 Člen 2 Direktive 2014/23, naslovljen „Načelo samostojnega upravljanja s strani javnih organov“, v odstavku 1 določa:

„Ta direktiva potrjuje načelo samostojnega upravljanja s strani nacionalnih, regionalnih in lokalnih organov v skladu z nacionalnim pravom in pravom Unije. Ti organi sami odločajo, kako bodo najbolje upravljali izvajanje gradenj ali opravljanje storitev in zlasti zagotovili visoko raven kakovosti, varnosti in cenovne dostopnosti, enako obravnavo ter spodbujanje splošnega dostopa in pravic uporabnikov v javnih storitvah.

Ti organi se lahko odločijo, da svoje naloge v javnem interesu izvajajo z lastnimi sredstvi ali v sodelovanju z drugimi organi oziroma da njihovo izvajanje prenesejo na gospodarske subjekte.“

5 Člen 5 te direktive, naslovljen „Opredelitev pojmov“, določa:

„V tej direktivi se uporabljajo naslednje opredelitve pojmov:

1. ‚koncesije‘ pomeni koncesije za gradnje ali koncesije za storitve, kakor je opredeljeno v točkah (a) in (b):

(a) ‚koncesija za gradnje‘ pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov izvedbo gradenj zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe gradenj, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom;

(b) ‚koncesija za storitve‘ pomeni pisno sklenjeno odplačno pogodbo, s katero eden ali več javnih naročnikov ali naročnikov opravljanje in upravljanje storitev, razen izvajanja gradenj iz točke (a), zaupa enemu ali več gospodarskim subjektom, pri čemer je nadomestilo zgolj pravica do uporabe storitev, ki so predmet pogodbe, ali ta pravica skupaj s plačilom.

Podelitev koncesije za gradnje ali storitve pomeni, da se operativno tveganje pri izvajanju teh gradenj ali storitev prenese na koncesionarja in vključuje tveganje, povezano s povpraševanjem, ali tveganje, povezano z dobavo, ali oboje. Šteje se, da koncesionar prevzame operativno tveganje, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnila naložbe ali stroški, ki nastanejo pri izvajanju gradenj ali storitev, ki so predmet koncesije. Del tveganja, ki se prenese na koncesionarja, vključuje dejansko izpostavljenost tržnim nepredvidljivostim, kar pomeni, da ocenjena morebitna izguba za koncesionarja ni zgolj nominalna ali zanemarljiva;

[...].“

- 6 Člen 17 navedene direktive, naslovljen „Koncesije med subjekti v javnem sektorju“, v odstavku 1 določa:

„Koncesija, ki jo podeli javni naročnik ali naročnik iz točke (a) člena 7(1) pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada v [na] področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- (a) javni naročnik ali naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe in
- (b) odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 % svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je zaupal javni naročnik ali naročnik, ki jo obvladuje, ali so ji jih zaupale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik ali naročnik, in
- (c) v odvisni pravni osebi ni neposredne udeležbe zasebnega kapitala, razen v obliki neobvladujoče in nezaviralne udeležbe zasebnega kapitala, ki se zahteva na podlagi določb nacionalne zakonodaje, skladnih s Pogodbama, in ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.

Šteje se, da javni naročnik ali naročnik iz točke (a) člena 7(1) obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe v smislu točke (a) prvega pododstavka tega odstavka, če odločilno vpliva na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe. Obvladuje jo lahko tudi druga pravna oseba, ki jo na enak način obvladuje javni naročnik ali naročnik.“

- 7 Naslov II Direktive 2014/23, „Pravila za podeljevanje koncesij: splošna načela in postopkovna jamstva“, vsebuje med drugim člen 38 te direktive z naslovom „Izbor in kvalitativna ocena kandidatov“, ki v odstavku 1 določa:

„Javni naročniki in naročniki preverijo pogoje za sodelovanje v zvezi s strokovno in tehnično sposobnostjo ter finančnim in ekonomskim položajem kandidatov ali ponudnikov na podlagi njihovih lastnih izjav ter navedbe ali navedb, ki jih morajo slednji predložiti kot dokazila v skladu z zahtevami iz obvestila o koncesiji, ki so nediskriminatorne in sorazmerne s predmetom koncesije. Pogoji za sodelovanje so povezani in sorazmerni s potrebo po zagotovitvi, da je koncesionar sposoben izvajati koncesijo, pri čemer je treba upoštevati predmet koncesije in namen, da se zagotovi resnična konkurenca.“

- 8 Naslov III te direktive, „Pravila za izvajanje koncesij“, vsebuje med drugim člen 43 te direktive z naslovom „Spremembe pogodb med njihovo veljavnostjo“, ki določa:

„1. Koncesije se lahko spremenijo brez novega postopka podelitve koncesije v skladu s to direktivo v katerem koli od naslednjih primerov:

[...]

- (b) kadar so potrebne dodatne gradnje ali storitve, ki jih opravi prvotni koncesionar, niso pa bile vključene v prvotno koncesijo, če zamenjava koncesionarja:
 - (i) ni mogoča iz ekonomskih ali tehničnih razlogov, kot so zahteve glede zamenljivosti ali interoperabilnosti z obstoječo opremo, storitvami ali instalacijami, zagotovljenimi v okviru prvotne koncesije, ter
 - (ii) bi javnemu naročniku ali naročniku povzročila velike nevšečnosti ali znatno podvajanje stroškov.

Vendar pri koncesijah, ki jih javni naročnik podeli za izvajanje dejavnosti, ki ni navedena v Prilogi II, povečanje vrednosti ne sme presegati 50 % vrednosti prvotne koncesije. Če je opravljenih več zaporednih sprememb, ta omejitev velja za vrednost posamezne spremembe. Te zaporedne spremembe niso namenjene obidu te direktive;

(c) če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- (i) sprememba je bila potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ali naročnik ni mogel predvideti;
- (ii) sprememba ne spreminja splošne narave koncesije;
- (iii) pri koncesijah, ki jih javni naročnik podeli za izvajanje dejavnosti, ki ni na seznamu v Prilogi II, povečanje vrednosti ne presega 50 % vrednosti prvotne koncesije. Če je opravljenih več zaporednih sprememb, ta omejitev velja za vrednost posamezne spremembe. Te zaporedne spremembe niso namenjene obidu te direktive;

(d) če koncesionarja, ki mu je javni naročnik ali naročnik prvotno podelil koncesijo, zamenja nov koncesionar iz enega od naslednjih razlogov:

[...]

- (ii) drug gospodarski subjekt, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti, v celoti ali delno nasledi prvotnega koncesionarja po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb pogodbe in ni namenjeno obidu te direktive; [...]

[...]

(e) spremembe ne glede na njihovo vrednost niso bistvene v smislu odstavka 4.

[...]

4. Sprememba koncesije med njeno veljavnostjo se šteje za bistveno v smislu točke (e) odstavka 1, če se zaradi te spremembe koncesija znatno razlikuje od prvotno sklenjene koncesije. [...]

[...]

5. Za spremembe določb koncesije med njeno veljavnostjo, ki niso navedene v odstavkih 1 in 2, je potreben nov postopek podelitve koncesije v skladu s to direktivo.“

9 Člen 51(1), prvi pododstavek, navedene direktive določa:

„Države članice uveljavijo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, do 18. aprila 2016. [Evropski k]omisiji nemudoma sporočijo besedilo navedenih predpisov.“

10 Člen 54, drugi odstavek, iste direktive določa:

„Ta direktiva se ne uporablja za podeljevanje koncesij, ponujenih ali podeljenih pred 17. aprilom 2014.“

Direktiva 2014/24

- 11 V uvodni izjavi 122 Direktive 2014/24 je navedeno:

„Direktiva 89/665/EGS določa, da morajo biti nekateri revizijski postopki na voljo vsaj vsem osebam, ki imajo ali so imele interes pridobiti določeno javno naročilo in so bile ali bi lahko bile oškodovane zaradi domnevne kršitve prava Unije na področju javnega naročanja ali nacionalnih pravil za prenos tega prava. Ta direktiva ne bi smela vplivati na te revizijske postopke. Vendar pa imajo državljani, zadevne organizirane ali neorganizirane zainteresirane strani in druge osebe ali organi, ki nimajo dostopa do revizijskih postopkov v skladu z Direktivo 89/665/EGS, kot davkoplačevalci vseeno upravičen interes za poštene postopke javnega naročanja. Zato bi morali imeti možnost, da pristojni organ ali institucijo na morebitne kršitve te direktive opozorijo drugače, ne prek sistema revizij v skladu z Direktivo 89/665/EGS in ne nujno s pridobitvijo pravice do vložitve tožbe pred sodiščem. [...]“

- 12 Člen 72(1)(c) in (d) Direktive 2014/24 določa:

„Pogodbe o izvedbi javnih naročil in okvirni sporazumi se lahko spremenijo brez novega postopka javnega naročanja v skladu s to direktivo v katerem koli od naslednjih primerov:

[...]

- (c) če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- (i) sprememba je bila potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ni mogel predvideti;
- (ii) sprememba ne spreminja splošne narave javnega naročila;
- (iii) kakršno koli zvišanje cene ne presega 50 % vrednosti prvotnega javnega naročila ali okvirnega sporazuma. Če je opravljenih več zaporednih sprememb, ta omejitev velja za vrednost posamezne spremembe. Te zaporedne spremembe niso namenjene obidu te direktive;

- (d) če izvajalca, ki mu je javni naročnik prvotno oddal javno naročilo, zamenja nov izvajalec iz enega od naslednjih razlogov:

[...]

- (ii) drug gospodarski subjekt, ki izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti, v celoti ali delno nasledi prvotnega koncesionarja po prestrukturiranju podjetja, vključno s prevzemom, združitvijo, pripojitvijo ali insolventnostjo, če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb pogodbe in ni namenjeno obidu te direktive; [...]

[...].“

Direktiva 89/665

- 13 Člen 1 Direktive 89/665, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23 (v nadaljevanju: Direktiva 89/665), naslovljen „Področje uporabe in zagotovitev revizijskih postopkov“, določa:

„1. [...]

Ta direktiva se uporablja tudi za koncesije iz Direktive 2014/23/EU [...], ki jih podelijo naročniki, razen če so take koncesije izključene v skladu s členi 10, 11, 12, 17 in 25 navedene direktive.

[...]

Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z naročili s področja uporabe Direktive 2014/24/EU ali Direktive 2014/23/EU zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih 2 do 2f te direktive, ker je bil[o] s takšnimi odločitvami kršeno pravo Unije na področju javnih naročil ali nacionalni predpisi o prenosu tega prava.

[...]

3. Države članice zagotovijo, da so revizijski postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določi država članica, na voljo vsaj kateri koli osebi, ki ima ali je imela interes za pridobitev določenega javnega naročila in ki ji je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi ji lahko nastala škoda.

[...]“

14 Člen 2f(1) Direktive 89/665 določa:

„Države članice lahko določijo, da je treba zahtevek za revizijo v skladu s členom 2d(1) vložiti:

(a) pred potekom vsaj 30 koledarskih dni od dneva, ki sledi datumu, ko je:

- naročnik objavil obvestilo o oddaji naročila v skladu s členoma 50 in 51 Direktive 2014/24/EU ali členoma 31 in 32 Direktive 2014/23/EU, če to obvestilo vključuje utemeljitev odločitve naročnika, da odda naročilo brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, ali
- naročnik obvestil zadevne ponudnike in kandidate o sklenitvi pogodbe, če to obvestilo vsebuje povzetek ustreznih razlogov [...];

(b) vsekakor pa preden poteče obdobje vsaj šestih mesecev od dneva, ki sledi datumu sklenitve pogodbe.“

Nemško pravo

GWB

15 Del 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence) z dne 26. junija 2013 (BGBl. 2013 I, str. 1750), v različici, ki se uporablja v sporu o glavni stvari (v nadaljevanju: *GWB*), določa pravila o oddajanju javnih naročil in koncesij ter vsebuje med drugim člene 132, 135 in 154 *GWB*.

- 16 Člen 132 GWB, naslovljen „Spremembe pogodb o izvedbi javnih naročil med njihovo veljavnostjo“, določa:

„(1) Če med veljavnostjo pogodbe pride do bistvenih sprememb javnega naročila, je potrebno izvesti nov postopek javnega naročanja. Bistvene so tiste spremembe, ki povzročijo, da se javno naročilo občutno razlikuje od prvotno oddanega javnega naročila. [...]

[...]

(2) Ne glede na odstavek 1 je dopustna sprememba javnega naročila brez izvedbe novega postopka javnega naročanja, če:

[...]

3. je bila sprememba potrebna zaradi okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ni mogel predvideti, in če sprememba ne spreminja splošne narave javnega naročila [...]

[...]

V primerih iz točk 2 in 3 prvega se cena ne sme zvišati za več kot 50 odstotkov vrednosti prvotnega naročila. [...]

[...]“

- 17 Člen 135 GWB, naslovljen „Neveljavnost“, določa:

„(1) Javno naročilo je že od vsega začetka neveljavno, če je javni naročnik:

[...]

2. oddal naročilo, ne da bi prej objavil obvestilo v *Uradnem listu Evropske unije*, razen če je to dovoljeno na podlagi zakona,

in če je bila ta kršitev ugotovljena v okviru revizijskega postopka.

(2) Neveljavnost v skladu z odstavkom 1 se lahko ugotovi le, če se uveljavlja v revizijskem postopku v 30 koledarskih dneh po tem, ko je javni naročnik obvestil zadevne ponudnike in kandidate o sklenitvi pogodbe, vendar najpozneje šest mesecev po sklenitvi pogodbe. Če je naročnik obvestilo o oddaji naročila objavil v *Uradnem listu Evropske unije*, se rok za uveljavljanje neveljavnosti izteče 30 koledarskih dni po objavi obvestila o oddaji naročila v *Uradnem listu Evropske unije*.

[...]“

- 18 Člen 154 GWB, naslovljen „Druge upoštevne določbe“, določa:

„Poleg tega je treba pri podelitvi koncesij [...] ustrezno upoštevati te določbe:

[...]

3. člen 131(2) in (3) ter člen 132 [...]

[...]

4. člene od 133 do 135;

[...].“

SchnellLG

- 19 V skladu s členom 5(3), prvi stavek, Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (zakon o zagotovitvi infrastrukture za hitro polnjenje električnih vozil na izključno baterijski pogon na celotnem ozemlju) z dne 25. junija 2021 (BGBl. 2021 I, str. 2141; v nadaljevanju: SchnellLG) je treba imetniku koncesije za upravljanje spremljajočega objekta z bencinsko črpalko na zveznih avtocestah ponuditi, da v okviru lastne pridobitne dejavnosti prevzame vzpostavitev, vzdrževanje in upravljanje mest za hitro polnjenje električnih vozil, načrtovanih na zadevni lokaciji, če je to potrebno in del 4 GWB temu ne nasprotuje.

Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

- 20 Die Autobahn des Bundes, tožena stranka v postopku v glavni stvari, je družba zasebnega prava v lasti Zvezne republike Nemčije, ki tega lastništva ne more odsvojiti. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (zvezno ministrstvo za promet in digitalno infrastrukturo, Nemčija) je nanjo s 1. januarjem 2021 preneslo načrtovanje, gradnjo, upravljanje, vzdrževanje, financiranje in premoženjsko upravljanje nemških zveznih avtocest.
- 21 Na nemških zveznih avtocestah je več kot 400 počivališč, na katerih obratujejo spremljajoči objekti, kot so bencinske črpalke in lokali. Upravljavka teh objektov je bila prvotno družba Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, ki jo je leta 1951 ustanovila Zvezna republika Nemčija. Leta 1994 se je ta družba preimenovala v Tank & Rast AG, Zvezna republika Nemčija pa je ostala njena edina delničarka. Istega leta je družba Tank & Rast kupila družbo Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 22 Zvezna republika Nemčija je v letih od 1996 do 1998 brez predhodnega javnega razpisa z družbo Tank & Rast sklenila približno 280 koncesijskih pogodb za upravljanje spremljajočih objektov na nemških zveznih avtocestah z najdaljšim trajanjem 40 let.
- 23 Te pogodbe, ki se še vedno izvajajo, so bile pripravljene na osnovi vzorčne koncesijske pogodbe, v skladu s katero ima koncesionar pravico do gradnje in upravljanja spremljajočega objekta za potrebe uporabnikov nemških zveznih avtocest na določeni operativni lokaciji. V zameno mora koncesionar plačevati pristojbino, sorazmerno njegovemu prometu. Navedene pogodbe vključujejo obratovalni koncept, ki predvideva določeno število bencinskih črpalk in parkirnih mest ter lokal in javna stranišča, vsak spremljajoči objekt pa mora biti dostopen 24 ur na dan.
- 24 Nemški organi so leta 1998 začeli postopek privatizacije družbe Tank & Rast, v katerem je sodelovalo približno petdeset nemških in tujih interesentov. Ta postopek se je končal tako, da je konzorcij, ki so ga sestavljali družba LSG Lufthansa Service Holding AG, družba Allianz Capital Partners GmbH in trije investicijski skladi, kupil družbo Tank & Rast. S preimenovanjem sta iz

družbe Tank & Rast nastali družbi Autobahn Tank & Rast GmbH in Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, ki sta sedanji koncesionarki in intervenientki pred predložitvenim sodiščem.

- 25 Med letoma 1999 in 2019 je bilo družbama Autobahn Tank & Rast in Ostdeutsche Autobahntankstellen podeljenih še približno 80 drugih koncesij, med katerimi je bilo po njunih navedbah 19 podeljenih na podlagi javnega razpisa. Ti družbi sta tako postali koncesionarki približno 90 % vseh obstoječih spremljajočih objektov.
- 26 Družba Die Autobahn des Bundes je 28. aprila 2022 z družbama Autobahn Tank & Rast in Ostdeutsche Autobahntankstellen na podlagi člena 5(3) SchnellLG sklenila dodatek k vsem približno 360 zadevnim koncesijskim pogodbam, v skladu s katerim družbi Autobahn Tank & Rast in Ostdeutsche Autobahntankstellen prevzemata vzpostavitev, vzdrževanje in upravljanje operativne infrastrukture za hitro polnjenje električnih vozil na zadevnih počivališčih, kar pomeni tudi obveznost zagotavljanja določenega števila polnilnih mest na vsaki lokaciji (v nadaljevanju: sprememba iz postopka v glavni stvari).
- 27 Družba Die Autobahn des Bundes je obvestilo o tej spremembi objavila v *Dodatku k Uradnemu listu Evropske unije*. V skladu s tem obvestilom je bila opustitev javnega razpisa utemeljena na podlagi člena 132 GWB. Zagotavljanje infrastrukture za hitro polnjenje električnih vozil naj bi namreč bila dodatna storitev, ki naj bi postala potrebna v okviru zadevnih koncesijskih pogodb, česar pa ni bilo mogoče predvideti na dan njihove sklenitve.
- 28 Družbi Fastned in Tesla Germany GmbH (v nadaljevanju: Tesla), ki upravljata z infrastrukturo za polnjenje električnih vozil, sta pri Vergabekammer des Bundes (zvezni senat za javna naročila, Nemčija) vložili zahtevek za uvedbo revizijskega postopka zoper spremembo iz postopka v glavni stvari. V utemeljitev tega zahtevka sta navedli, da je ta sprememba neveljavna na podlagi člena 135(1), točka 2, GWB, ker je bila sklenjena brez predhodne objave obvestila o naročilu na ravni Evropske unije. Po mnenju družb Fastned in Tesla naj navedena sprememba ne bi mogla biti utemeljena na členu 132 GWB, saj se ta člen ne bi uporabljal za koncesije, ki niso bile podeljene v okviru javnega razpisa.
- 29 Zvezni senat za javna naročila je s sklepom z dne 15. junija 2022 navedeni zahtevek zavrnil.
- 30 Družbi Fastned in Tesla sta zoper ta sklep vložili pritožbo pri Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu, Nemčija), ki je predložitveno sodišče. V utemeljitev te pritožbe sta navedli, da se člen 132(1) in (2) GWB ne uporablja za spremembo javnega naročila, ki je bilo prvotno oddano subjektu *in house* brez javnega razpisa. Taka ugotovitev naj bi veljala še toliko bolj za koncesijo, ki je bila prvotno dodeljena brez javnega razpisa z namenom izvedbe privatizacije koncesionarja in torej v nasprotju s pravili, ki se uporabljajo na tem področju.
- 31 Po mnenju navedenega sodišča je edini odločilni element za rešitev spora, o katerem odloča, vprašanje, ali se za spremembo iz postopka v glavni stvari uporablja člen 135(1), točka 2, GWB in zato ni veljavna.
- 32 Navedeno sodišče v zvezi s tem meni, da so vsebinski pogoji iz člena 132(2), točka 3, GWB izpolnjeni. Prvič, javni naročnik vsaj v zvezi s koncesijskimi pogodbami, sklenjenimi v obdobju med letoma 1996 in 1998, ni mogel predvideti potrebe po infrastrukturi za hitro polnjenje električnih vozil na počivališčih na nemških zveznih avtocestah in uvedbe zakonske obveznosti

vzpostavitve te infrastrukture. Drugič, sprememba iz postopka v glavni stvari naj ne bi spremenila splošne narave zadevnih koncesij. Tretjič, vrednost prvotnega naročila naj se ne bi zvišala za več kot 50 %.

- 33 Vendar predložitveno sodišče dvomi o tem, ali se člen 132(2), točka 3, GWB, s katerim naj bi se člen 72(1)(c) Direktive 2014/24 prenesel v nemški pravni red, uporablja za spremembo pogodb, sklenjenih zunaj področja uporabe dela 4 GWB s subjektom javnega naročnika *in house*, kadar na dan te spremembe niso več izpolnjena merila za oddajo *in house*, saj je kapital koncesionarja sedaj v stoddstotni lasti zasebnih vlagateljev.
- 34 To vprašanje naj bi bilo odločilno za rešitev spora, o katerem odloča navedeno sodišče, glede na to, da je po njegovem mnenju sprememba iz postopka v glavni stvari „bistvena“ v smislu člena 132(1), prvi stavek, GWB. Zato bi bilo treba ugotoviti, ali je člen 132(2), točka 3, GWB v povezavi z njegovim členom 154, točka 3, javnemu naročniku omogočal, da to spremembo sklene z družbama Autobahn Tank & Rast in Ostdeutsche Autobahntankstellen, ne da bi začel nov postopek podelitve. Jasen odgovor na to vprašanje pa naj ne bi z gotovostjo izhajal niti iz besedila člena 72 Direktive 2014/24 niti iz sodne prakse Sodišča.
- 35 V zvezi s tem predložitveno sodišče med drugim ugotavlja, da bi bilo točke od 41 do 43 sodbe z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), mogoče razumeti tako, da je treba s področja uporabe člena 72 Direktive 2014/24 in torej tega člena 72(1)(c), ki naj bi bil upoštevna določba v obravnavanem primeru, na splošno izključiti naročila, ki so bila prvotno oddana subjektu *in house*, kadar pogoji za oddajo *in house* na dan spremembe takega naročila niso več izpolnjeni.
- 36 Navedeno sodišče vendarle meni, da za uporabo navedenega člena 72 ni pomembno, ali je bila prvotna podelitev zadevnih koncesij med letoma 1996 in 1998 v skladu s pravom na področju javnega naročanja oziroma ali je privatizacija družbe Tank & Rast, ki se je zgodila leta 1998, pomenila bistveno spremembo teh koncesij. Šestmesečni rok, ki je v členu 135(2) GWB določen za prenos člena 2f(1) Direktive 89/665 v nemški pravni red, naj bi že zdavnaj potekel. Namen tega prekluzivnega roka, ki je zagotovitev pravne varnosti, naj bi bil ogrožen, če bi bilo mogoče zakonitost oddaje prvotnega naročila ali sprememb, do katerih je prišlo pred potekom navedenega roka, izpodbijati po tem datumu v okviru zahtevka za razglasitev ničnosti naknadne spremembe zadevnega naročila.
- 37 V teh okoliščinah je Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba člen 72(1)(c) Direktive [2014/24] razlagati tako, da na njegovo področje uporabe spadajo tudi taka javna naročila, ki so bila prej zunaj področja uporabe te direktive oddana subjektu *in house*, vendar pa pogoji za oddajo *in house* v času spremembe pogodbe niso več izpolnjeni?“

Postopek pred Sodiščem

- 38 Zvezna republika Nemčija je v skladu s členom 16, tretji odstavek, Statuta Sodišča Evropske unije 25. marca 2024 predlagala, naj o tej zadevi odloči veliki senat, s čimer se je Sodišče seznanilo 4. junija 2024.

- 39 Predložitveno sodišče je 17. julija 2024 Sodišče obvestilo, da je družba Tesla odstopila od postopka, ki poteka pred njim.

Vprašanje za predhodno odločanje

Uvodne ugotovitve

- 40 Predložitveno sodišče sprašuje Sodišče o razlagi člena 72(1)(c) Direktive 2014/24, ki se nanaša na oddajo javnih naročil.
- 41 V zvezi s tem je treba poudariti, da je treba vprašanje, ali se neka transakcija opredeli kot „javno naročilo“ v smislu Direktive 2014/24 ali kot „koncesija“ v smislu Direktive 2014/23, presojati izključno glede na pravo Unije (sodba z dne 15. oktobra 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, točka 38).
- 42 V obravnavanem primeru predložitveno sodišče med drugim navaja, prvič, da pogodbe, na katere se je nanašala sprememba iz postopka v glavni stvari, družbama Autobahn Tank & Rast in Ostdeutsche Autobahntankstellen podeljujejo pravico do gradnje in upravljanja spremljajočih objektov za potrebe uporabnikov nemških zveznih avtocest, in drugič, da morata ti družbi v zameno plačati koncesijsko dajatev, ki je sorazmerna njunemu prometu.
- 43 Že pred sprejetjem Direktive 2014/23 je bilo dovoljeno, da dejstvo, da plačila izvajalcu javnega naročnika ne zagotavlja zadevni javni organ, ampak se financira iz zneskov, ki jih tretje osebe plačujejo za uporabo zadevne gradnje ali zadevnih storitev, pomeni, da ponudnik prevzame s tem povezano tveganje upravljanja, kar kaže na koncesijo in ne na javno naročilo (glej v tem smislu sodbo z dne 13. oktobra 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, točka 40). To merilo razlikovanja med koncesijo in javnim naročilom, ki je opisano v uvodni izjavi 18 Direktive 2014/23, je odslej določeno v členu 5, točka 1, te direktive.
- 44 Zato je treba ob upoštevanju navedb predložitvenega sodišča in po zgledu generalnega pravobranilca v točki 32 sklepnih predlogov šteti, da se spor o glavni stvari nanaša na koncesijske pogodbe in da v tem okviru navedeno sodišče sprašuje Sodišče o razlagi člena 43(1)(c) Direktive 2014/23, ki določa pogoje, pod katerimi se lahko koncesija spremeni brez novega postopka podelitve iz razlogov, ki se nanašajo na nastanek okoliščin, ki jih skrben naročnik ni mogel predvideti, in katerega besedilo je v bistvu enako besedilu člena 72(1)(c) Direktive 2014/24.
- 45 Zato je treba šteti, da predložitveno sodišče s svojim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 43(1)(c) Direktive 2014/23 razlagati tako, da se koncesija, če so pogoji iz te določbe izpolnjeni, lahko spremeni brez novega postopka podelitve, tudi kadar je bila ta koncesija podeljena subjektu *in house* brez javnega razpisa in se sprememba navedene koncesije izvede na dan, ko koncesionar nima več statusa subjekta *in house*.

Pogoji uporabe člena 43(1)(c) Direktive 2014/23

– *Vpliv tega, da je koncesionar izgubil status subjekta in house med dnevom podelitve zadevne koncesije in dnevom njene spremembe*

- 46 Za odgovor na postavljeno vprašanje je treba pojasniti, prvič, obseg pravil prava Unije, ki urejajo podelitev koncesije subjektu *in house*, in drugič, posledice, ki glede na uporabo teh pravil izhajajo iz tega, da je koncesionar med izvajanjem zadevne koncesije izgubil status subjekta *in house*.
- 47 Na prvem mestu, v zvezi s tem je bilo že pred sprejetjem Direktive 2014/23 dovoljeno, da lahko javni organ izpolnjuje naloge v javnem interesu, ki so mu naložene, z lastnimi upravnimi, tehničnimi in drugimi sredstvi, in se ni dolžan obrniti na zunanje subjekte, ki niso del njegovih služb (sodba z dne 11. januarja 2005, Stadt Halle in RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, točka 48). Na področju koncesij je ta možnost zdaj določena in natančno opredeljena v členu 2 Direktive 2014/23, naslovljenem „Načelo samostojnega upravljanja s strani javnih organov“.
- 48 Zato je bila uporaba pravil prava Unije o koncesijah izključena, če je bil nadzor, ki ga je nad koncesionarjem izvajal javni naročnik, podoben nadzoru, ki ga je ta izvajal nad svojimi službami, in če je koncesionar bistveni del svoje dejavnosti opravljal pri javnem naročniku, ki ga ima v lasti (glej v tem smislu sodbi z dne 13. oktobra 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, točka 62, in z dne 15. oktobra 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, točka 51). V primeru take podelitve *in house* se je namreč štelo, da je javni naročnik uporabil lastna sredstva, saj je bil koncesionar, čeprav je bil pravno ločen od njega, v praksi lahko izenačen z notranjimi službami javnega naročnika, zaradi česar javni razpis ni bil obvezen (glej po analogiji sodbi z dne 10. septembra 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, točka 36, in z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, točka 33). Ta načela so zdaj določena in podrobneje opredeljena v členu 17 Direktive 2014/23, ki določa pogoje, pod katerimi koncesija med subjekti iz javnega sektorja ne spada na področje uporabe te direktive.
- 49 Na drugem mestu, poudariti je treba, da je v primeru bistvene spremembe koncesijske pogodbe zakonodaja Unije, glede na katero je treba presoјati to spremembo, tista, ki je veljala na dan navedene spremembe, pri čemer dejstvo, da je bila prvotna koncesijska pogodba sklenjena pred sprejetjem pravil Unije na tem področju, v zvezi s tem nima posledic (glej v tem smislu sodbi z dne 19. decembra 2018, Stanley International Betting in Stanleybet Malta, C-375/17, EU:C:2018:1026, točki 34 in 35, in z dne 2. septembra 2021, Sisal in drugi, C-721/19 in C-722/19, EU:C:2021:672, točka 28).
- 50 Iz tega izhaja, da je treba vprašanje, ali je bil za spremembo, kakršna je sprememba iz postopka v glavni stvari, ki je bila izvedena po 18. aprilu 2016, ki je bil skrajni rok za prenos te direktive v skladu s členom 51(1), prvi pododstavek, te direktive, potreben nov postopek podelitve, preučiti glede na določbe Direktive 2014/23 (glej po analogiji sodbo z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, točka 39 in navedena sodna praksa).
- 51 V zvezi s tem, kot je generalni pravobranilec v bistvu poudaril v točki 55 sklepnih predlogov, velja, da če koncesionar na dan spremembe koncesijske pogodbe izpolnjuje pogoje iz člena 17 Direktive 2014/23, je to spremembo vsekakor mogoče izvesti brez novega postopka podelitve in ne glede na pogoje, ki so določeni v členu 43 te direktive. Nasprotno pa, če koncesionar na ta dan ne izpolnjuje več pogojev iz tega člena 17, kar je položaj, o katerem predložitveno sodišče sprašuje Sodišče, je navedeno spremembo brez novega postopka podelitve mogoče izvesti le, če so izpolnjeni pogoji iz tega člena 43.

- 52 Ugotoviti je treba, prvič, da v besedilu člena 43(1)(c) Direktive 2014/23, katerega namen je – kot je razvidno iz uvodne izjave 75 te direktive – prav pojasniti pogoje, pod katerimi je treba zaradi sprememb koncesije med njenim izvajanjem izvesti nov postopek podelitve, ni nobene navedbe v smislu, da koncesije ni mogoče spremeniti brez takega postopka, če pride do nepredvidljivih okoliščin v smislu tega člena 43(1)(c), kadar je bila prvotno dodeljena subjektu *in house* brez javnega razpisa in je do zadevne spremembe prišlo na dan, ko koncesionar nima več statusa subjekta *in house*. Preostala pogoja, ki ju mora taka sprememba izpolnjevati in ki sta določena v navedenem členu 43(1)(c)(ii) in (iii), se namreč navezujeta le na to, da ta sprememba ne spreminja splošne narave zadevne koncesije in da njen znesek ne presega določenih mejnih vrednosti, pri tem pa ni nobenega neposrednega ali posrednega sklicevanja na obstoj postopka prvotne podelitve te koncesije na podlagi javnega razpisa.
- 53 Drugič, iz nobenega elementa konteksta, v katerega se umešča člen 43(1)(c) Direktive 2014/23, ni mogoče šteti, da koncesije, ki so bile podeljene subjektu *in house*, ni mogoče spremeniti brez novega postopka podelitve, če je prišlo do nepredvidljivih okoliščin v smislu tega člena 43(1)(c)(i), če koncesionar na dan zadevne spremembe nima več statusa subjekta *in house*.
- 54 Natančneje, takega pristopa naj ne bi bilo mogoče utemeljiti z elementom konteksta, ki ga zagotavlja člen 43(1)(d)(ii) Direktive 2014/23, katerega vsebina je v bistvu enaka vsebini člena 72(1)(d)(ii) Direktive 2014/24, kot ga je Sodišče razložilo v sodbi z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), ki jo navaja predložitveno sodišče. Ta člen 43(1)(d)(ii) določa, da se koncesija lahko spremeni brez novega postopka podelitve, če prvotnega koncesionarja zamenja nov koncesionar, med drugim iz razloga, da drug koncesionar prevzame prvotnega koncesionarja, če ta drugi koncesionar izpolnjuje prvotno določene pogoje za ugotavljanje sposobnosti in če to ne vključuje drugih bistvenih sprememb pogodbe in ni namenjeno obidu Direktive 2014/23.
- 55 Res je Sodišče iz besedila člena 72(1)(d)(ii) Direktive 2014/24 izpeljalo, da je takšna zamenjava izvajalca mogoče le, če je bilo zadevno javno naročilo predmet postopka prvotne oddaje v skladu z zahtevami iz te direktive, in da zato novi izvajalec ne more zamenjati prvotnega izvajalca brez novega postopka javnega naročanja, če je bilo to naročilo prvotno oddano subjektu *in house* brez javnega razpisa (glej v tem smislu sodbo z dne 12. maja 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, točki 41 in 43).
- 56 To zahtevo, za katero je treba na podlagi člena 43(1)(d)(ii) Direktive 2014/23 šteti, da velja tudi na področju koncesij, vendarle pojasnjuje dejstvo, da če je bila koncesija prvotno podeljena *in house* v smislu, navedenem v točkah 47 in 48 te sodbe, po postopku, ki ni temeljil na pogojih za ugotavljanje sposobnosti, kot so navedeni v členu 38 te direktive, naj bi to, da drugi gospodarski subjekt, ki ni subjekt *in house*, zamenja prvotnega koncesionarja, pomenilo novo podelitev koncesije, za katero bi morala veljati pravila iz navedene direktive.
- 57 Vendar to ne velja v primeru spremembe, kakršna je sprememba iz postopka v glavni stvari, ki se – ker se nanaša na vzpostavitev, vzdrževanje in upravljanje operativne infrastrukture za hitro polnjenje električnih vozil na zadevnih počivališčih – ne nanaša na to, da je koncesionar leta 1998 izgubil status subjekta *in house*, temveč na predmet koncesije, in ki torej ne spada na področje uporabe člena 43(1)(d) Direktive 2014/23.
- 58 Kar zadeva tudi kontekst, v katerega je umeščen člen 43(1)(c) Direktive 2014/23, drži, da se v skladu z uvodnim stavkom tega odstavka 1 koncesije lahko spremenijo brez „novega postopka podelitve koncesije v skladu s to direktivo“. Vendar iz tega stavka ni mogoče izpeljati, da naj bi se

člen 43 navedene direktive uporabljal le za spremembe koncesij, ki so bile prvotno podeljene v skladu z isto direktivo. V skladu s sodno prakso, navedeno v točkah 49 in 50 te sodbe, lahko namreč spremembe koncesije, izvedene po roku za prenos Direktive 2014/23, spadajo na področje uporabe tega člena 43, in to tudi če se ta direktiva v skladu z njenim členom 54, drugi odstavek, ne uporablja za podeljevanje koncesij, ponujenih ali podeljenih pred 17. aprilom 2014, torej ne po postopku podelitve v skladu z navedeno direktivo. Z navedenim stavkom se torej zahteva le, da do spremembe koncesije, če ne spada v enega od primerov, ki so naštetih v tem členu 43, pride po končanem postopku podelitve, ki se izvede v skladu s to direktivo.

- 59 Tretjič, glede cilja člena 43(1)(c) Direktive 2014/23 je iz uvodne izjave 76 te direktive razvidno, da je namen te določbe javnim naročnikom dati določeno prožnost, da lahko veljavno koncesijo prilagodijo zunanjim okoliščinam, ki jih ob podelitvi te koncesije niso mogli predvideti, zlasti kadar se ta koncesija izvaja dlje. Izključitev primerov, v katerih je bila koncesija prvotno podeljena subjektu *in house* in koncesionar na dan spremembe predmeta te koncesije nima več tega statusa, s področja uporabe navedene določbe pa bi omejila možnost izvajanja te prožnosti iz razloga, ki ne izhaja niti iz besedila niti iz konteksta te določbe in za katerega v teh okoliščinah ni mogoče šteti, da odraža voljo zakonodajalca Unije.
- 60 Iz navedenih preudarkov izhaja, da je treba člen 43(1)(c) Direktive 2014/23 razlagati tako, da se koncesija, če so pogoji iz te določbe izpolnjeni, lahko spremeni brez novega postopka podelitve, tudi kadar je bila ta koncesija prvotno podeljena subjektu *in house* brez javnega razpisa in je sprememba predmeta navedene koncesije izvedena na dan, ko koncesionar nima več statusa subjekta *in house*.

– Vpliv zakonitosti prvotne podelitve zadevne koncesije

- 61 Vseeno je treba preučiti, ali je, kot v bistvu trdita družba Fastned in Komisija, uporaba člena 43(1)(c) Direktive 2014/23 pogojena z zakonitostjo prvotne podelitve koncesije z vidika prava Unije. Predložitveno sodišče v zvezi s tem ugotavlja, da je na podlagi člena 135(2) GWB, s katerim je člen 2f(1) Direktive 89/665 prenesen v nemško pravo, rok za vložitev pravnega sredstva zoper akte v zvezi s tem že zdavnaj potekel. Zato je treba ugotoviti, ali morajo države članice nacionalnim sodiščem omogočiti, da posredno in na zahtevo preverijo zakonitost prvotne podelitve koncesije v okviru tožbe za razglasitev ničnosti spremembe te koncesije, kadar to tožbo vložijo gospodarski subjekt, ki izkaže interes za dodelitev le dela te koncesije, ki je spremenjena, in to po poteku roka, ki je določen za vložitev direktne tožbe za razglasitev ničnosti te prvotne podelitve.
- 62 Kot izhaja iz uvodne izjave 81 Direktive 2014/23 in člena 1(1), četrti pododstavek, Direktive 89/665, slednja direktiva določa pravila, ki jih morajo države članice spoštovati, da zagotovijo, da je zoper odločbe naročnikov mogoče vložiti učinkovita pravna sredstva.
- 63 Spomniti pa je treba, prvič, da je namen Direktive 89/665 zagotoviti polno spoštovanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva in dostopa do neodvisnega in nepristranskega sodišča iz člena 47, prvi in drugi odstavek, Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, na posebnem področju javnih naročil in koncesij (glej v tem smislu sodbo z dne 7. septembra 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, točka 128). Za uresničitev tega cilja člen 1(3) te direktive državam članicam nalaga, da zagotovijo, da so revizijski postopki na voljo vsaj vsaki osebi, ki ima ali je imela interes za pridobitev določenega javnega naročila ali koncesije in ki ji je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi ji lahko nastala škoda, ne glede na to, ali gre za formalni

status ponudnika ali kandidata (glej v tem smislu sodbi z dne 11. januarja 2005, Stadt Halle in RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, točka 40, in z dne 14. maja 2020, T-Systems Magyarország, C-263/19, EU:C:2020:373, točka 50).

- 64 Iz tega izhaja, da se s pravico gospodarskega subjekta do vložitve pravnega sredstva, kot je zagotovljena z Direktivo 89/665, zahteva, da predloži dokaz o interesu za podelitev zadevne koncesije v okviru novega postopka podelitve te koncesije (sodba z dne 2. septembra 2021, Sisal in drugi, C-721/19 in C-722/19, EU:C:2021:672, točka 59).
- 65 Poleg tega, Direktiva 89/665 sicer državam članicam ne prepoveduje, da določijo pravna sredstva za osebe, ki niso navedene v členu 1(3) te direktive, vendar ta direktiva tem državam ne nalaga take obveznosti, kar je, kot je generalni pravobranilec navedel v točki 86 in opombi 61 sklepnih predlogov, potrjeno z uvodno izjavo 122 Direktive 2014/24 (glej v tem smislu sodbo z dne 26. marca 2020, Hungeod in drugi, C-496/18 in C-497/18, EU:C:2020:240, točki 74 in 80).
- 66 Drugič, člen 1(1), četrti pododstavek, Direktive 89/665 določa, da se v državah članicah zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev naročnikov na področju javnih naročil ali koncesij, ki bi lahko kršile pravo Unije ali nacionalne predpise o prenosu tega prava.
- 67 V zvezi s tem je namen določitve razumnih prekluzivnih rokov za revizijo, kot so ti, ki jih nacionalno pravo določa na podlagi člena 2f Direktive 89/665, to, da se v interesu pravne varnosti zagotovi, da po poteku teh rokov ni več mogoče izpodbijati odločitve naročnika ali uveljavljati nezakonnosti v postopku oddaje javnega naročila. Določitev teh rokov je združljiva s temeljno pravico do učinkovitega sodnega varstva in načeloma izpolnjuje zahtevo po učinkovitosti, ki izhaja iz Direktive 89/665 (glej v tem smislu sodbi z dne 12. decembra 2002, Universale-Bau in drugi, C-470/99, EU:C:2002:746, točki 76 in 79, in z dne 11. septembra 2014, Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, točka 58).
- 68 Poleg tega iz sodne prakse izhaja, da tudi kadar nacionalno pravo določa v korist nadzornega organa revizijski postopek, na podlagi katerega se lahko posredno ugotovijo kršitve predpisov na področju javnih naročil z namenom izreka denarnih sankcij zadevnim izvajalcem, načelo pravne varnosti, ki na podlagi prava Unije zavezuje vsak nacionalni organ, ki mora to pravo uporabljati, nasprotuje temu, da bi se tak postopek lahko začel po poteku rokov, določenih z nacionalnim pravom, ki se uporablja na dan aktov, katerih nezakonnost se zatrjuje, (glej v tem smislu sodbo z dne 26. marca 2020, Hungeod in drugi, C-496/18 in C-497/18, EU:C:2020:240, točki 90 in 102).
- 69 Iz tega sledi, da niti člen 43(1)(c) Direktive 2014/23 niti Direktiva 89/665 državam članicam ne nalagata, da zagotovijo, da nacionalna sodišča posredno in na zahtevo preverijo zakonitost prvotne podelitve koncesije v okviru zahtevka za razglasitev ničnosti spremembe te koncesije, kadar ta zahtevek po poteku vsakršnega roka, ki ga nacionalno pravo določa na podlagi člena 2f Direktive 89/665 za izpodbijanje te prvotne podelitve, vloži gospodarski subjekt, ki izkaže interes, da se mu podeli le del te koncesije, ki je predmet te spremembe.

– *Pojem spremembe, ki je „potrebna“ zaradi nepredvidljivih okoliščin*

- 70 Predložitveno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe navaja, da čeprav je sprememba iz postopka v glavni stvari „bistvena“ v smislu upoštevne ureditve, je bila ta sprememba potrebna zaradi okoliščin, ki jih javni naročnik ni mogel predvideti, ker med drugim vsaj v zvezi s koncesijskimi pogodbami, sklenjenimi v obdobju med letoma 1996 in 1998, ni mogel predvideti,

da bo obstajala potreba po dodatnih gradnjah in storitvah v obliki vzpostavitve, vzdrževanja ter upravljanja infrastrukture za hitro polnjenje električnih vozil in da bo za vzpostavitev take infrastrukture določena zakonska obveznost.

- 71 V zvezi s tem je iz uvodne izjave 76 Direktive 2014/23 razvidno, da morajo imeti javni naročniki, kadar se znajdejo v nepredvidljivih zunanjih okoliščinah, določeno prožnost, da lahko koncesijo prilagodijo tem okoliščinam, ne da bi začeli novi postopek podelitve.
- 72 Vendar je treba poudariti, da morajo biti, kot izhaja iz člena 43(1)(c) Direktive 2014/23, za spremembo koncesije brez novega postopka podelitve koncesije na podlagi te določbe izpolnjeni trije ločeni pogoji. Prvi od njih, ki je določen v tem členu 43(1)(c)(i), obsega dva elementa, od katerih se prvi nanaša na nastanek okoliščin, ki jih skrben javni naročnik ni mogel predvideti, drugi pa na to, da je zaradi teh okoliščin potrebna sprememba zadevne koncesije. Z drugim pogojem, ki je določen v navedenem členu 43(1)(c)(ii), se zahteva, da zadevna sprememba ne spreminja splošne narave zadevne koncesijske pogodbe. Tretji od teh pogojev, ki je naveden v istem členu 43(1)(c)(iii), načeloma nalaga, da povečanje zneska te pogodbe ne presega 50 % zneska prvotne koncesijske pogodbe.
- 73 V tem okviru je treba v zvezi s prvim od teh pogojev pojasniti, da v nasprotju s tem, kar se zdi, da meni predložitveno sodišče, ni mogoče šteti, da je sprememba koncesije „potrebna“ zgolj zato, ker njena pogodbeni določila ne zajemajo položaja, ki izhaja iz nastalih nepredvidljivih okoliščin.
- 74 Kot je namreč razvidno iz prvih dveh stavkov uvodne izjave 76 Direktive 2014/23, je namen prožnosti, ki jo imajo javni naročniki na podlagi člena 43(1)(c) te direktive, ohraniti izvajanje prvotne koncesije in torej pravilno izpolnjevanje obveznosti, ki iz nje izhajajo.
- 75 Zato je za to, da bi se štelo, da je sprememba koncesije „potrebna“ zaradi nastanka nepredvidljivih okoliščin, potrebno tudi, da te okoliščine zahtevajo prilagoditev prvotne koncesije, da se lahko zagotovi nadaljnja pravilna izpolnitev obveznosti, ki iz nje izhajajo.
- 76 Poleg tega, kot je bilo opozorjeno v točki 72 te sodbe, spremembe predmeta prvotne koncesije zaradi nepredvidljivih okoliščin ni mogoče utemeljiti na podlagi člena 43(1)(c) Direktive 2014/23, če spreminja splošno naravo te koncesije. Kot izhaja iz uvodne izjave 76 te direktive, to velja zlasti, če se gradnje, ki jih je treba izvesti, ali storitve, ki jih je treba opraviti, nadomestijo z drugimi ali če se bistveno spremeni vrsta koncesije.
- 77 Iz tega sledi, da člen 43(1)(c) Direktive 2014/23 omogoča spremembo, ki se nanaša na razširitev predmeta prvotne koncesije, če, prvič, je zaradi nastanka nepredvidljivih okoliščin med podelitvijo te koncesije ta sprememba potrebna za ohranitev pravilne izpolnitve obveznosti, ki izhajajo iz navedene koncesije, in drugič, če gradnje ali storitve, na katere se nanaša ta razširitev, ob upoštevanju njihovega obsega ali njihovih posebnosti glede na gradnje ali storitve, ki so bile predmet iste koncesije, ne spreminjajo splošne narave te koncesije.
- 78 Predložitveno sodišče mora poleg tega, da se prepriča o spoštovanju tretjega pogoja, navedenega v točki 72 te sodbe, ugotoviti, ali sprememba iz postopka v glavni stvari izpolnjuje merili, ki sta navedeni v prejšnji točki te sodbe.
- 79 Če bi predložitveno sodišče ugotovilo, da ta sprememba ne izpolnjuje vseh pogojev iz člena 43(1)(c) Direktive 2014/23, bi moralo še preučiti, ali navedena sprememba lahko izpolnjuje pogoje, ki so določeni v tem členu 43(1)(b).

- 80 V zvezi s tem bi morale navedeno sodišče med drugim v skladu z navedenim členom 43(1)(b)(i) in (ii) preveriti, ali gradnje oziroma storitve, na katere se nanaša sprememba iz postopka v glavni stvari, ne morejo biti – z gospodarskega in tehničnega vidika ter ne da bi se javnemu naročniku povzročile velike nevšečnosti ali povečanje stroškov – predmet samostojne koncesije, ki se podeli na podlagi razpisnega postopka.
- 81 Dodati je treba, da v skladu z navedbami predložitvenega sodišča člen 5(3), prvi stavek, SchnellLG sicer določa, da je treba imetniku koncesije za upravljanje spremljajočega objekta z bencinsko črpalko na nemških zveznih avtocestah ponuditi, da v okviru lastne pridobitne dejavnosti prevzame vzpostavitev, vzdrževanje in upravljanje mest za hitro polnjenje električnih vozil, načrtovanih na zadevni lokaciji. Vendar navedeno sodišče tudi navaja, da v skladu s to določbo obveznost javnega naročnika, da temu imetniku ponudi, da prevzame gradnjo in s tem povezane storitve, obstaja le, če del 4 GWB, s katerim so v nemško pravo prenesene določbe Direktive 2014/23, temu ne nasprotuje.
- 82 Iz vseh zgornjih preudarkov izhaja, da je treba na postavljeno vprašanje odgovoriti, da je treba člen 43(1)(c) Direktive 2014/23 razlagati tako, da:
- se lahko koncesija, če so pogoji iz te določbe izpolnjeni, spremeni brez novega postopka podelitve, tudi če je bila ta koncesija prvotno podeljena subjektu *in house* brez javnega razpisa in se predmet navedene koncesije spremeni na dan, ko koncesionar nima več statusa subjekta *in house*;
 - državam članicam ne nalaga, da zagotovijo, da nacionalna sodišča posredno in na zahtevo preverijo zakonitost prvotne podelitve koncesije v okviru zahtevka za razglasitev ničnosti spremembe te koncesije, kadar ta zahtevek po poteku vsakršnega roka, ki ga nacionalno pravo določa na podlagi člena 2f Direktive 89/665 za izpodbijanje te prvotne podelitve, vloži gospodarski subjekt, ki izkaže interes, da se mu podeli le del te koncesije, ki je predmet te spremembe;
 - je sprememba koncesije „potrebna“ v smislu tega člena 43, če nepredvidljive okoliščine zahtevajo prilagoditev prvotne koncesije, da se zagotovi nadaljnje pravilno izvajanje te koncesije.

Stroški

- 83 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (veliki senat) razsodilo:

Člen 43(1)(c) Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb

je treba razlagati tako, da

- **se lahko koncesija, če so pogoji iz te določbe izpolnjeni, spremeni brez novega postopka podelitve, tudi če je bila ta koncesija prvotno podeljena subjektu *in house* brez javnega**

razpisa in se predmet navedene koncesije spremeni na dan, ko koncesionar nima več statusa subjekta *in house*;

- **državam članicam ne nalaga, da zagotovijo, da nacionalna sodišča posredno in na zahtevo preverijo zakonitost prvotne podelitve koncesije v okviru zahtevka za razglasitev ničnosti spremembe te koncesije, kadar ta zahtevk po poteku vsakršnega roka, ki ga nacionalno pravo določa na podlagi člena 2f Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23, za izpodbijanje te prvotne podelitve, vloži gospodarski subjekt, ki izkaže interes, da se mu podeli le del te koncesije, ki je predmet te spremembe;**
- **je sprememba koncesije „potrebna“ v smislu tega člena 43, če nepredvidljive okoliščine zahtevajo prilagoditev prvotne koncesije, da se zagotovi nadaljnje pravilno izvajanje te koncesije.**

Podpisi