Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 21 stycznia 2021 r.[1]

Sprawy połączone C-721/19 i C-722/19

Sisal SpA (C-721/19)
Stanleybet Malta Ltd,
Magellan Robotech Limited (C-722/19)
przeciwko
Agenzia delle Dogane e dei Monopoli,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
przy udziale:
Lotterie Nazionali Srl,
Lottomatica Holding Srl

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Swoboda przedsiębiorczości – Swoboda świadczenia usług – Ograniczenia – Dyrektywa 2014/23/UE – Artykuły 3 i 43 – Zamówienia publiczne – Procedura wyboru koncesjonariusza – Loterie zdrapkowe – Przepisy krajowe nakazujące odnowienie koncesji bez ogłoszenia postępowania o udzielenie koncesji – Modyfikacja warunków koncesji – Istotne modyfikacje – Prawo dostępu do systemu środków odwoławczych

1. Wśród rodzajów gier hazardowych dozwolonych we Włoszech znajduje się tak zwana „krajowa loteria zdrapkowa"[2], na której urządzanie przyznawano w 2009 r. zezwolenie w ramach systemu koncesji administracyjnej. Instytucja zamawiająca dokonywała wyboru koncesjonariusza w drodze publicznego postępowania przetargowego na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Dekret z mocą ustawy nr 78/2009[3] ustanowił system koncesji na krajową loterię zdrapkową, w ramach którego można było dokonać wyboru do czterech koncesjonariuszy. Okres obowiązywania koncesji wynosił dziewięć lat, z możliwością jednokrotnego odnowienia również na dziewięć lat.

[1] Język oryginału: hiszpański.

[2] Chodzi o loterie w rodzaju „zdrap i wygraj", w których uczestnicy mogą od razu poznać wynik swojego zakładu. Po zakupie losu zwycięska kombinacja, nadrukowana i ukryta, jest odkrywana w wyniku zdrapania określonej powierzchni samego losu.

[3] Dekret z mocą ustawy z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie „Środków walki z kryzysem i przedłużenia terminów" (GURI nr 150 z dnia 1 lipca 2009 r.), przekształcony ze zmianami w ustawę nr 102 z dnia 3 sierpnia 2009 r. (GURI nr 179, z dnia 4 sierpnia 2009 r., zwany dalej „dekretem z mocą ustawy nr 78/2009").

3. W przetargu wziął udział tylko jeden oferent, Lotterie Nazionali Srl (zwana dalej „Lotterie Nazionali"), który został jedynym koncesjonariuszem.

4. Dwa lata przed upływem okresu pierwotnego (2010–2019) nowe przepisy wprowadzone dekretem z mocą ustawy nr 148/2017 [4] zobowiązały instytucję zamawiającą do udzielenia zezwolenia na „utrzymanie istniejącej koncesji […] do upływu ostatecznego terminu określonego w […] umowy koncesyjnej" [5], to znaczy do 2028 r.

5. Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) podnosi wątpliwości, czy przedłużenie koncesji na ten okres bez ogłoszenia nowego postępowania przetargowego jest zgodne z prawem do swobodnego świadczenia usług i ze swobodą przedsiębiorczości (art. 49 i 56 TFUE), a także z dyrektywą 2014/23/UE [6].

6. Zadaje również pytanie, czy wykonawcy działający w danym sektorze, którzy nie brali udziału w pierwotnym przetargu, mogą sprzeciwić się odnowieniu koncesji i żądać ogłoszenia nowego postępowania przetargowego.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2014/23

7. Zgodnie z art. 3 („Zasada równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości"):

„1. Instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców i brak dyskryminacji oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

[…]".

8. Artykuł 43 („Modyfikacja umów w okresie ich obowiązywania") stanowi:

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

a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach koncesji w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter koncesji;

[…]

e) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości, są nieistotne w rozumieniu ust. 4.

[4] Dekretem z mocą ustawy z dnia 16 października 2017 r. w sprawie nadzwyczajnych przepisów w dziedzinie finansowej oraz dotyczących nagłych potrzeb (GURI nr 242, z dnia 16 października 2017 r.), przekształconym w ustawę nr 172 z dnia 4 grudnia 2017 r. (GURI nr 284, z dnia 5 grudnia 2017 r., zwanym dalej „dekretem z mocą ustawy nr 148/17").

[5] W niektórych fragmentach postanowień odsyłających [np. w pkt 12 lit. c.8)] sąd odsyłający stwierdza, że kontynuacja stosunku koncesyjnego jest, co do zasady, jednoznaczna z jego odnowieniem (*rinnovo*) lub przedłużeniem.

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

[…]

4. Modyfikację koncesji w okresie jej obowiązywania uznaje się za istotną w rozumieniu ust. 1 lit. e), jeżeli powoduje ona, że charakter koncesji różni się istotnie od charakteru pierwotnie zawartej koncesji. W każdym przypadku, bez uszczerbku dla przepisów ust. 1 i 2, modyfikację uznaje się za istotną, jeżeli spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

a) modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie koncesji, umożliwiłyby dopuszczenie innych wnioskodawców niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo przyciągnęłyby dodatkowych uczestników w postępowaniu o udzielenie koncesji;

b) modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną koncesji na korzyść koncesjonariusza w sposób, którego nie przewidziano w pierwotnej koncesji;

[…]

5. Nowe postępowanie o udzielenie koncesji zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku […] modyfikacji postanowień koncesji w okresie jej obowiązywania innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

B. Prawo włoskie

1. Dekret z mocą ustawy nr 78/2009

9. Artykuł 21 („Udzielenie koncesji w dziedzinie gier hazardowych”) stanowi:

„1. W celu zapewnienia ochrony nadrzędnych interesów publicznych w zakresie działalności polegającej na przyjmowaniu zakładów, gdy jest ona powierzana podmiotom niezwiązanym z administracją publiczną, prowadzenie tej działalności jest zawsze powierzane na zasadzie koncesji, zgodnie z zasadami oraz przepisami wspólnotowymi i krajowymi, zazwyczaj wielu podmiotom wybieranym w drodze otwartych, konkurencyjnych i niedyskryminacyjnych procedur. W związku z tym, […] ministerstwo gospodarki i finansów – autonomiczna administracja monopoli państwowych prowadzi niezbędne postępowania w celu niezwłocznego udzielenia koncesji dotyczącej także przyjmowania na odległość zakładów dla ww. loterii na rzecz najbardziej wykwalifikowanych, krajowych i wspólnotowych podmiotów prowadzących działalność w zakresie gier hazardowych, w liczbie nie większej niż czterech, spełniających odpowiednie kryteria rzetelności pod względem etycznym, technicznym i ekonomicznym.

[…]

3. Dokonanie wyboru w drodze przetargu w celu udzielenia koncesji jest dokonywane w oparciu o kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, w ramach którego pierwszeństwo mają następujące kryteria: a) wzrost kwoty złożonych ofert w odniesieniu do z góry określonej podstawy, który gwarantuje, w każdym przypadku, łączne dochody nie mniejsze niż 500 mln EUR w roku 2009 i 300 mln EUR za rok 2010, bez względu na ostateczną liczbę koncesjonariuszy;

[…]

4. Maksymalny czas obowiązywania koncesji, o których mowa w ust. 1 i które mogą zostać odnowione nie więcej niż jeden raz, wynosi dziewięć lat i dzieli się na dwa okresy wynoszące odpowiednio pięć lat i cztery lata. Utrzymanie koncesji na drugi okres jest uzależnione od pozytywnej oceny wyników prowadzonej działalności przez organ administracji udzielający koncesji, która to ocena musi zostać wyrażona w pierwszej połowie piątego roku obowiązywania koncesji".

2. Dekret z mocą ustawy nr 148/2017

10. Zgodnie z art. 20 ust. 1:

„Na podstawie art. 21 ust. 3 i 4 dekretu z mocą ustawy nr 78 z dnia 1 lipca 2009 r. przekształconego ze zmianami w ustawę nr 102 z dnia 3 sierpnia 2009 r. agencja ceł i monopoli zezwala na utrzymanie istniejącej koncesji na urządzanie, nawet na odległość, krajowych loterii zdrapkowych, do upływu ostatecznego terminu określonego w art. 4 ust. 1 umowy koncesyjnej w celu zapewnienia nowych i większych dochodów budżetu państwa w wysokości 50 mln EUR na rok 2017 i 750 mln EUR na rok 2018".

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

11. Poprzez opublikowanie ogłoszeń w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 15 sierpnia 2009 r. i w dniu 2 kwietnia 2010 r. Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (autonomiczna administracja monopoli państwowych, Włochy) wszczęła „postępowanie w sprawie udzielenia koncesji na urządzanie gier publicznych zwanych »krajowymi loteriami zdrapkowymi«" [7].

12. Zgodnie ze specyfikacją zamówienia [8]:

– Pośrednie prowadzenie działalności polegającej na przyjmowaniu zakładów powinno być udzielane zawsze w ramach systemu koncesji.

– Zasadniczo koncesja powinna być udzielona kilku podmiotom, których liczba nie mogła przekroczyć czterech i które powinny zostać wybrane w drodze otwartych, konkurencyjnych i niedyskryminacyjnych procedur.

– Każdy koncesjonariusz powinien uiszczać opłatę stanowiącą określony procent dochodów.

– Wybór koncesjonariuszy powinien być dokonywany w oparciu o kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i w ramach tego kryterium należało wziąć pod uwagę wzrost ofert w stosunku do z góry określonej podstawy, w celu zagwarantowania, w każdym przypadku, łącznych dochodów nie mniejszych niż 500 mln EUR w roku 2009 i 300 mln EUR w roku 2010, bez względu na ostateczną liczbę koncesjonariuszy.

– Koncesje, które ewentualnie mogły zostać odnowione nie więcej niż jeden raz, miały obowiązywać dziewięć lat, podzielonych na dwa okresy wynoszące pięć lat i cztery lata.

[7] Zgodnie z postanowieniami odsyłającymi (pkt 3.1) na podstawie umowy z dnia 14 października 2003 r. ten rodzaj loterii był urządzany, do 31 maja 2010 r., przez konsorcjum Lottomatica (które stało się następnie Lotterie Nazionali). Lottomatica Holding Srl kontroluje Lotterie Nazionali, posiadając 64% jej kapitału zakładowego.

[8] Specyfikacja zasadniczo odtwarzała postanowienia art. 21 dekretu z mocą ustawy nr 78/2009.

Utrzymanie koncesji na drugi okres było uzależnione od pozytywnej oceny wyników prowadzenia działalności przez koncesjonariusza, którą organ powinien wyrazić w pierwszej połowie piątego roku.

13. W przetargu wzięło udział jedynie Lotterie Nazionali, które zostało wyłącznym koncesjonariuszem.

14. Po upływie pierwszego pięcioletniego okresu Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agencja ceł i monopoli, Włochy, zwana dalej „ADM”)[9] udzieliła zezwolenia na utrzymanie koncesji w drugim, czteroletnim, okresie, do dnia 30 września 2019 r.

15. W dniu 26 lipca 2017 r. Lotterie Nazionali zwróciło się do ADM o zastosowanie postanowienia dotyczącego utrzymania koncesji przez kolejny okres dziewięciu lat.

16. W piśmie z dnia 19 września 2017 r. ADM stwierdził, że wnioskowane utrzymanie koncesji jest zgodne z interesem publicznym.

17. W dniu 16 października 2017 r. wszedł w życie art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148/2017.

18. Zgodnie z tym przepisem ADM, pismem z dnia 1 grudnia 2017 r., wyznaczył ostateczny termin wygaśnięcia koncesji na dzień 30 września 2028 r., po formalnym zaakceptowaniu przez koncesjonariusza warunków określonych w art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148/17. W tym samym dniu Loterie Nazionali zaakceptowało te warunki.

19. Spółki: Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd i Magellan Robotech Limited (zwane dalej „spółkami wnoszącymi odwołanie”) zaskarżyły tę decyzję do Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), który oddalił ich roszczenia wyrokami nr 9730/2018 i nr 9734/2018 z dnia 4 października 2018 r.

20. Spółki wnoszące odwołanie zaskarżyły wyroki zapadłe w pierwszej instancji do Consiglio di Stato (rady stanu). Incydentalnie, w zakresie dotyczącym odrzuconych zarzutów niedopuszczalności, zaskarżyły je również ADM i Lotterie Nazionali.

21. „Wyrokami częściowo nieprawomocnymi” nr 6079 i nr 6080 z dnia 3 listopada 2019 r. Consiglio di Stato (rada stanu) oddaliła incydentalne apelacje ADM i Lotterie Nazionali, a co do istoty sprawy powzięła wątpliwości, czy art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148/17 jest zgodny z prawem Unii.

22. W tych okolicznościach Consiglio di Stato (rada stanu) przedstawiła Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy prawo Unii, w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług (art. 49 i nast. oraz art. 56 i nast. TFUE), jak również zasady pewności prawa, niedyskryminacji, przejrzystości i bezstronności, swobody konkurencji, proporcjonalności, ochrony uzasadnionych oczekiwań i spójności, a także – w stosownych przypadkach – art. 3 i 43 dyrektywy [2014/23], należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie przepisom, takim jak art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148 z dnia 16 października

[9] ADM zastąpił autonomiczną administrację monopoli państwowych.

2017 r., wraz z późniejszymi przepisami wykonawczymi, który stanowi, że: »*1. Na podstawie art. 21 ust. 3 i 4 dekretu z mocą ustawy nr 78 z dnia 1 lipca 2009 r. przekształconego ze zmianami w ustawę nr 102 z dnia 3 sierpnia 2009 r. agencja ceł i monopoli zezwala na utrzymanie istniejącej koncesji na urządzanie, nawet na odległość, krajowych loterii zdrapkowych, do upływu ostatecznego terminu określonego w art. 4 ust. 1 umowy koncesyjnej w celu zapewnienia nowych i większych dochodów budżetu państwa w wysokości 50 mln EUR na rok 2017 i 750 mln EUR na rok 2018*«, w sytuacji, w której:

– art. 21 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 78 z dnia 1 lipca 2009 r., przekształconego ze zmianami w ustawę nr 102 z dnia 3 sierpnia 2009 r., przewidywał udzielenie rozpatrywanych koncesji kilku podmiotom wybranym w drodze otwartych, konkurencyjnych i niedyskryminacyjnych procedur;

– art. 21 ust. 4 wspomnianego dekretu z mocą ustawy przewidywał, że koncesje, o których mowa w ust. 1, mogą zostać odnowione tylko jeden raz;

– w przetargu ogłoszonym w 2010 r. nie uczestniczyły spółki wnoszące odwołanie;

– konkretna istniejąca koncesja została udzielona pierwotnie tylko jednemu koncesjonariuszowi w wyniku przetargu publicznego, w którym złożono tylko jedną ofertę;

– kontynuacja istniejącej koncesji oznaczałaby w szczególności, że koncesja ta byłaby kontynuowana tylko z tym jednym koncesjonariuszem, a nie w drodze odnowienia koncesji z wieloma wykonawcami, bez zastosowania procedury przetargowej?

2) Czy prawo Unii, w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług (art. 49 i nast. oraz art. 56 i nast. TFUE), jak również zasady pewności prawa, niedyskryminacji, przejrzystości i bezstronności, swobody konkurencji, proporcjonalności, ochrony uzasadnionych oczekiwań i spójności, a także – w stosownych przypadkach – art. 3 i 43 dyrektywy [2014/23], należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie przepisom, takim jak art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148 z dnia 16 października 2017 r., który na podstawie art. 21 ust. 3 i 4 dekretu z mocą ustawy nr 78 z dnia 1 lipca 2009 r. przekształconego ze zmianami w ustawę nr 102 z dnia 3 sierpnia 2009 r. stanowi, że »*agencja ceł i monopoli zezwala na utrzymanie istniejącej koncesji na urządzanie, nawet na odległość, krajowych loterii zdrapkowych, do upływu ostatecznego terminu określonego w art. 4 ust. 1 umowy koncesyjnej w celu zapewnienia nowych i większych dochodów budżetu państwa w wysokości 50 mln EUR na rok 2017 i 750 mln EUR na rok 2018*«, w sytuacji, w której:

– przewiduje się kontynuację jedynej istniejącej koncesji, zamiast ewentualnego odnowienia wielu koncesji, o których mowa w art. 21 ust. 4 dekretu z mocą ustawy nr 78 z dnia 1 lipca 2009 r., przekształconego ze zmianami w ustawę nr 102 z dnia 3 sierpnia 2009 r., bez ogłoszenia nowego postępowania przetargowego;

– przed wygaśnięciem koncesji wszedł w życie dekret z mocą ustawy nr 148 z 2017 r., w szczególności w dniu 16 października 2017 r., to znaczy w tym samym dniu, w którym został on opublikowany w *Gazzetta ufficiale* (włoskim dzienniku urzędowym), natomiast koncesja miała wygasnąć dopiero w dniu 30 września 2019 r.;

– w celu zapewnienia nowych i większych dochodów budżetu państwa w wysokości 50 mln EUR na rok 2017 i 750 mln EUR na rok 2018 zmieniono niektóre aspekty dotyczące warunków i terminu uiszczenia opłaty koncesyjnej, a także, potencjalnie, całkowitej kwoty należnej zapłaty pod względem jej obciążającego charakteru, w szczególności poprzez zmianę terminów płatności, wprowadzając wcześniejsze terminy w stosunku do terminów przewidzianych w pierwotnej koncesji, biorąc pod uwagę – zgodnie ze stanowiskiem wnoszących odwołanie – obiektywny i znany fakt wartości finansowej czasu?

3) Czy prawo Unii, w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług (art. 49 i nast. oraz art. 56 i nast. TFUE), jak również zasady pewności prawa, niedyskryminacji, przejrzystości i bezstronności, swobody konkurencji, proporcjonalności, ochrony uzasadnionych oczekiwań i spójności, a także – w stosownych przypadkach – art. 3 i 43 dyrektywy [2014/23], należy interpretować w ten sposób, że: stoi ono na przeszkodzie przepisom, takim jak te zawarte w przepisach wykonawczych ww. dekretu, w szczególności w komunikacie agencji ceł i monopoli, [protokół nr] 0133677 z dnia 1 grudnia 2017 r., który – w wykonaniu art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148 z dnia 16 października 2017 r. oraz na podstawie art. 4 akapit pierwszy umowy koncesyjnej na urządzanie loterii zdrapkowych, przewidującego możliwość odnowienia tejże umowy tylko jeden raz – określa ostateczny termin wygaśnięcia koncesji na dzień 30 września 2028 r.; nie narusza, w każdym razie, przepisu wspomnianego art. 4 dotyczącego podziału czasu obowiązywania koncesji na dwa okresy wynoszące odpowiednio pięć lat i cztery lata (w związku z tym, po upływie pierwszego okresu pięciu lat, począwszy od dnia 1 października 2019 r., kontynuacja koncesji przez kolejne cztery lata, do czasu jej wygaśnięcia w dniu 30 września 2028 r., jest uzależniona od pozytywnej oceny działalności w zakresie prowadzenia gier, dokonywanej przez agencję ceł i monopoli, która to ocena musi zostać wyrażona do dnia 30 marca 2024 r.); stanowi, że spółka jest zobowiązana zapłacić: kwotę 50 mln EUR do dnia 15 grudnia 2017 r., kwotę 300 mln EUR do dnia 30 kwietnia 2018 r. oraz kwotę 450 mln EUR do dnia 31 października 2018 r. – w sytuacji, w której:

– wprowadzając powyższe przepisy przed upływem pierwotnego terminu wygaśnięcia koncesji [komunikat agencji ceł i monopoli, (protokół nr) 0133677, został wydany w dniu 1 grudnia 2017 r., a umowa koncesyjna wygasała w dniu 30 września 2019 r.];

– zapewniając w ten sposób […] wcześniejszą płatność kwoty 800 mln EUR (50 mln EUR do dnia 15 grudnia 2017 r.; 300 mln EUR do dnia 30 kwietnia 2018 r.; 450 mln EUR do dnia 31 października 2018 r.) w stosunku do wskazanego terminu wygaśnięcia koncesji (w dniu 30 września 2019 r.);

– prowadząc w ten sposób […] do potencjalnej zmiany całkowitej kwoty należnej płatności pod względem jej obciążającego charakteru, biorąc pod uwagę – zgodnie ze stanowiskiem wnoszących odwołanie – obiektywny i znany fakt wartości finansowej czasu?

4) Czy prawo Unii, w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług (art. 49 i nast. oraz art. 56 i nast. TFUE), jak również zasady pewności prawa, niedyskryminacji, przejrzystości i bezstronności, swobody konkurencji, proporcjonalności, ochrony uzasadnionych oczekiwań i spójności, a także – w stosownych przypadkach – art. 3 i 43 dyrektywy [2014/23], należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie wymienionym przepisom, nawet w przypadku, gdy wykonawcy działający w danym sektorze, którzy są obecnie zainteresowani wejściem na rynek, […] nie wzięli udziału w pierwotnie ogłoszonym przetargu na udzielenie wygasającej koncesji kontynuowanej

z koncesjonariuszem, którego koncesja wygasała, zgodnie z nowymi warunkami umownymi, czy też […] ewentualne ograniczenie dostępu do rynku […] ma miejsce jedynie w przypadku rzeczywistego udziału rzeczonych wykonawców w pierwotnym przetargu?".

III. Postępowanie przed Trybunałem

23. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynęły do sekretariatu Trybunału w dniu 23 września 2019 r. Wziąwszy pod uwagę związek między nimi, Trybunał zdecydował o ich połączeniu.

24. Uwagi na piśmie przedstawiły: Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, rząd włoski i Komisja, które udzieliły odpowiedzi na piśmie na pytania skierowane do nich przez Trybunał.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

25. Wątpliwości, które Consiglio di Stato (rada stanu) przedstawia w postanowieniach odsyłających, dotyczą, przede wszystkim, materialnych aspektów sporu, do których odnoszą się pytania prejudycjalne od pierwszego do trzeciego.

26. Natomiast czwarte pytanie ma charakter bardziej proceduralny, ponieważ dotyczy tego, czy jakikolwiek wpływ na obecne postępowanie ma to, że „wykonawcy działający w danym sektorze, którzy są obecnie zainteresowani wejściem na rynek", nie uczestniczyli w pierwotnym przetargu.

27. Po przeanalizowaniu pierwszego pytania prejudycjalnego przedstawię łącznie swoje uwagi dotyczące pytania drugiego i trzeciego, co uważam za stosowne ze względu na ich ścisły związek.

28. Najpierw należy ustalić, jakie przepisy prawa Unii mają zastosowanie w tych sprawach i jaki jest ogólny system wynikający tak z orzecznictwa Trybunału, jak i z dyrektywy 2014/23 w odniesieniu do zmiany warunków koncesji.

29. Muszę również zaznaczyć, że w toku postępowania nie przedstawiono żadnego zarzutu zmierzającego do zaskarżenia włoskich przepisów w związku z objęciem tego rodzaju loterii systemem koncesji, co do zgodności którego z prawem Unii Trybunał już orzekał [10].

[10] Wyrok z dnia 19 grudnia 2018 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026, zwany dalej „wyrokiem Stanley International Betting i Stanleybet Malta"), pkt 66: „Trybunał uznał za możliwe w sektorze gier losowych korzystanie z systemu koncesji, uznając, że może on stanowić skuteczny mechanizm pozwalający kontrolować podmioty działające w tym sektorze w celu zapobiegania prowadzeniu tej działalności w celach przestępczych lub w celu dokonywania oszustw (zob. podobnie wyrok z dnia 12 września 2013 r., Biasci i in., C-660/11 i C-8/12, EU:C:2013:550, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo)".

30. Nie jest również przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu głównym uzasadnienie całkowitego czasu trwania koncesji (początkowego dziewięć lat oraz ewentualne dalsze dziewięć) [11] ani też inne aspekty systemu koncesji [12].

B. Przepisy mające zastosowanie

31. Zgodnie z art. 54 dyrektywy 2014/23 dyrektywa ta „nie ma zastosowania do udzielania koncesji, w odniesieniu do których postępowanie o udzielenie koncesji wszczęto przed dniem 17 kwietnia 2014 r.”. Wziąwszy pod uwagę, że pierwotna koncesja na krajową loterię zdrapkową została przyznana w roku 2010, wydawałoby się, co do zasady [13], że przepis ten wyklucza zastosowanie dyrektywy 2014/23 w niniejszej sprawie [14].

32. Uprzedzam już, że bez względu na rozstrzygnięcie tej wątpliwości, w każdym przypadku należy wziąć pod uwagę orzecznictwo Trybunału w sprawie wpływu art. 49 i 56 TFUE, dotyczących swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, na zasady udzielania zamówień publicznych.

33. W szczególności z przytoczonych postanowień traktatu FUE orzecznictwo to wywodzi konsekwencje co do tego, kiedy istotne modyfikacje zamówienia publicznego mogą wymagać, co do zasady, nowego przetargu. Kryterium to dotyczy również koncesji na usługi [15].

34. Jeśli wobec istotnej zmiany warunków koncesji ma ona stać się przedmiotem nowego przetargu, musi podlegać przepisom obowiązującym w dniu jego ogłoszenia, a nie obowiązującym w momencie udzielenia koncesji pierwotnej [16].

35. Wychodząc z tego założenia, jeśli zmiany w warunkach koncesji na loterię zdrapkową wprowadzone przez dekret z mocą ustawy nr 148/17 były istotne do tego stopnia, że wymagały nowego przetargu, ratione temporis zastosowanie do niego miałaby dyrektywa 2014/23 [17].

[11] Całkowity czas trwania koncesji może być istotnym czynnikiem. Zgodnie z orzecznictwem „udzielenie koncesji o okresie ważności nawet do piętnastu lat może przeszkodzić, a wręcz uniemożliwić, wykonywanie przez podmioty znajdujące się w innych państwach członkowskich swobód zagwarantowanych przez art. 43 WE i 49 WE” [wyrok z dnia 9 września 2010 r., Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506), pkt 46].

[12] Z lektury wyroków wydanych w pierwszej instancji przez Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalny sąd administracyjny dla Lacjum) wynika, że swego czasu miało miejsce odwołanie, przy udziale Sisala, od pierwszego przetargu, co do którego Consiglio di Stato (rada stanu) orzekła ostatecznie w wyroku nr 1705/2010.

[13] Wyrok Stanley International Betting i Stanleybet Malta, pkt 34: „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym zamówień publicznych i znajdującym zastosowanie przez analogię w dziedzinie koncesji na usługi co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego”.

[14] W niniejszej sprawie nie można mówić o sytuacji czysto wewnętrznej: koncesja, ze względu na swoje cechy, posiada pewien wymiar transgraniczny, nadrzędny wobec krajowego, a dwie z wnoszących odwołanie spółek posiadają swoją siedzibę poza Włochami.

[15] Wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), pkt 37: „W celu zapewnienia przejrzystości procedur i równego traktowania oferentów istotne zmiany w zasadniczych postanowieniach umowy koncesyjnej na usługi mogą, w określonych wypadkach, wymagać zawarcia nowej umowy koncesyjnej, jeżeli charakteryzują się one cechami różniącymi się w zasadniczy sposób od postanowień pierwotnej umowy koncesyjnej”.

[16] Wyrok z dnia 18 września 2019 r., Komisja/Włochy (C-526/17, EU:C:2019:756), pkt 60: „[…] obowiązującymi przepisami Unii są przepisy obowiązujące w chwili tej [istotnej] zmiany”. W odpowiedzi na pytania Trybunału rząd włoski stwierdził, że orzecznictwo to, odnoszące się do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, nie ma zastosowania, gdyż dyrektywa 2014/23 zawiera przepis szczególny, którego nie było w tamtej dyrektywie. Nie podzielam tego argumentu, stanowiącego błędne koło, gdyż dyspozycja wspomnianego art. 54 zakłada, że istotne zmiany nie miały miejsca.

[17] Dekret z mocą ustawy nr 148/17 i następujące po nim pismo ADM są późniejsze niż termin transpozycji dyrektywy 2014/23 (dzień 18 kwietnia 2016 r., zgodnie z jej art. 51 ust. 1).

36. To samo podejście można zastosować w przypadkach przedłużenia takich, jak będące przedmiotem sprawy, nawet jeśli było ono przewidziane w pierwotnym instrumencie stanowiącym podstawę prawną. Jeśli przedłużenie koncesji na kolejny dziewięcioletni okres zależy od oceny ad casum ze strony instytucji zamawiającej i nie ma charakteru automatycznego [18], wydaje mi się bardziej logiczne, żeby do tego przedłużenia zastosowanie miały przepisy obowiązujące w momencie jego dokonania.

37. W każdym razie art. 3 i 43 dyrektywy 2014/23 dokonują jedynie przeniesienia do treści przepisów prawnych orzecznictwa Trybunału w zakresie zamówień publicznych:

– Artykuł 3 odzwierciedla zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, które służą „główn[emu] cel[owi] zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych […] zapewnieni[a] swobodnego przepływu usług i otwarci[a] na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich” [19].

– Artykuł 43, regulujący zmiany koncesji w okresie jej obowiązywania, wywodzi się również z utrwalonych kryteriów orzeczniczych [20], zgodnie z którymi, „co do zasady, istotna zmiana umowy koncesji […] wymaga przeprowadzenia nowej procedury udzielenia koncesji dotyczącej zmienionej w ten sposób umowy” [21].

38. W konsekwencji, czy to zgodnie z orzecznictwem dotyczącym poszanowania swobody przedsiębiorczości lub swobody świadczenia usług, czy też z art. 3 i 43 dyrektywy 2014/23, skutek faktycznie będzie taki sam.

39. Jeśli chodzi o brak zastosowania ratione materiae, który wynikałby z motywu 35 dyrektywy 2014/23 [22], do którego odnosi się Lotterie Nazionali [23], wystarczy stwierdzić, że w niniejszej sprawie miało miejsce publiczne ogłoszenie przetargu.

C. Ogólne uregulowania dotyczące modyfikacji koncesji

40. Stosownie do wyżej zarysowanej linii orzeczniczej art. 43 dyrektywy 2014/23 wprowadza rozróżnienie między modyfikacjami w koncesji, które można przeprowadzić „bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji” (ust. 1 i 2), a pozostałymi modyfikacjami. Te ostatnie są zaliczane do *istotnych*.

[18] W swoich odpowiedziach na pytania Trybunału Stanleybet Malta, Magellan Robotech i Komisja podkreślają, że nie istniał żaden *obowiązek* utrzymania koncesji.

[19] Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), pkt 31, 32.

[20] Motyw 75 dyrektywy 2014/23 ujmuje to w ten sposób: „Niezbędne jest […] doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje koncesji w okresie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie koncesji, z uwzględnieniem stosownego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”.

[21] Wyrok z dnia 18 września 2019 r., Komisja/Włochy (C-526/17, EU:C:2019:756), pkt 59. Zarówno w tym wyroku, jak i w wyroku z dnia 11 lipca 2013 r., Komisja/Niderlandy (C-576/10, EU:C:2013:510), pkt 54, mowa jest o zmianie istotnych aspektów zamówienia. Logiczne jest, że mniejsze lub incydentalne modyfikacje są dopuszczalne i nie sprawiają, że nowy przetarg staje się konieczny. Motyw 75 dyrektywy 2014/23 potwierdza to w ten sposób: „modyfikacje koncesji skutkujące nieznaczną zmianą wartości koncesji do określonego poziomu powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie koncesji”.

[22] „Należy wyłączyć z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy koncesje dotyczące działalności loterii udzielone przez państwo członkowskie wykonawcy na podstawie prawa wyłącznego przyznanego w procedurze bez ogłoszenia publicznego na mocy obowiązujących krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub opublikowanych przepisów administracyjnych zgodnych z TFUE. Wyłączenie to jest uzasadnione przyznaniem wyłącznego prawa jednemu podmiotowi, co wyklucza zastosowanie procedury konkurencyjnej, a także koniecznością zachowania przez państwa członkowskie możliwości regulowania sektora gier na szczeblu krajowym z powodu obowiązku ochrony porządku publicznego i społecznego”.

[23] Punkt 9 jego uwag na piśmie.

41. Ustęp 5 tego artykułu ma charakter wyczerpujący, stanowiąc, że „nowe postępowanie o udzielenie koncesji zgodnie z niniejszą dyrektywą jest wymagane w przypadku […] modyfikacji postanowień koncesji w okresie jej obowiązywania innych niż modyfikacje przewidziane na mocy ust. 1 i 2”.

42. Klucz do określenia, kiedy dana modyfikacja jest istotna i wymaga ogłoszenia nowego postępowania, znajduje się w art. 43 ust. 4 dyrektywy 2014/23: „modyfikację koncesji w okresie jej obowiązywania uznaje się za istotną […] jeżeli powoduje ona, że charakter koncesji różni się istotnie od charakteru pierwotnie zawartej koncesji”.

43. Konkretyzując tę normę o charakterze ogólnym, ten sam ust. 4 zawiera cztery przypadki modyfikacji istotnych, z których dwa mają znaczenie w niniejszej sprawie:

– „[M]odyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie koncesji, […] przyciągnęłyby dodatkowych uczestników w postępowaniu o udzielenie koncesji” [24].

– „[M]odyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną koncesji na korzyść koncesjonariusza w sposób, którego nie przewidziano w pierwotnej koncesji” [25].

D. Pierwsze pytanie prejudycjalne

44. Consiglio di Stato (rada stanu), po odnotowaniu, że spółki wnoszące odwołanie nie brały udziału w przetargu zorganizowanym na podstawie dekretu z mocą ustawy nr 78/2009, stwierdza, że powodem ich wstrzymania się mogło być to, że odnowienie koncesji było jedynie potencjalne, jako że zależało od dyskrecjonalnej decyzji organu.

45. Dodaje, że ta dyskrecjonalność została wyeliminowana przez dekret z mocą ustawy nr 148/17, który wszedł w życie dwa lata przed końcem (pierwszego) dziewięcioletniego okresu przewidzianego w umowie koncesyjnej.

46. Ewentualna niezgodność z przepisami europejskimi polegała więc na tym, że ustawodawca w 2017 r. w drodze aktu prawnego wyeliminował jakąkolwiek możliwość uznania administracyjnego w zakresie decyzji o dalszym trwaniu koncesji lub organizacji nowego przetargu.

47. Moim zdaniem przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że utrzymanie koncesji na dodatkowy okres dziewięciu lat było przewidziane już w pierwotnym instrumencie prawnym, który był ze swej strony zgodny z dekretem z mocą ustawy nr 78/2009.

48. Jest to ważny fakt, ponieważ *skorzystanie* z tego postanowienia stanowiło wykonanie tego instrumentu, czyli po prostu zastosowanie jednego z postanowień pierwotnej umowy koncesyjnej.

[24] Ewentualność tę rozpatrywał Trybunał w wyroku z dnia 7 września 2016 r., Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634), pkt 29: „znaczn[e] ograniczeni[e] przedmiotu [zamówienia] może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych”.

[25] Orzecznicze źródło tej zasady można odnaleźć w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), pkt 37.

49. Jak później wytłumaczę, skorzystanie z możliwości utrzymania koncesji, jednorazowo, przez kolejny okres dziewięciu lat, nie zmieniło pierwotnego modelu, który opierał się na systemie wielu koncesjonariuszy (przewidywano do czterech ewentualnych koncesjonariuszy).

50. Model ten, jako taki, pozostał nienaruszony. Jednak, skoro przy jego wdrożeniu w roku 2010, de facto tylko jeden wykonawca zgłosił się do przetargu i w związku z tym stał się on jedynym koncesjonariuszem, utrzymanie koncesji przez dodatkowy okres dziewięciu lat, ustanowiony w pierwotnym instrumencie prawnym, musiało przysługiwać temu wykonawcy.

51. Prawdą jest jednak, że – również zgodnie z brzmieniem pierwotnego instrumentu – to organ udzielający koncesji powinien pozytywnie ocenić wyniki prowadzenia działalności przez koncesjonariusza, aby umożliwić przejście do kolejnego okresu dziewięciu lat.

52. Z zastrzeżeniem tego, co wyjaśnię w przedmiocie szczególnych warunków nałożonych na oferenta w celu utrzymania koncesji na następne dziewięć lat, uważam za nieistotne, że utrzymanie to nastąpiło na podstawie dekretu z mocą ustawy, po tym jak organ udzielający koncesji potwierdził, że jest to zgodne z interesem publicznym.

53. W istocie ADM w piśmie z dnia 19 września 2017 r.[26] pozytywnie ocenił dotychczasowe wyniki prowadzenia działalności przez Lotterie Nazionali i przedstawił powody, dla których zgodnie z instrumentem stanowiącym pierwotną podstawę koncesji zasadne było utrzymanie koncesji tej spółki na kolejne dziewięć lat. Dokonując tej oceny, ADM skorzystał ze swoich dyskrecjonalnych uprawnień, do których odnosi się Consiglio di Stato (rada stanu).

54. W piśmie tym stwierdzono, że utrzymanie koncesji przez Lotterie Nazionali było uzasadnione nie tylko ze względu na interes publiczny z ekonomicznego punktu widzenia, ale również ze względu na pozytywną ocenę zachowania tej spółki[27].

55. Dekret z mocą ustawy nr 148/17 potwierdził zatem zasadność utrzymania koncesji, którą ADM już ocenił w ramach uznania administracyjnego.

56. Bez względu na powody, jakie przesądziły o utrzymaniu koncesji na podstawie przepisów aktu prawnego, a nie w drodze czynności organu publicznego udzielającego koncesji, pozostaje faktem, że organ ten, zanim został wydany dekret z mocą ustawy nr 148/17, pozytywnie zaopiniował działalność koncesjonariusza i wskazał na interes publiczny w utrzymaniu koncesji.

1. Wielość koncesjonariuszy a jeden koncesjonariusz

57. W kilku fragmentach postanowień odsyłających, a także w niektórych uwagach tych, którzy sprzeciwiają się utrzymaniu koncesji przez Lotterie Nazionali[28], wskazano, że pociąga ono za sobą przekształcenie systemu wielu koncesjonariuszy w inny system, jednego koncesjonariusza.

[26] Pismo stanowiło odpowiedź na wniosek złożony przez spółkę-koncesjonariusza w dniu 26 lipca 2017 r. w celu uzyskania odnowienia koncesji.

[27] Zdaniem ADM koncesjonariusz utrzymał wymagany poziom wpływów; w sposób skuteczny, stosując się do zaleceń samego ADM, zarządzał fizyczną siecią dystrybucji krajowej loterii zdrapkowej oraz zwracał szczególną uwagę na prawidłowe i terminowe uiszczanie opłat należnych państwu, a także wypłacanie nagród należnych klientom.

[28] Zwolennicy konieczności przeprowadzenia nowego przetargu argumentują, że dekret z mocą ustawy nr 148/17 poprzez nakazanie odnowienia koncesji wprowadził model jednego koncesjonariusza.

58. Stwierdziłem już, że możliwość wyboru wielu koncesjonariuszy, która istniała w dekrecie z mocą ustawy nr 78/2009, istniała nadal po udzieleniu zezwolenia na utrzymanie koncesji i nie została zastąpiona przez model jednego koncesjonariusza na podstawie dekretu z mocą ustawy nr 148/17.

59. Wyjaśniłem również, że jeśli w odniesieniu do niniejszej sprawy można mówić o jednym koncesjonariuszu, to nie wynika to z zastosowania przepisów, lecz z okoliczności o charakterze czysto faktycznym: do przetargu zgłosił się tylko jeden kandydat.

60. Z punktu widzenia prawa Unii co do zasady obydwie możliwości mogłyby być dopuszczalne, jak to potwierdził Trybunał[29]. Jednak wybór rozwiązania w postaci jednego koncesjonariusza na płaszczyźnie normatywnej musiałby być usprawiedliwiony dążeniem do uzasadnionego celu.

61. Nie sądzę, aby trzeba było dążyć w kierunku badania uzasadnienia dla modelu jednego koncesjonariusza, gdyż, jak już stwierdziłem, nie jest to model występujący w niniejszej sprawie.

62. Prawdą jest, że pismo ADM z dnia 19 września 2017 r. odnosi się do systemu jednego koncesjonariusza, który ta agencja publiczna uznawała wówczas za korzystniejszy[30]. Są to jednak rozważania, które ADM poczynił pomocniczo na wypadek, gdyby nie utrzymano, za czym on sam się opowiadał, koncesji Lotterie Nazionali[31].

63. Uważam zatem, że nie na miejscu jest spór w przedmiocie (niezaistniałej) zmiany modelu. Wolą ustawodawcy włoskiego nie było, również poprzez przyjęcie dekretu z mocą ustawy nr 148/17, żeby koncesje na prowadzenie krajowej loterii zdrapkowej były odtąd dostosowane do modelu jednego koncesjonariusza. W drodze tego dekretu postanowiono jedynie o utrzymaniu koncesji, zgodnie z postanowieniami instrumentu stanowiącego jej pierwotną podstawę, ze spółką, której udzielono koncesji w wyniku zgłoszenia się przez nią jedyną do przetargu przeprowadzonego w oparciu o model wielu koncesjonariuszy.

E. Drugie i trzecie pytania prejudycjalne

64. Consiglio di Stato (rada stanu) przyznaje, że dekret z mocą ustawy nr 148/17 zachował „ten sam tytuł (causa petendi) i przedmiot umowy (petitum)”, co te określone w pierwotnej koncesji. W szczególności łączna kwota, jaką Lotterie Nazionali ma zapłacić za drugi dziewięcioletni okres, pokrywa się z kwotą podaną w pierwotnym instrumencie stanowiącym podstawę koncesji (800 mln EUR).

65. W postanowieniach odsyłających wyróżnia się jednak *zmiana*, która dotyczy „warunków i terminu uiszczenia opłaty koncesyjnej”: przewidująca jej wcześniejsze uiszczenie, w 2017 r. (50 mln EUR) i w 2018 r. (750 mln EUR)[32].

[29] Wyrok Stanley International Betting i Stanleybet Malta, pkt 53 i sentencja: „art. 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniom krajowym […], które przewidują w odniesieniu do koncesji na zarządzanie usługami gry w lotto model koncesji na wyłączność, w odróżnieniu od innych gier, zakładów bukmacherskich i zakładów wzajemnych, do których zastosowanie znajduje model obejmujący wielu koncesjonariuszy, o ile sąd krajowy stwierdzi, że przepisy krajowe rzeczywiście realizują w sposób spójny i systematyczny uzasadnione cele zadeklarowane przez dane państwo członkowskie”.

[30] Punkt 64 uwag rządu włoskiego.

[31] Stwierdził w szczególności, że gdyby nie przyjęto rozwiązania polegającego na utrzymaniu koncesji, konieczne byłoby uregulowanie istotnych elementów nowego przetargu w przepisie szczególnym.

[32] Wyznaczono trzy raty: 50 mln EUR przed dniem 15 grudnia 2017 r.; 300 mln EUR przed dniem 30 kwietnia 2018 r.; i 450 mln EUR przed dniem 31 października 2018 r.

66. Okoliczność ta, dodaje sąd odsyłający, mogłaby doprowadzić do „potencjalnej zmiany całkowitej kwoty należnej płatności pod względem jej obciążającego charakteru, biorąc pod uwagę – zgodnie ze stanowiskiem wnoszących odwołanie – obiektywny i znany fakt wartości finansowej czasu".

67. Ci, którzy twierdzą, że te nowe warunki płatności nie oznaczały istotnej modyfikacji, podnoszą, że zarówno w przypadku udzielenia koncesji w roku 2010, jak i jej odnowienia w roku 2017 kwota, którą koncesjonariusz powinien uiścić, była identyczna (800 mln EUR). Ponadto dla koncesjonariusza bardziej obciążająca była przyspieszona płatność, gdyż jej dokonanie następuje jeszcze przed rozpoczęciem dziewięcioletniego okresu.

68. Odpowiedź na wątpliwości Consiglio di Stato (rady stanu) wymaga: a) porównania warunków płatności obowiązujących w pierwszym okresie z warunkami obowiązującymi w drugim; i b) jeśli to porównanie wykaże, że nastąpiła zmiana, to ustalenia, czy należy ją zakwalifikować jako istotną, czy nie.

1. Porównanie warunków płatności

69. W pierwotnej koncesji wpływy na rzecz organu udzielającego koncesji wynosiły co najmniej 500 mln EUR w pierwszym roku (2009) i 300 mln EUR w drugim (2010).

70. Zgodnie z rozkładem płatności wprowadzonym przez dekret z mocą ustawy nr 148/17, jak już wspomniano, te same wpływy na rzecz budżetu państwa wynosiły 50 mln EUR za pierwszy rok (2017) i 750 mln EUR za drugi (2018), co oznaczało w istocie uiszczenie z góry opłaty za okres odnowionej koncesji.

71. A zatem z nowych warunków płatności wynikało, że:

– Pierwsza kwota (50 mln EUR) z przedłużonego okresu stanowiła jedną dziesiątą część kwoty przewidzianej (500 mln EUR) na pierwszą transzę płatności w postanowieniach mających zastosowanie do koncesji w 2010 r.

– Z kolei druga kwota (750 mln EUR) z przedłużonego okresu ponad dwukrotnie przekroczyła analogiczną płatność (300 mln EUR) z pierwotnej koncesji.

72. Nastąpiła zatem zmiana tempa, w jakim koncesjonariusz miał wnosić opłaty, natomiast bez zmian pozostała kwota i jej podział na dwie następujące po sobie transze.

73. Można założyć, że – jak podkreśla Komisja [33] – obniżenie kwoty pierwszej płatności (50 mln EUR) pozwoliłoby koncesjonariuszowi lepiej *przygotować się* do uiszczenia drugiej transzy (750 mln EUR) w kolejnym roku. Chociaż ta ostatnia wynosiła ponad dwukrotnie więcej niż odpowiadająca jej transza określona w dekrecie z mocą ustawy nr 78/2009, koncesjonariusz mógł od początku liczyć na dochody z koncesji, więc nie można wykluczyć, że system jako całość jest dla niego korzystny.

[33] Punkty 47–49 jej uwag.

74. Prawdą jest jednak, że przyspieszenie o dwa lata uiszczenia opłaty koncesyjnej należnej za przedłużony okres mogłoby samo w sobie spowodować niedogodności finansowe dla koncesjonariusza, podobne do tych, z którymi musi mierzyć się każdy wykonawca, aby z wyprzedzeniem dokonać opłat w zamian za dochody, których jeszcze nie uzyskał [34].

2. Modyfikacja istotna?

75. Abstrahując chwilowo od pozostałych okoliczności uiszczenia opłaty, wyrażenie zgody na utrzymanie koncesji Lotteria Nazionali na dodatkowe dziewięć lat nie stanowiło żadnej zmiany (ani istotnej, ani pomniejszej) samej koncesji, gdyż, jak pragnę ponownie wskazać, było ono zgodne z instrumentem stanowiącym pierwotną postawę koncesji.

76. Byłoby inaczej, gdyby odnowienie koncesji nie zostało od początku przewidziane we wspomnianym wyżej wymienionym instrumencie. W takim wypadku przedłużenie, czy to ex lege, czy samodzielną decyzją instytucji zamawiającej, o dziewięć lat wygasłej koncesji bez postępowania przetargowego niewątpliwie pociągałoby za sobą istotną modyfikację umowy koncesyjnej [35].

77. Spór ogranicza się zatem do oceny, czy warunki płatności obowiązujące w drugim okresie koncesyjnym *istotnie* różniły się od warunków mających zastosowanie w pierwszym okresie.

78. Przypomnę, że w przypadku obu okresów oprócz „tytułu (causa petendi) i przedmiotu (petitum)" także opłata, którą powinien uiścić koncesjonariusz, oraz wymóg dokonania zapłaty w dwóch transzach, w pierwszym i drugim roku każdego z tych okresów, pozostawały niezmienione.

79. Zmiana, która faktycznie została wprowadzona, dotyczyła podziału kwoty na te dwie transze, różniącego się w sposób już wyżej przedstawiony, oraz przyspieszenia, na lata 2017 i 2018, tych płatności w stosunku do początku nowego okresu koncesyjnego, który rozpoczął się w 2019 r. [36].

80. Pozostawiając ostateczną ocenę sądowi odsyłającemu, który najlepiej może rozstrzygnąć tę kwestię ze względu na znajomość sprawy, nie uważam, aby modyfikację kwot każdej z tych transz można było uznać za istotną, gdyż, wziąwszy pod uwagę korzyści i niedogodności dla koncesjonariusza oraz organu udzielającego koncesji, nie wydaje się, aby zakłócało to równowagę finansową koncesji na korzyść koncesjonariusza do tego stopnia, że wymagałoby to nowego przetargu.

81. Jedynie bardziej dogłębna analiza ekonomiczna pozwoliłaby stwierdzić, czy to, co stwarza pozór niedogodności dla koncesjonariusza (przyspieszenie opłat, w momencie gdy Lotterie Nazionali nie mogło jeszcze samo uzyskać dochodu z drugiego okresu koncesyjnego), w istocie nią było, czy też paradoksalnie mogło stanowić dla niego korzyść lub też po prostu, ogólnie rzecz ujmując, zachowywało pierwotną równowagę finansową.

[34] To właśnie sugerują Lotterie Nazionali (ostatni akapit pkt 32 i ostatni ppkt drugiego tiret pkt 35 jego uwag) i Lottomatica (pkt 4.3 jej uwag). Nie można jednak wykluczyć, że jeśli Lotterie Nazionali zaakceptowało płatność z góry, zrobiło to dlatego, że, ostatecznie, było to mu na rękę. Logicznie można założyć, że w przeciwnym razie nie chciałby utrzymania koncesji.

[35] Trybunał potwierdził to w swoich wyrokach w odniesieniu do odnowienia lub przedłużenia koncesji włoskich, w wyrokach: z dnia 13 września 2007 r., Komisja/Włochy (C-260/04, EU:C:2007:508), w zakresie koncesji na prowadzenie zakładów na wyścigi konne; z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558), w zakresie koncesji na majątek publiczny; z dnia 18 września 2019 r., Komisja/Włochy (C-526/17, EU:C:2019:756), w zakresie koncesji na roboty budowlane.

[36] Zgodnie z art. 20 ust. 1 dekretu z mocą ustawy nr 148/17 miało to „zapewni[ć] nowe i większe dochody budżetu państwa […] na rok 2017 i […] na rok 2018", czyli zapewnić płynność już w czasie tych dwóch lat zamiast oczekiwania na pobranie opłaty w latach 2019 i 2020.

82. W piśmie ADM z dnia 19 września 2017 r., uzasadniając korzyści płynące z utrzymania stosunku koncesyjnego z dotychczasowym koncesjonariuszem przez okres następnych dziewięciu lat, nie zapomniano o tym, że byli inni wykonawcy gotowi zająć jego miejsce [37]. Postanowienia odsyłające odnoszą się również do „wykonawców działających w danym sektorze, którzy są obecnie zainteresowani wejściem na rynek".

83. Oczekiwania spółek wnoszących odwołanie nie mogą jednak przeważyć wobec niezaprzeczalnego faktu, że pierwotna koncesja ab initio przewidywała ewentualne odnowienie, bez konieczności konkurowania z innymi podmiotami, na drugi okres dziewięciu lat. Oczekiwania te będą mogły rozwinąć się w pełni po zakończeniu tego (niepodlegającego przedłużeniu) okresu dziewięciu lat.

84. Lottomatica Holding i Lotterie Nazionali ze swej strony [38] utrzymują, że przyspieszenie, na rok 2017, decyzji o utrzymaniu koncesji było uzasadnione, gdyż w przeciwnym wypadku potrzebny byłby czas wystarczający do tego, by przeprowadzić nowy przetarg i w dniu 30 września 2019 r. mieć koncesjonariusza.

85. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy wystąpił ten lub jakikolwiek inny powód nawiązania kontaktów z koncesjonariuszem przed upływem pierwszego okresu dziewięciu lat, a następnie podjęcia decyzji o utrzymaniu koncesji na drugi okres o takiej samej długości.

86. W każdym razie uważam, że czynnik ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy zmiany kwot płatności można zakwalifikować jako istotne modyfikacje koncesji. W tym zakresie należy badać treść tych zmian, a nie moment, w którym organ udzielający koncesji postanowił ich dokonać.

87. Czas, kiedy ADM podjął tę decyzję, mógłby mieć wpływ na inne elementy jej kontroli przez sąd (np. poprzez ukazanie ewentualnego nadużycia władzy), ale nie uważam tej okoliczności za istotną dla oceny, czy nastąpiła istotna modyfikacja warunków koncesji.

88. Podsumowując, przy ograniczeniu sporu do pytania, czy zmianę rozkładu transz opłat można zaliczyć do istotnych modyfikacji, która „powoduje […], że charakter koncesji różni się istotnie od charakteru pierwotnie zawartej koncesji" (art. 43 ust. 4 dyrektywy 2014/23), moja odpowiedź jest przecząca, chociaż pragnę podkreślić, że ostatnie słowo w tej kwestii należy do sądu odsyłającego.

F. Czwarte pytanie prejudycjalne

89. W ostatnim pytaniu prejudycjalnym Consiglio di Stato (rada stanu) zmierza w istocie do ustalenia, czy spółki wnoszące odwołanie, pomimo tego, że nie uczestniczyły w pierwotnym przetargu na koncesję „kontynuowan[ą] z koncesjonariuszem, którego koncesja wygasała, zgodnie z nowymi warunkami umownymi [opisanymi w postanowieniu odsyłającym]", mogą zaskarżyć odnowienie koncesji.

[37] Lottomatica i Lotterie Nazionali w uwagach (odpowiednio, pkt 4.2 i 26) przyznają, że podmioty trzecie miały interes w ubieganiu się o koncesję, gdy uzasadniają przyspieszenie procedury odnowienia koncesji ze względu na liczbę sporów wszczynanych w związku z przetargami w sektorze gier hazardowych we Włoszech. Wnoszące odwołanie, gdy dowiedziały się o wydaniu dekretu z mocą ustawy nr 148/17, zwróciły się niezwłocznie do ADM, informując go, że są zainteresowane koncesją (pisma Sisala z dnia 31 października i z dnia 9 listopada 2017 r. oraz Stanleybet Malta z dnia 8 listopada 2017 r., załączone do uwag).

[38] Odpowiednio, pkt 4.2 i 26 ich uwag na piśmie.

90. Zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu) spółki te mogą mieć uzasadniony interes nie we wznowieniu przetargu, lecz w tym, aby organ udzielający koncesji skorzystał ze swoich dyskrecjonalnych uprawnień po zakończeniu pierwszego okresu koncesji [39]. Z tego względu nie ma więc znaczenia, czy uczestniczyły w przetargu w 2010 r., czy nie.

91. Co do zasady zdaniem Trybunału „udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia może co do zasady stanowić w ważny sposób, w świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, przesłankę, której spełnienie jest wymagane do wykazania, że dany podmiot ma interes w uzyskaniu danego zamówienia lub grozi mu poniesienie szkody z racji podnoszonego niezgodnego z prawem charakteru decyzji o udzieleniu tego zamówienia” [40].

92. Jednakże, moim zdaniem, ta ogólna zasada nie ma zastosowania do niniejszej sprawy, w której nie chodzi o ustalenie, czy ci, którzy nie brali udziału w procesie wyboru koncesjonariusza jako oferenci, posiadają legitymację do zaskarżenia (pierwotnej) decyzji o udzieleniu koncesji. Spór toczy się o to, czy w ramach odnowienia koncesji spółki wnoszące odwołanie mogą wykazać swój interes w tym, żeby to odnowienie było przedmiotem przetargu, i w ten sposób ubiegać się o udzielenie koncesji.

93. Odpowiedź jest związana z omówionymi już kwestiami merytorycznymi, to znaczy, czy zmiany w systemie dokonywania opłat za drugi okres koncesji były wystarczające, by istotnie zmienić pierwotne warunki tej koncesji.

94. Aby zaś stwierdzić, czy zmiany te miały charakter istotny, co powodowałoby powstanie obowiązku przeprowadzenia nowego przetargu, w którym mogliby uczestniczyć zainteresowani wykonawcy, należy przyznać im uprawnienie do podjęcia działań procesowych, które to zweryfikują.

V. Wnioski

95. W świetle powyższych uwag proponuję Trybunałowi, by na pytania przedstawione przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) odpowiedział następująco:

Artykuły 49 i 56 TFUE, a także art. 3 i 43 dyrektywy 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji należy interpretować w ten sposób, że:

1) Jeśli instrument stanowiący pierwotną podstawę koncesji na urządzanie krajowych loterii zdrapkowych przewidywał utrzymanie koncesji tego samego koncesjonariusza na drugi okres dziewięciu lat, przepisy te nie sprzeciwiają się temu, by środek ten był stosowany w drodze przepisu o charakterze ustawowym, po stwierdzeniu przez organ udzielający koncesji, że utrzymanie koncesji jest zgodne z interesem publicznym i instrumentem stanowiącym pierwotną podstawę koncesji.

[39] Wynika to z pkt 12 lit. c.9) postanowień odsyłających.

[40] Wyrok z dnia 28 listopada 2018 r., Amt Azienda Trasporti e Mobilità i in. (C-328/17, EU:C:2018:958), pkt 46.

2) Z zastrzeżeniem weryfikacji, której przeprowadzenie należy do sądu odsyłającego, nie należy uznać, że modyfikacje warunków koncesji, które, przy zachowaniu tego samego tytułu i przedmiotu koncesji, tej samej kwoty opłat i tego samego systemu płatności w dwóch transzach, ograniczają się do zmiany wysokości kwot częściowych, które koncesjonariusz musi uiścić w każdej z tych transz, posiadają, w rozumieniu art. 43 dyrektywy 2014/23, istotny charakter.

3) Wykonawcy zainteresowani uzyskaniem koncesji posiadają legitymację do zaskarżenia utrzymania koncesji danego koncesjonariusza, w oparciu o to, że warunki, którym podlega to utrzymanie koncesji, stanowią istotną modyfikację pierwotnej koncesji. Nie ma w tym względzie znaczenia, czy wykonawcy ci uczestniczyli w pierwotnym przetargu.