

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 29 april 2025 (*)

” Begäran om förhandsavgörande – Koncessioner – Koncessioner som tilldelats en in house-enhet – Direktiv 2014/23/EU – Artikel 43.1 c – Ändring av koncessionen vid en tidpunkt då koncessionshavaren inte längre utgör en in house-enhet – Behov av ändring som ’uppstått’ till följd av oförutsebara omständigheter – Direktiv 89/665/EEG – Indirekt prövning av den ursprungliga tilldelningen av en koncession ”

I mål C-452/23,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) genom beslut av den 16 juni 2023, som inkom till domstolen den 19 juli 2023, i målet

Fastned Deutschland GmbH & Co. KG,

mot

Die Autobahn GmbH des Bundes,

ytterligare deltagare i rättegången:

Autobahn Tank & Rast GmbH,

Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, avdelningsordförandena F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, I. Jarukaitis, M.L. Arastey Sahún, S. Rodin, A. Kumin, N. Jääskinen och D. Gratsias (referent) samt domarna E. Regan, I. Ziemele och J. Passer,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren N. Mundhenke,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 juli 2024,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Fastned Deutschland GmbH & Co. KG, genom R. Ader, P. Friton och F. Wolf, Rechtsanwälte,
- Die Autobahn GmbH des Bundes, genom C. Bauer, N. Schleper och F. Siebler, Rechtsanwälte,
- Autobahn Tank & Rast GmbH och Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, genom H.-G. Kamann och M. Schweda, Rechtsanwälte,
- Tysklands regering, genom J. Möller, R. Kanitz och P.-L. Krüger, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom B. De Meester och G. Wils, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 17 oktober 2024 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 72.1 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Fastned Deutschland GmbH & Co. KG (nedan kallat Fastned) och, å andra sidan, Die Autobahn GmbH des Bundes. Målet rör ändring av koncessionsavtal om drift av serviceanläggningar vid tyska federala motorvägar så att dessa även omfattar uppförande, underhåll och drift av snabbladdningsinfrastruktur för motorfordon.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2014/23/EU

- 3 Skälen 8, 18, 75, 76 och 81 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1) har följande lydelse:

”(8) För koncessioner med eller över ett visst värde är det dock lämpligt att föreskriva en lägsta grad av samordning av nationella förfaranden vid tilldelning av sådana kontrakt i enlighet med EUF-fördragets principer, för att garantera att koncessioner öppnas för konkurrens och skapa rättssäkerhet. Dessa samordningsbestämmelser bör inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ovan nämnda mål och för att trygga ett visst mått av flexibilitet. ...

...

(18) ... Det viktigaste kännetecknet för en koncession, rätten att utnyttja ett byggnadsverk eller en tjänst, innebär alltid en överföring till koncessionshavaren av en verksamhetsrisk av ekonomisk art som innebär att denne kanske inte kommer att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av tjänster under normala verksamhetsförhållanden även om en del av risken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten. Tillämpningen av särskilda regler för tilldelning av koncessioner skulle inte vara berättigad om den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten kompenserade den ekonomiska aktörens eventuella förluster genom att garantera en minimiintäkt som motsvarar eller är högre än de gjorda investeringarna och de kostnader som denne måste ta på sig i samband med kontraktets utförande. ...

...

(75) Koncessioner innefattar normalt långsiktiga och komplexa tekniska och finansiella arrangemang som ofta är föremål för ändrade omständigheter. Det är därför nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av en koncession under dess utförande kräver ett nytt koncessionstilldelningsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol. Ett nytt koncessionsförfarande krävs vid materiella ändringar av den ursprungliga koncessionen, särskilt i fråga om omfattningen och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla väsentliga koncessionsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet. Ändringar av koncessionen som leder till smärre förändringar av koncessionsvärdet upp till ett visst värde bör alltid vara möjliga utan att ett nytt förfarande för tilldelning av koncessioner måste genomföras. I detta syfte och för att garantera rättslig säkerhet

bör detta direktiv föreskriva tröskelvärden under vilka ett nytt tilldelningsförfarande inte krävs. Ändringar av koncessionen som överstiger dessa tröskelvärden bör gå att göra utan att ett nytt tilldelningsförfarande måste genomföras i den mån ändringarna överensstämmer med vissa villkor. Det kan exempelvis gälla för ändringar som har blivit nödvändiga till följd av att upphandlande myndigheters eller upphandlande enheters säkerhetskrav måste uppfyllas och med hänsyn till vissa verksamheters särdrag, exempelvis drift av sportanläggningar i bergsområden och turistanläggningar, där lagstiftningen kan utvecklas med hänsyn till riskerna, i den mån ändringarna överensstämmer med de relevanta villkoren i detta direktiv.

- (76) Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter kan ställas inför yttre omständigheter som de inte hade kunnat förutse när de tilldelade koncessionen, särskilt när utförandet av koncessionen sker under en längre tidsperiod. I sådana fall behövs det en viss flexibilitet för att koncessionen ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt tilldelningsförfarande. Begreppet oförutsebara omständigheter avser omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten har visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen med hänsyn till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper, god praxis på det berörda området samt behovet av att säkerställa ett lämpligt förhållande mellan de resurser som ägnas åt att förbereda kontraktstilldelningen och dess förutsebara värde. Detta kan dock inte tillämpas i de fall då en ändring leder till att den övergripande koncessionen får en annan karaktär, exempelvis genom att de byggtreprenader som ska utföras eller de tjänster som ska tillhandahållas ersätts med något annat eller genom att i grunden förändra typen av koncession, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats. ...

...

- (81) För att säkerställa ett lämpligt rättsligt skydd för anbudssökande och anbudsgivare i koncessionstilldelningsförfaranden samt en effektiv kontroll av att detta direktiv och principerna i EUF-fördraget efterlevs, bör rådets direktiv [89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva; område 6, volym 3, s. 48)] och [92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127] också gälla för tjänstekoncessioner och byggkoncessioner som tilldelas av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter. Direktiven [89/665] och [92/13] bör därför ändras i enlighet med detta.”

- 4 Artikel 2 i direktiv 2014/23 har rubriken ”Principen om myndigheters självstyre”. I artikel 2.1 föreskrivs följande:

”I detta direktiv erkänns principen om nationella, regionala och lokala myndigheters självstyre i överensstämmelse med nationell rätt och unionsrätt. Dessa myndigheter är fria att besluta om hur utförande av byggtreprenader eller tillhandahållande av tjänster bäst sker, särskilt för att säkerställa en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter när det gäller offentliga tjänster.

Dessa myndigheter får därför välja att utföra sina uppgifter av allmänintresse med egna resurser eller i samarbete med andra myndigheter eller genom att delegera dem till ekonomiska aktörer.”

- 5 I artikel 5 i det direktivet, med rubriken ”Definitioner”, föreskrivs följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

1. *koncession*: byggkoncession eller tjänstekoncession, enligt definitionerna i leden a och b:
 - a) *byggkoncession*: skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för arbetet endast

utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

- b) *tjänstekoncession*: skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtro tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggentreprenad enligt led a till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Tilldelningen av en byggkoncession eller tjänstekoncession innefattar att verksamhetsrisken vid utnyttjandet av dessa byggnadsverk eller tjänster, som omfattar efterfrågerisken eller utbudsriskerna eller båda, överförs till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nyckler, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara.

...”

- 6 I artikel 17 i direktivet, med rubriken ”Koncessioner mellan enheter i den offentliga sektorn”, föreskrivs följande i punkt 1:

”En koncession som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 7.1 a tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.
- b) Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den kontrollerande upphandlande myndighetens eller upphandlande enhetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten utövar kontroll över.
- c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i det kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

En upphandlande myndighet eller upphandlande enhet enligt artikel 7.1 a ska anses utöva kontroll över en juridisk person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning i den mening som avses i led a i denna punkt om myndigheten eller enheten har ett avgörande inflytande över både den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som själv kontrolleras på samma sätt av den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten.”

- 7 Avdelning II i direktiv 2014/23 har rubriken ”Bestämmelser om tilldelning av koncessioner: allmänna principer och förfarandegarantier”. Den avdelningen innehåller bland annat artikel 38 med rubriken ”Urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande”. I artikel 38.1 föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska kontrollera villkoren för deltagande i fråga om anbudssökandenas och anbudsgivarnas yrkesmässiga och tekniska kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning, på grundval av egen försäkran eller referenser som ska lämnas in som bevis enligt kraven i koncessionsmeddelandet, vilka ska vara icke-diskriminerande och stå i proportion till föremålet för koncessionen. Villkoren för deltagande ska ha samband med och vara proportionerliga till behovet av att se till att koncessionshavaren har förmåga att utföra koncessionen, med hänsyn till föremålet för koncessionen och syftet att säkerställa verklig konkurrens.”

8 Avdelning III i direktivet, med rubriken ”Bestämmelser om utförande av koncessioner”, innehåller bland annat artikel 43, med rubriken ”Ändringar av kontrakt under löptiden”, som har följande lydelse:

”1. Koncessioner får ändras utan ett nytt koncessionstilldelningsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

...

b) För kompletterande byggtreprenader eller tjänster från den ursprungliga koncessionshavaren vilka har blivit nödvändiga och som inte ingår i den ursprungliga koncessionen, i de fall ett byte av koncessionshavare

i) inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl, såsom krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som anskaffats inom ramen för den ursprungliga koncessionen, och

ii) skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten.

För koncessioner som tilldelas av en upphandlande myndighet för bedrivande av en annan verksamhet än de verksamheter som avses i bilaga II får en värdeökning dock inte överstiga 50 % av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning gälla för värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar bör inte syfta till att kringgå detta direktiv.

c) Om samtliga följande villkor är uppfyllda:

i) Behovet av ändring har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet eller upphandlande enhet inte hade kunnat förutse.

ii) Ändringen medför inte att koncessionens övergripande karaktär ändras.

iii) För koncessioner som tilldelas av en upphandlande myndighet för bedrivande av en annan verksamhet än de verksamheter som avses i bilaga II får en värdeökning dock inte överstiga 50 % av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning gälla för värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå detta direktiv.

d) Om den koncessionshavare som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ursprungligen hade tilldelat koncessionen byts ut mot en ny koncessionshavare, till följd av antingen

...

ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv, ...

...

e) Om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4.

...

4. En ändring av en koncession under dess löptid ska anses vara väsentlig i den mening som avses i punkt 1 e om den innebär att koncessionen till sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks. ...

...

5. Ett nytt koncessionstilldelningsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i en koncession under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2.”

9 Artikel 51.1 första stycket i detta direktiv har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 18 april 2016. De ska genast överlämna texten till dessa bestämmelser till [Europeiska] kommissionen.”

10 I artikel 54 andra stycket i samma direktiv föreskrivs följande:

”Detta direktiv får inte tillämpas på tilldelning av koncessioner som omfattades av ett anbudsförfarande eller tilldelades före den 17 april 2014.”

Direktiv 2014/24

11 Skäl 122 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

”Enligt direktiv 89/665/EEG ska vissa provningsförfaranden vara tillgängliga, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse av unionsrätten på området offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt. Dessa provningsförfaranden bör inte påverkas av det här direktivet. Medborgare, berörda parter, vare sig de är organiserade eller inte, och andra personer eller organ som inte har tillgång till provningsförfaranden enligt direktiv 89/665/EEG har emellertid som skattebetalare ett legitimt intresse av att det finns sunda upphandlingsförfaranden. De bör därför ges möjlighet att på annat sätt än genom provningssystemet enligt direktiv 89/655/EEG och utan att det innebär att de nödvändigtvis ges talerätt i domstolar och tribunaler, påtala eventuella överträdelser av det här direktivet till behörig myndighet eller struktur. ...”

12 I artikel 72.1 c och d i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

...

c) Om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- i) Behovet av ändringen har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse.
- ii) Ändringen medför inte att kontraktets övergripande karaktär ändras.
- iii) Eventuella prisökningar är inte högre än 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning tillämpas på värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå detta direktiv.

d) Om den entreprenör som den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör, till följd av antingen

...

- ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv, ...

...”

Direktiv 89/665

- 13 I artikel 1 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2014/23 (nedan kallat direktiv 89/665), med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden” föreskrivs följande:

”1. ...

Detta direktiv ska också tillämpas på sådana koncessioner tilldelade av upphandlande myndigheter som avses i ... direktiv 2014/23/EU ..., såvida inte sådana koncessioner är undantagna i enlighet med artiklarna 10, 11, 12, 17 och 25 i det direktivet.

...

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

...

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

...”

- 14 I artikel 2f.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får föreskriva att en ansökan om prövning i enlighet med artikel 2d.1 ska göras

a) före utgången av minst 30 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att

- den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett meddelande om tilldelning av kontrakt i enlighet med artiklarna 50 och 51 i direktiv 2014/24/EU eller artiklarna 31 och 32 i direktiv 2014/23/EU, under förutsättning att detta meddelande innehåller en motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*, eller
- den upphandlande myndigheten har underrättat de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om kontraktets ingående, under förutsättning att underrättelsen innehåller en ... kortfattad redogörelse för skälen till beslutet ... ;

b) under alla omständigheter före utgången av minst 6 månader räknat från och med dagen efter det att avtalet ingicks.”

Tysk rätt

GWB

- 15 I avdelning 4 i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar) av den 26 juni 2013 (BGBl 2013 I, s. 1750), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad GWB), fastställs regler för offentlig upphandling och koncessioner och omfattar bland annat 132, 135 och 154 §§ GWB.

- 16 I 132 § GWB, med rubriken ”Ändringar av kontrakt under löptiden”, föreskrivs följande:

”1) Väsentliga ändringar av ett offentligt kontrakt under dess löptid kräver ett nytt upphandlingsförfarande. Ändringar är väsentliga om de medför att det offentliga kontraktet kommer att skilja sig väsentligt från det offentliga kontrakt som ursprungligen ingicks. ...

...

2) Utan att det påverkar tillämpningen av första stycket är en ändring av ett offentligt kontrakt tillåten utan genomförande av ett nytt upphandlingsförfarande, om

...

3. ändringen har blivit nödvändig till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte har kunnat förutse, och ändringen inte medför att kontraktets övergripande karaktär ändras ...

...

I de fall som omfattas av första meningen andra och tredje punkterna får värdeökningen inte överstiga 50 procent av kontraktets ursprungliga värde. ...

...”

17 I 135 § GWB, med rubriken ”Ogiltighet”, föreskrivs följande:

”1) Ett offentligt kontrakt är ogiltigt från den tidpunkt då det ingicks, om den upphandlande myndigheten

...

2. har tilldelat kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*, när ett sådant offentliggörande ska ske enligt lag

och det inom ramen för en överprövning har konstaterats att en sådan överträdelse har skett.

2) Ogiltighet enligt första stycket föreligger endast om den har gjorts gällande inom ramen för ett förfarande för överprövning inom 30 kalenderdagar efter det att den upphandlande myndigheten har underrättat de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om kontraktets ingående, dock inte senare än sex månader efter det att kontraktet ingicks. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har offentliggjort ett meddelande om tilldelningen av kontraktet i *Europeiska unionens officiella tidning* löper fristen för att göra ogiltighet gällande ut 30 kalenderdagar efter det att den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett sådant meddelande.

...”

18 154 § GWB med rubriken ”Övriga bestämmelser” har följande lydelse:

”I övrigt ska vid tilldelning av koncessioner följande bestämmelser tillämpas på motsvarande sätt ... :

...

3. 131 § punkterna 1 och 2 och 132 § ...

...

4. 133–135 §§

...”

SchnellLG

- 19 Enligt 5 § 3 första meningen i Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (lagen om tillhandahållande av en snabbladdningsinfrastruktur som omfattar hela territoriet för batteridrivna elfordon) av den 25 juni 2021 (BGBl. 2021 I, s. 2141) (nedan kallad SchnellLG), ska innehavaren av en koncession för att bedriva en serviceanläggning vid de federala motorvägarna, vilken omfattar en tankstation, erbjudas att på egen bekostnad ta över uppförande, underhåll och drift av de på denna plats planerade stationerna för snabbladdning, såvida detta är påbjudet och inte strider mot bestämmelserna i avdelning 4 i GWB.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 20 Die Autobahn des Bundes, som är motpart i det nationella målet, är ett privaträttsligt infrastrukturbolag som är oförytterlig egendom tillhörande Förbundsrepubliken Tyskland. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Förbundsministeriet för transport och digital infrastruktur, Tyskland) har med verkan från och med den första januari 2021 till bolaget överlämnat ansvaret för planering, uppförande, drift, underhåll, finansiering och kapitalförvaltning av de federala motorvägarna.
- 21 Serviceanläggningar, såsom tankstationer och vägrestauranger, finns på mer än 400 rastplatser i motorvägsnätet. Inledningsvis ansvarade Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, som bildades av Förbundsrepubliken Tyskland år 1951, för driften av dessa serviceanläggningar. Under år 1994 bytte bolaget namn till Tank & Rast AG, varvid Förbundsrepubliken Tyskland fortfarande var ensam aktieägare i bolaget. Under samma år förvärvade Tank & Rast Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 22 Under åren 1996–1998 ingick Förbundsrepubliken Tyskland utan föregående anbudsförfarande cirka 280 koncessionsavtal med Tank & Rast om driften av serviceanläggningar vid de federala motorvägarna. Dessa avtal ingicks med en längsta löptid på 40 år.
- 23 Dessa avtal, som alltså är giltiga, har utarbetats på grundval av ett modellavtal för koncessioner enligt vilket koncessionshavaren får uppföra och driva en serviceanläggning för att tillgodose behoven hos användarna av de tyska federala motorvägarna på en viss plats. I gengäld ska koncessionshavaren betala en omsättningsbaserad koncessionsavgift. I koncessionsavtalen ingår ett verksamhetskoncept som föreskriver ett fast antal tankpumpar och parkeringsplatser samt en vägrestaurang och offentliga toaletter. Varje serviceanläggning ska hållas öppen dygnet runt alla dagar.
- 24 År 1998 inledde de tyska myndigheterna ett förfarande för att privatisera Tank & Rast, i vilket cirka 50 intressenter från Tyskland och utlandet deltog. Privatiseringsförfarandet ledde till att ett avtal ingicks med ett konsortium bestående av LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH och tre investment- och fondbolag. Efter en ändring av bolagets firma ombildades Tank & Rast och ersattes av de nuvarande koncessionshavarna Autobahn Tank & Rast GmbH och Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, vilka är intervenienter vid den hänskjutande domstolen.
- 25 Mellan åren 1999 och 2019 tilldelades Autobahn Tank & Rast och Ostdeutsche Autobahntankstellen cirka 80 koncessioner, varav 19 koncessioner enligt dem hade tilldelats dem efter ett anbudsförfarande. Dessa bolag blev således koncessionshavare av cirka 90 procent av alla befintliga serviceanläggningar.
- 26 Den 28 april 2022 kom Die Autobahn des Bundes överens med Autobahn Tank & Rast och Ostdeutsche Autobahntankstellen om att med tillämpning av 5 § 3 SchnellLG, göra ett tillägg till samtliga cirka 360 berörda koncessionsavtal. Enligt nämnda tillägg skulle Autobahn Tank & Rast och Ostdeutsche Autobahntankstellen ansvara för uppförandet, underhållet och driften av en funktionsduglig snabbladdningsinfrastruktur på de berörda rastplatserna, vilket även innebär en skyldighet att hålla ett visst antal laddningspunkter tillgängliga på varje anläggning (nedan kallad den ändring som är i fråga i det nationella målet).
- 27 Die Autobahn des Bundes offentliggjorde ett meddelande om denna ändring i *Tillägg till Europeiska unionens officiella tidning*. Enligt detta meddelande var beslutet att avstå från en anbudsinfördan motiverat enligt 132 § GWB. Tillhandahållande av en snabbladdningsinfrastruktur hade blivit nödvändigt som en tilläggstjänst inom ramen för koncessionsavtalen, vilket inte hade kunnat förutses när dessa ingicks.

- 28 Fastned och Tesla Germany GmbH (nedan kallat Tesla), som driver laddningsinfrastrukturer för elfordon, ansökte vid Vergabekammer des Bundes (Federala nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar, Tyskland) om överprövning av den ändring som är i fråga i det nationella målet. Till stöd för sin ansökan gjorde Fastned och Tesla gällande att ändringen var ogiltig enligt 135 § 1 led 2 GWB, eftersom avtal om den hade ingåtts utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling på unionsnivå. Fastned och Tesla menar att denna ändring inte kan anses ha stöd i 132 § GWB, då denna bestämmelse inte är tillämplig på koncessioner som inte har tilldelats inom ramen för ett upphandlingsförfarande.
- 29 Genom beslut av den 15 juni 2022 avslog den federala nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar Fastneds och Teslas ansökan om överprövning.
- 30 Fastned och Tesla överklagade detta beslut till Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland), som är den hänskjutande domstolen. Till stöd för sitt överklagande gjorde de gällande att 132 § 1 och 132 § 2 GWB inte är tillämplig på en ändring av ett offentligt kontrakt som ursprungligen tilldelats en *in house*-enhet utan anbudsinfordran. De anser att en sådan slutsats gäller i än högre grad när det är fråga om en koncession som ursprungligen tilldelats utan anbudsinfordran inför en privatisering av koncessionshavaren och således i strid med tillämpliga bestämmelser på området.
- 31 Enligt den hänskjutande domstolen är den enda avgörande faktorn för att avgöra det mål som är anhängigt vid den huruvida den ändring som är i fråga i det nationella målet omfattas av 135 § 1 led 2 GWB och därmed är ogiltig.
- 32 Den hänskjutande domstolen anser att de materiella villkoren i 132 § 2 led 3 GWB är uppfyllda. För det första kunde den upphandlande myndigheten nämligen inte, i vart fall vad gäller de koncessionsavtal som ingicks under perioden 1996–1998, förutse behovet av snabbbladdningsinfrastruktur på de tyska federala motorvägarnas rastplatser eller införandet av en lagstadgad skyldighet att inrätta sådan infrastruktur. För det andra medför ändringen inte att koncessionens övergripande karaktär ändras. För det tredje ökade inte värdet av det ursprungliga kontraktet med mer än 50 procent.
- 33 Den hänskjutande domstolen anser emellertid att det är oklart huruvida 132 § 2 led 3 GWB, som syftar till att införliva artikel 72.1 c i direktiv 2014/24 med den tyska rättsordningen, är tillämplig på ändringar av kontrakt som ingåtts utanför tillämpningsområdet för avdelning 4 GWB med en *in house*-enhet hos den upphandlande myndigheten, när kriterierna för *in house*-tilldelning vid tidpunkten för denna ändring inte längre var uppfyllda, eftersom koncessionshavarens kapital numera till 100 procent ägs av privata investerare.
- 34 Detta är enligt den hänskjutande domstolen avgörande för utgången i det nationella målet, eftersom den anser att den aktuella ändringen är ”väsentlig” i den mening som avses i 132 § 1 första meningen GWB. Det är således av betydelse huruvida 132 § 2 led 3 jämförd med 154 § led 3 GWB gjorde det möjligt för den upphandlande myndigheten att ingå avtal om denna ändring med Autobahn Tank & Rast och Ostdeutsche Autobahntankstellen utan att inleda ett nytt tilldelningsförfarande. Ett tydligt svar på denna fråga framgår emellertid inte med säkerhet vare sig av ordalydelsen i artikel 72 i direktiv 2014/24 eller av domstolens praxis.
- 35 Den hänskjutande domstolen har i detta avseende bland annat påpekat att punkterna 41–43 i domen av den 12 maj 2022, Comune di Lerici (C-719/20, EU:C:2022:372), skulle kunna förstås så, att de kontrakt som ursprungligen tilldelats en *in house*-enhet generellt sett ska undantas från tillämpningsområdet för artikel 72 i direktiv 2014/24, och således artikel 72.1 c, som är den relevanta bestämmelsen i förevarande fall, när villkoren för *in house*-tilldelning inte längre är uppfyllda vid tidpunkten för ändringen av ett sådant kontrakt.
- 36 Den hänskjutande domstolen anser emellertid att det saknar betydelse för tillämpningen av artikel 72 i direktiv 2014/24 huruvida den ursprungliga tilldelningen av de berörda koncessionerna, mellan åren 1996 och 1998, var förenlig med bestämmelserna om offentlig upphandling eller huruvida privatiseringen av Tank & Rast, som ägde rum under år 1998, utgjorde en väsentlig ändring av koncessionerna. Den sexmånadersfrist som föreskrivs i 135 § 2 GWB för att införliva artikel 2f.1 i

direktiv 89/665 med den tyska rättsordningen har nämligen sedan länge löpt ut. Syftet med denna preklusionsfrist, det vill säga att säkerställa rättssäkerheten, skulle motverkas om lagenligheten av tilldelningen av det ursprungliga kontraktet eller av ändringar som gjorts före utgången av nämnda frist kunde ifrågasättas efter detta datum, i samband med en begäran om ogiltigförklaring av en senare ändring av det aktuella kontraktet.

- 37 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 72.1 c i direktiv 2014/24 tolkas så, att dess tillämpningsområde även omfattar sådana offentliga kontrakt som tidigare tilldelats en *in house*-enhet utanför tillämpningsområdet för direktiv 2014/24, om villkoren för tilldelning till en *in house*-enhet inte längre är uppfyllda vid tidpunkten för en ändring av kontraktet?”

Förfarandet vid domstolen

- 38 I enlighet med artikel 16 tredje stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol begärde Förbundsrepubliken Tyskland den 25 mars 2024 att förevarande mål skulle avgöras av stora avdelningen, vilket domstolen noterade den 4 juni 2024.

- 39 Den 17 juli 2024 underrättade den hänskjutande domstolen EU-domstolen om att Tesla hade återkallat sitt överklagande i det nationella målet.

Prövning av tolkningsfrågan

Inledande synpunkter

- 40 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i hur artikel 72.1 c i direktiv 2014/24, som avser offentlig upphandling, ska tolkas.

- 41 Det ska i detta hänseende påpekas att frågan huruvida en transaktion ska kvalificeras som ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i direktiv 2014/24, eller som en ”koncession” i den mening som avses i direktiv 2014/23, uteslutande ska bedömas mot bakgrund av unionsrätten (dom av den 15 oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, punkt 38).

- 42 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen bland annat angett dels att de avtal som berörs av den ändring som är aktuell i det nationella målet ger Autobahn Tank & Rast och Ostdeutsche Autobahntankstellen rätt att uppföra och driva serviceanläggningar för att tillgodose behoven hos användarna av de tyska federala motorvägarna, dels att dessa bolag som motprestation ska betala en koncessionsavgift som står i proportion till deras omsättning.

- 43 Redan före antagandet av direktiv 2014/23 medgavs att den omständigheten att ersättningen till en upphandlande myndighets avtalspart inte härrör från den berörda offentliga myndigheten, utan från de avgifter som tredje man betalar för användningen av den aktuella byggtreprenaden eller de aktuella tjänsterna, innebär att tjänsteleverantören tar på sig den därmed förenade verksamhetsrisken, vilket är kännetecknande för en koncession och inte ett offentligt kontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punkt 40). Detta kriterium för att skilja mellan en koncession och ett offentligt kontrakt, som beskrivs i skäl 18 i direktiv 2014/23, kommer hädanefter till uttryck i artikel 5.1 i direktivet.

- 44 Mot bakgrund av de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat ska det följaktligen, i likhet med vad generaladvokaten har påpekat i punkt 32 i sitt förslag till avgörande, anses att det nationella målet avser koncessionsavtal och att den hänskjutande domstolen i detta sammanhang har ställt frågor till EU-domstolen om tolkningen av artikel 43.1 c i direktiv 2014/23, i vilken det fastställs på vilka villkor en koncession får ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande, till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte hade kunnat förutse och vars lydelse i huvudsak är identisk med lydelsen i artikel 72.1 c i direktiv 2014/24.

45 Den hänskjutande domstolen ska således anses ha ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 ska tolkas så, att om villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, får en koncession ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande, även om koncessionen har tilldelats en *in house*-enhet utan anbudsinfordran och ändringen av koncessionen görs vid en tidpunkt då koncessionshavaren inte längre har en ställning som *in house*-enhet.

Villkoren för tillämpning av artikel 43.1 c i direktiv 2014/23

– *Betydelsen av att koncessionshavaren förlorar sin ställning som in house-enhet mellan dagen för tilldelningen av den aktuella koncessionen och dagen för ändringen av densamma*

46 För att besvara den ställda frågan är det nödvändigt att precisera dels räckvidden av de unionsbestämmelser som reglerar tilldelningen av en koncession till en *in house*-enhet, dels följderna, med avseende på tillämpningen av dessa bestämmelser, av att koncessionshavaren, under utförandet av den aktuella koncessionen, förlorar sin ställning som *in house*-enhet.

47 För det första hade en offentlig myndighet, redan innan direktiv 2014/23 antogs, möjlighet att med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation (dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 48). I fråga om koncessioner föreskrivs och preciseras denna möjlighet numera i artikel 2, med rubriken ”Principen om myndigheternas självstyre”, i direktiv 2014/23.

48 Det var således uteslutet att tillämpa unionsbestämmelserna om koncessioner om den kontroll som den upphandlande myndigheten utövade över koncessionshavaren motsvarade den kontroll som den upphandlande myndigheten utövade över sin egen förvaltning och om koncessionshavaren bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndighet som innehar den (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punkt 62, och dom av den 15 oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, punkt 51). När det är fråga om en sådan *in house*-tilldelning anses den upphandlande myndigheten använda sig av sina egna resurser så snart som koncessionshavaren, även om denne förvisso juridiskt sett är fristående i förhållande till myndigheten, i praktiken kan anses utgöra en del av den upphandlande myndighetens interna förvaltning. I sådana fall är ett anbudsförfarande inte nödvändigt (se, analogt, dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 36, och dom av den 12 maj 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punkt 33). Dessa principer kommer numera till uttryck och preciseras i artikel 17 i direktiv 2014/23, i vilken det anges på vilka villkor en koncession mellan enheter i den offentliga sektorn inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

49 För det andra ska det påpekas att den unionslagstiftning som ska ligga till grund för bedömningen av en ändring, i händelse av en väsentlig ändring av ett koncessionsavtal, är den som är i kraft vid den tidpunkt då ändringen görs. Den omständigheten att det ursprungliga koncessionsavtalet ingicks innan unionsbestämmelserna på området antogs har inte några konsekvenser i detta avseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2018, Stanley International Betting och Stanleybet Malta, C-375/17, EU:C:2018:1026, punkterna 34 och 35, och dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl., C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 28).

50 Härav följer att det är mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv 2014/23 som det ska prövas huruvida den ändring som är i fråga i det nationella målet, vilken genomfördes efter den 18 april 2016, det vill säga sista dagen för införlivande av detta direktiv i enlighet med artikel 51.1 första stycket i direktivet, krävde ett nytt tilldelningsförfarande (se, analogt, dom av den 12 maj 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

51 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 55 i sitt förslag till avgörande får en ändring av ett koncessionsavtal, om koncessionshavaren vid tidpunkten för ändringen uppfyller villkoren i artikel 17 i direktiv 2014/23, under alla omständigheter genomföras utan ett nytt tilldelningsförfarande och oberoende av de villkor som föreskrivs i artikel 43 i direktivet. Om koncessionshavaren vid denna tidpunkt däremot inte längre uppfyller de villkor som föreskrivs i nämnda artikel 17 – en situation som den hänskjutande domstolen söker klarhet i genom begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen –

får ändringen endast genomföras utan ett nytt tilldelningsförfarande om villkoren i nämnda artikel 43 är uppfyllda.

- 52 Domstolen konstaterar för det första att ordalydelsen i artikel 43.1 c i direktiv 2014/23, vilken, såsom framgår av skäl 75 i direktivet, just syftar till att klargöra under vilka omständigheter ändringar av en koncession under dess utförande kräver ett nytt koncessionstilldelningsförfarande, inte innehåller någon uppgift om att en koncession inte kan ändras utan ett sådant förfarande till följd av oförutsebara omständigheter, i den mening som avses i artikel 43.1 c i, när den ursprungligen tilldelades en *in house*-enhet utan anbuds-förfarande och den berörda ändringen sker vid en tidpunkt då koncessionshavaren inte längre är en *in house*-enhet. De två andra villkor som en sådan ändring ska uppfylla, vilka anges i artikel 43.1 c ii och iii, avser nämligen endast att denna ändring inte medför att den aktuella koncessionens övergripande karaktär ändras och att dess värde inte överskrider vissa gränser, utan någon direkt eller indirekt hänvisning till förekomsten av ett ursprungligt förfarande för tilldelning av koncessionen efter ett anbuds-förfarande.
- 53 För det andra finns det inte någon omständighet i det sammanhang i vilket artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 ingår som gör det möjligt att anse att en koncession som tilldelats en *in house*-enhet inte kan ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande till följd av oförutsebara omständigheter, i den mening som avses i artikel 43.1 c i, om koncessionshavaren vid tidpunkten för den aktuella ändringen inte längre är en *in house*-enhet.
- 54 Ett sådant synsätt kan i synnerhet inte motiveras av sammanhanget i artikel 43.1 d ii) i direktiv 2014/23, en bestämmelse vars innehåll i huvudsak är identiskt med innehållet i artikel 72.1 d ii) i direktiv 2014/24, såsom den tolkats av domstolen i domen av den 12 maj 2022, *Comune di Lerici* (C-719/20, EU:C:2022:372), och som den hänskjutande domstolen har hänvisat till. I artikel 43.1 d ii) i direktiv 2014/24 föreskrivs att en koncession får ändras utan att ett nytt tilldelningsförfarande genomförs, om den ursprungliga koncessionshavaren byts ut mot en ny koncessionshavare, till följd bland annat av att den förstnämnde köper upp den sistnämnde om denne uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av direktiv 2014/23.
- 55 Domstolen har visserligen av ordalydelsen i artikel 72.1 d ii) i direktiv 2014/24 dragit slutsatsen att ett sådant byte av entreprenör endast är möjligt om det aktuella offentliga kontraktet har varit föremål för ett ursprungligt upphandlingsförfarande som uppfyller kraven i detta direktiv och att en ny entreprenör följaktligen inte utan ett nytt upphandlingsförfarande kan ersätta den ursprungliga entreprenören om kontraktet ursprungligen tilldelades en *in house*-enhet utan anbudsinfördran (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 maj 2022, *Comune di Lerici*, C-719/20, EU:C:2022:372, punkterna 41 och 43).
- 56 Detta krav, som med stöd av artikel 43.1 d ii) i direktiv 2014/23, ska anses gälla även för koncessioner, förklaras emellertid genom att om en koncession ursprungligen har tilldelats *in house* i den mening som det redogjorts för i punkterna 47 och 48 ovan, efter ett förfarande varvid kriterier för kvalitativt urval såsom dem som avses i punkt 38 i detta direktiv inte har tillämpats, ska den omständigheten att en annan entreprenör som inte är en *in house*-enhet ersätter den ursprungliga koncessionshavaren anses motsvara en ny tilldelning av koncessionen, vilken omfattas av bestämmelserna i nämnda direktiv.
- 57 Så är emellertid inte fallet med den ändring som är i fråga i det nationella målet, vilken avser uppförande, underhåll och drift av en operativ snabbbladdningsinfrastruktur på de berörda rastplatserna och som inte avser koncessionshavarens förlust av ställningen som *in house*-enhet under år 1998, utan föremålet för koncessionen. Ändringen omfattas således inte av artikel 43.1 d i direktiv 2014/23.
- 58 Även när det gäller det sammanhang i vilket artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 ingår, är det riktigt att koncessioner, enligt den inledande meningen i denna punkt 1, får ändras utan ”ett nytt koncessionstilldelningsförfarande enligt detta direktiv”. Det går emellertid inte att av denna mening dra slutsatsen att artikel 43 i direktivet endast är tillämplig på ändringar av koncessioner som ursprungligen tilldelats i enlighet med samma direktiv. I enlighet med den rättspraxis som det erinrats om i punkterna 49 och 50 ovan kan nämligen ändringar av en koncession efter det att fristen för införlivande av direktiv 2014/23 har löpt ut omfattas av tillämpningsområdet för artikel 43 i direktivet. Så är fallet även om detta direktiv, enligt artikel 54 andra stycket i direktivet, inte är tillämpligt på tilldelning av

koncessioner som omfattades av ett anbudsförfarande eller tilldelades före den 17 april 2014 och således inte enligt ett tilldelningsförfarande i enlighet med nämnda direktiv. Syftet med denna mening är således endast att uppställa krav på att ändringen av koncessionen, om den inte omfattas av något av de fall som räknas upp i artikel 43, ska ske efter ett tilldelningsförfarande som är förenligt med samma direktiv.

59 Vad för det tredje gäller syftet med artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 framgår det av skäl 76 i direktivet att denna bestämmelse syftar till att ge de upphandlande myndigheterna ett visst handlingsutrymme för att kunna anpassa en pågående koncession till yttre omständigheter som de inte kunde förutse vid tidpunkten för tilldelningen av koncessionen, bland annat när utförandet av koncessionen sträcker sig över en längre period. Att från tillämpningsområdet för nämnda bestämmelse utesluta de fall där en koncession ursprungligen har tilldelats en *in house*-enhet och där koncessionshavaren inte längre har denna ställning vid tidpunkten för ändringen av föremålet för koncessionen skulle begränsa möjligheten att utöva detta handlingsutrymme av ett skäl som varken framgår av bestämmelsens lydelse eller sammanhang och som under dessa omständigheter inte kan anses återspegla unionslagstiftarens vilja.

60 Av det ovanstående följer att artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 ska tolkas så, att om villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, får en koncession ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande, även om koncessionen ursprungligen har tilldelats en *in house*-enhet utan anbudsinfordran och ändringen av koncessionen görs vid en tidpunkt då koncessionshavaren inte längre har en ställning som *in house*-enhet.

– *Betydelsen av att den ursprungliga tilldelningen av den berörda koncessionen var rättsenlig*

61 Det ska emellertid prövas huruvida, såsom Fastned och kommissionen har gjort gällande, tillämpningen av artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 förutsätter att den ursprungliga tilldelningen av koncessionen är förenlig med unionsrätten. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att enligt 135 § 2 GWB, genom vilken artikel 2f.1 i direktiv 89/665 införlivas med den tyska rättsordningen, har fristen för att överklaga rättsakter som hänför sig till denna bestämmelse sedan länge löpt ut. Det ska följaktligen fastställas huruvida medlemsstaterna ska tillåta de nationella domstolarna att, indirekt och på yrkande, kontrollera lagenligheten av den ursprungliga tilldelningen av en koncession i samband med en talan om ogiltigförklaring av en ändring av koncessionen, när talan väcks av en aktör som har visat intresse av att tilldelas den enda del av koncessionen som är föremål för ändringen, och detta efter utgången av fristen för att väcka en direkt talan om ogiltigförklaring av den ursprungliga tilldelningen.

62 Såsom framgår av såväl skäl 81 i direktiv 2014/23 som av artikel 1.1 fjärde stycket i direktiv 89/665, är det sistnämnda direktiv som fastställer de regler som medlemsstaterna är skyldiga att följa för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt.

63 Det ska erinras om att direktiv 89/665 syftar till att fullt ut säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel och till en oavhängig och opartisk domstol, vilken stadfästs i artikel 47 första och andra styckena i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, på det särskilda området för offentlig upphandling och koncessioner (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atlieky tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 128). För att uppnå detta syfte föreskrivs i artikel 1.3 i direktivet att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse, oavsett om det formellt sett är fråga om en anbudsgivare eller en anbudssökande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 40, och dom av den 14 maj 2020, T-Systems Magyarorszá, C-263/19, EU:C:2020:373, punkt 50).

64 Av detta följer att en ekonomisk aktörs rätt att väcka talan, i enlighet med direktiv 89/665, förutsätter att denne visar att han har ett intresse av att tilldelas koncessionen i fråga inom ramen för ett nytt förfarande för tilldelning av koncessionen (dom av den 2 september 2021, Sisal m.fl., C-721/19 och C-722/19, EU:C:2021:672, punkt 59).

- 65 Även om det är riktigt att direktiv 89/665 inte förbjuder medlemsstaterna att föreskriva rättsmedel till förmån för andra personer än dem som avses i artikel 1.3 i direktivet, medför direktivet emellertid inte någon sådan skyldighet för dessa stater, vilket, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 86 och fotnot 61 i sitt förslag till avgörande, bekräftas av skäl 122 i direktiv 2014/24 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 mars 2020, *Comune di Lerici*, C-719/18, EU:C:2020:240, punkterna 74 och 80).
- 66 Vidare föreskrivs i artikel 1.1 fjärde stycket i direktiv 89/665 att det i medlemsstaterna ska vidtas nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om offentliga kontrakt eller koncessioner kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.
- 67 Fastställandet av skäliga tidsfrister för att väcka talan vid äventyr av preklusion, såsom dem som föreskrivs i nationell rätt med tillämpning av artikel 2f i direktiv 89/665, syftar till att av rättssäkerhetshänsyn säkerställa att det efter utgången av fristerna inte längre är möjligt att angripa ett beslut av den upphandlande myndigheten eller att åberopa en oegentlighet i upphandlingsförfarandet. Fastställandet av dessa frister är förenligt med den grundläggande rätten till ett effektivt domstolsskydd och uppfyller i princip det effektivitetskrav som följer av direktiv 89/665 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkterna 76 och 79, och dom av den 11 september 2014, *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 58).
- 68 Det framgår dessutom av rättspraxis att även om det i nationell rätt föreskrivs ett prövningsförfarande till förmån för en tillsynsmyndighet som gör det möjligt att indirekt få fastställt att lagstiftningen om offentlig upphandling har överträtts, i syfte att ålägga de berörda avtalsparterna en sanktionsavgift, utgör rättssäkerhetsprincipen, som enligt unionsrätten gäller för varje nationell myndighet som har till uppgift att tillämpa unionsrätten, hinder för att ett sådant förfarande inleds efter utgången av de frister som föreskrivs i den nationella rätt som var tillämplig vid tidpunkten för de rättsakter som påstås vara rättsstridiga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 mars 2020, *Comune di Lerici*, C-719/18, EU:C:2020:240, punkterna 90 och 102).
- 69 Av detta följer att varken artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 eller direktiv 89/665 ålägger medlemsstaterna att säkerställa att de nationella domstolarna, indirekt och på yrkande, kontrollerar lagenligheten av den ursprungliga tilldelningen av en koncession i samband med en talan om ogiltigförklaring av en ändring av koncessionen, när överklagandet inges efter utgången av de frister som föreskrivs i nationell rätt med tillämpning av artikel 2f i direktiv 89/665 för att angripa den ursprungliga tilldelningen, av en aktör som visat intresse av att tilldelas endast den del av koncessionen som är föremål för denna ändring.
- *Begreppet behov av ändring som har ”uppstått till följd av” oförutsebara omständigheter*
- 70 I sin begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen angett att även om den ändring som är aktuell i det nationella målet är ”väsentlig”, i den mening som avses i den relevanta lagstiftningen, hade behovet av denna ändring uppstått till följd av att den upphandlande myndigheten inte kunde förutse – då det, i vart fall vad gäller de koncessionsavtal som ingicks under perioden 1996–1998, för den myndigheten inte var förutsebart – att det skulle uppstå ett behov av ytterligare byggentreprenader och tjänster som bestående i uppförande, underhåll och drift av snabbbladdningsinfrastruktur, eller att det skulle föreligga en rättslig skyldighet att inrätta en sådan infrastruktur.
- 71 I detta avseende följer det av skäl 76 i direktiv 2014/23 att när upphandlande myndigheter ställs inför oförutsebara yttre omständigheter, behövs det en viss flexibilitet för att koncessionen ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt tilldelningsförfarande.
- 72 Det ska emellertid påpekas att såsom framgår av artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 förutsätter möjligheten att ändra en koncession utan ett nytt tilldelningsförfarande enligt denna bestämmelse att tre olika villkor är uppfyllda. Den första av dessa villkor, som anges i artikel 43.1 c i, innehåller två delar, nämligen, för det första, uppkomsten av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet

inte hade kunnat förutse och, för det andra, att dessa omständigheter gör det nödvändigt att ändra den berörda koncessionen. Enligt det andra villkoret, som anges i artikel 43.1 c ii, får den berörda ändringen inte ändra avtalets övergripande karaktär. Enligt det tredje av dessa villkor, som nämns i artikel 43.1 c iii, krävs i princip att kontraktets värdeökning inte överstiger 50 procent av värdet på den ursprungliga koncessionen.

- 73 Det ska i detta sammanhang preciseras, vad gäller det första av dessa villkor, att i motsats till vad den hänskjutande domstolen tycks anse, kan behovet av en ändring av en koncession inte anses ha ”uppstått” enbart på grund av att villkoren i koncessionen inte omfattar den situation som följer av oförutsebara omständigheter.
- 74 Såsom framgår av de två första meningarna i skäl 76 i direktiv 2014/23 syftar nämligen det handlingsutrymme som de upphandlande myndigheterna ges i artikel 43.1 c i samma direktiv till att säkerställa utförandet av den ursprungliga koncessionen och således ett korrekt fullgörande av de skyldigheter som följer av denna.
- 75 För att behovet av en ändring av en koncession ska anses ha ”uppstått till följd av” oförutsebara omständigheter, måste dessa omständigheter följaktligen innebära att den ursprungliga koncessionen behöver anpassas för att säkerställa att de skyldigheter som följer av koncessionen kan fortsätta att fullgöras på ett korrekt sätt.
- 76 Såsom det har erinrats om i punkt 72 ovan kan en ändring av föremålet för den ursprungliga koncessionen till följd av oförutsebara omständigheter inte motiveras med stöd av artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 när ändringen medför att koncessionens övergripande karaktär ändras. Såsom framgår av skäl 76 i direktivet är detta bland annat fallet när de byggtreprenader som ska utföras eller de tjänster som ska tillhandahållas ersätts av något annat eller när typen av koncession ändras i grunden.
- 77 Av detta följer att det enligt artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 är tillåtet att ändra föremålet för den ursprungliga koncessionen under förutsättning dels att uppkomsten av oförutsebara omständigheter vid tilldelningen av koncessionen innebär att ändringen är nödvändig för att säkerställa ett korrekt fullgörande av de skyldigheter som följer av koncessionen, dels att de byggtreprenader eller tjänster som omfattas av denna utvidgning, med hänsyn till deras omfattning eller särdrag i förhållande till de byggtreprenader eller tjänster som varit föremål för samma koncession, inte medför en ändring av koncessionens övergripande karaktär.
- 78 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, förutom att försäkra sig om att det tredje villkoret som det redogjorts för i punkt 72 ovan är uppfyllt, avgöra huruvida den ändring som är i fråga i det nationella målet uppfyller de kriterier som anges i föregående punkt i förevarande dom.
- 79 Om den hänskjutande domstolen kommer fram till att denna ändring inte uppfyller samtliga villkor i artikel 43.1 c i direktiv 2014/23, ankommer det på den att pröva huruvida nämnda ändring kan uppfylla villkoren i artikel 43.1 b i direktivet.
- 80 Den hänskjutande domstolen ska i detta avseende bland annat, i enlighet med artikel 43.1 b i och ii, kontrollera att de byggtreprenader eller tjänster som avses med den ändring som är aktuell i det nationella målet inte, av ekonomiska eller tekniska skäl och utan att medföra betydande olägenheter eller större omkostnader för den upphandlande myndigheten, kunde bli föremål för en självständig koncession som tilldelats efter en anbudsinfordran.
- 81 Det ska tilläggas att det visserligen framgår av de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen att det i 5 § 3 första meningen SchnellLG föreskrivs att innehavaren av en koncession för drift av en serviceanläggning vid de tyska federala motorvägarna, vilken omfattar en tankstation, ska erbjudas att på egen bekostnad ta över uppförande, underhåll och drift av de på denna plats planerade stationerna för snabbbladdning. Den hänskjutande domstolen har emellertid även angett att enligt denna bestämmelse föreligger en skyldighet för den upphandlande myndigheten att föreslå innehavaren att ansvara för de byggtreprenader och tjänster som hänför sig till dessa endast om avdelning 4 i GWB, genom vilken bestämmelserna i direktiv 2014/23 införlivas med den tyska rättsordningen, inte utgör hinder för detta.

82 Av det anförda följer att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 43.1 c i direktiv 2014/23 ska tolkas så,

- att om villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, får en koncession ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande, även om koncessionen ursprungligen har tilldelats en *in house*-enhet utan anbudsinfordran och ändringen av koncessionen görs vid en tidpunkt då koncessionshavaren inte längre har en ställning som *in house*-enhet,
- att den inte ålägger medlemsstaterna att säkerställa att de nationella domstolarna, indirekt och på yrkande, kontrollerar lagenligheten av den ursprungliga tilldelningen av en koncession i samband med en talan om ogiltigförklaring av en ändring av koncessionen, när överklagandet inges efter utgången av de frister som föreskrivs i nationell rätt med tillämpning av artikel 2f i direktiv 89/665 för att angripa den ursprungliga tilldelningen, av en aktör som visat intresse av att tilldelas endast den del av koncessionen som är föremål för denna ändring,
- att behovet av en ändring av en koncession har ”uppstått”, i den mening som avses i nämnda artikel 43, om det till följd av oförutsebara omständigheter är nödvändigt att anpassa den ursprungliga koncessionen för att säkerställa att den kan fortsätta att fullgöras på ett korrekt sätt.

Rättegångskostnader

83 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

Artikel 43.1 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

ska tolkas så,

- att om villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, får en koncession ändras utan ett nytt tilldelningsförfarande, även om koncessionen ursprungligen har tilldelats en *in house*-enhet utan anbudsinfordran och ändringen av koncessionen görs vid en tidpunkt då koncessionshavaren inte längre är en *in house*-enhet,
- att den inte ålägger medlemsstaterna att säkerställa att de nationella domstolarna, indirekt och på yrkande, kontrollerar lagenligheten av den ursprungliga tilldelningen av en koncession i samband med en talan om ogiltigförklaring av en ändring av koncessionen, när överklagandet inges efter utgången av de frister som föreskrivs i nationell rätt med tillämpning av artikel 2f i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt direktiv 2014/23, för att angripa den ursprungliga tilldelningen, av en aktör som visat intresse av att tilldelas endast den del av koncessionen som är föremål för denna ändring,
- att behovet av en ändring av en koncession har ”uppstått”, i den mening som avses i nämnda artikel 43, om det till följd av oförutsebara omständigheter är nödvändigt att anpassa den ursprungliga koncessionen för att säkerställa att den kan fortsätta att fullgöras på ett korrekt sätt.

Underskrifter

