Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 21. ledna 2021 [1]

Spojené věci C-721/19 a C-722/19

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

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie)]

„Řízení o předběžné otázce – Svoboda usazování – Volný pohyb služeb – Omezení – Směrnice 2014/23/EU – Články 3 a 43 – Zadávání veřejných zakázek – Postupy při výběru koncesionáře – Okamžité loterie – Vnitrostátní právní předpisy, které nařizují obnovení koncese bez provedení zadávacího řízení – Změna podmínek koncese – Podstatné změny – Právo na přístup k systému opravných prostředků"

1. Mezi druhy hazardních her povolených v Itálii patří takzvaná „okamžitá národní loterie" [2], k jejímuž provozování byla v roce 2009 udělena koncese. Veřejný zadavatel vybral úspěšného uchazeče o koncesi v rámci veřejného zadávacího řízení, které se řídilo kritériem ekonomicky nejvýhodnější nabídky.

2. Nařízení s mocí zákona č. 78/2009 [3] zavedlo systém koncesí na okamžitou národní loterii, v rámci nějž mohli být vybráni až čtyři koncesionáři. Doba trvání koncese byla devět let a bylo možné ji jednou obnovit na stejnou dobu.

3. Nabídku podal jen jeden uchazeč, Lotterie Nazionali Srl (dále jen „Lotterie Nazionali"), který se stal jediným koncesionářem.

[1] Původní jazyk: španělština.

[2] Jedná se o loterie typu „setři a vyhraj", u nichž se účastníci mohou okamžitě dozvědět výsledek své sázky. Po zakoupení losu se náhodná výherní kombinace, vytištěná a skrytá, objeví po setření určitého místa na losu.

[3] Nařízení s mocí zákona č. 78/2009 ze dne 1. července 2009, „Opatření proti krizi a prodloužení lhůt" (GURI č. 150 ze dne 1. července 2009), přeměněné se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009 (GURI č. 179 ze dne 4. srpna 2009; dále jen „nařízení s mocí zákona č. 78/2009".

4. Dva roky před uplynutím počáteční doby (2010/2019) uložil nový právní předpis, nařízení s mocí zákona č. 148/2017[4], veřejnému zadavateli, aby schválil „pokračování stávajícího koncesního vztahu […] do uplynutí maximální lhůty stanovené v […] aktu udělujícím koncesi“[5], tedy až do roku 2028.

5. Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) má pochybnosti o tom, zda pokračování koncesního vztahu během tohoto období bez provedení nového zadávacího řízení je slučitelné s právem na volný pohyb služeb a se svobodou usazování (články 49 SFEU a 56 SFEU), jakož i se směrnicí 2014/23/EU[6].

6. Kromě toho si klade otázku, zda hospodářské subjekty z daného odvětví, které se neúčastnily původního zadávacího řízení, mohou podat námitky proti obnovení a požadovat zahájení nového zadávacího řízení.

I. Právní rámec

A. Unijní právo. Směrnice 2014/23

7. Článek 3 („Zásada rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti“) stanoví:

„1. Veřejní zadavatelé a zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

[…]“

8. Článek 43 („Změny koncesí během doby jejich platnosti“) zní:

„1. Koncese mohou být změněny bez nového koncesního řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech:

a) pokud změny, bez ohledu na jejich peněžní hodnotu, byly upraveny v původní koncesní dokumentaci v jasných, přesných a jednoznačných ustanoveních o změnách, jež mohou zahrnovat ustanovení o úpravě hodnoty či opčních právech. Tato ustanovení uvádějí rozsah a povahu možných změn a opčních práv, jakož i podmínky, za nichž mohou být uplatněny. Nestanoví však změny ani opční práva, které by měnily celkovou povahu koncese;

[…]

e) pokud změny, bez ohledu na jejich hodnotu, nejsou podstatné ve smyslu odstavce 4.

[…]

[4] Nařízení s mocí zákona č. 148/2017 ze dne 16. října 2017, „Naléhavá ustanovení ve finanční oblasti a pro neodkladné požadavky“ (GURI č. 242 ze dne 16. října 2017), přeměněné se změnami zákonem č. 172 ze dne 4. prosince 2017 (GURI č. 284 ze dne 5. prosince 2017; dále jen „nařízení s mocí zákona č. 148/17“).

[5] V některých částech předkládacího usnesení [například v bodě 12 písm. c.8)] předkládající soud uvádí, že pokračování koncesního vztahu lze v podstatě považovat za jeho obnovení (*rinnovo*) nebo prodloužení.

[6] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (Úř. věst. 2014, L 94, s. 1).

4. Změna koncese během jejího trvání se považuje za podstatnou ve smyslu odst. 1 písm. e), pokud co do povahy činí novou koncesi věcně odlišnou od původně udělené koncese. Aniž jsou dotčeny odstavce 1 a 2, považuje se změna v každém případě za podstatnou, pokud je splněna alespoň jedna z těchto podmínek:

a) změna zavádí podmínky, které by, pokud by byly součástí původního koncesního řízení, umožnily výběr jiných žadatelů než těch, kteří byli vybráni původně, nebo přijetí jiné nabídky, než byla původně přijata, nebo by k účasti na koncesním řízení podnítily další účastníky;

b) změna má za následek změnu ekonomické rovnováhy koncese ve prospěch koncesionáře, a to způsobem, který v původní koncesi není upraven;

[...]

5. V případě jiných změn v koncesi v průběhu jejího trvání, než jsou změny uvedené v odstavcích 1 a 2, bude vyžadováno nové koncesní řízení v souladu s touto směrnicí."

B. Italské právo

1. Nařízení s mocí zákona č. 78/2009

9. Článek 21 („Udělování koncesí v oblasti her") zní následovně:

„1. Za účelem zajištění ochrany převažujících veřejných zájmů v rámci činností spočívajících v přijímání herních sázek, jsou-li zadány subjektům mimo veřejnou správu, je provozování těchto činností vždy zadáváno na základě koncese, v souladu s unijními a vnitrostátními zásadami a pravidly, obvykle několika subjektům vybraným prostřednictvím otevřených, konkurenčních a nediskriminačních řízení. Proto [...] Ministero dell'economia e delle finanze-Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (ministerstvo hospodářství a financí – autonomní správa státních monopolů) zahájí řízení nezbytná pro včasné udělení koncese, zahrnující také dálkové přijímání sázek výše uvedených loterií, těm nejkvalifikovanějším vnitrostátním a unijním provozovatelům her, jejichž počet však nepřekročí čtyři a kteří splňují kritéria spolehlivosti požadovaná z hlediska morálního, technického a ekonomického.

[...]

3. Výběrové řízení na udělení koncese je založeno na kritériu ekonomicky nejvýhodnější nabídky, v rámci něhož se upřednostní tato kritéria: a) zvýšení částky podaných nabídek oproti předem stanovenému základu, které každopádně zajistí celkové příjmy minimálně 500 milionů eur v roce 2009 a 300 milionů eur v roce 2010, bez ohledu na konečný počet úspěšných uchazečů;

[...]

4. Koncese uvedené v odstavci 1, které mohou být obnoveny nejvýše jednou, mají maximální dobu trvání devět let a jsou rozděleny do dvou období v délce pěti a čtyř let. Pokračování koncese ve druhém období je podmíněno kladným hodnocením průběhu provozování ze strany orgánu, který koncesi udělil, jež musí být vyjádřeno do první poloviny pátého roku koncese."

2. Nařízení s mocí zákona č. 148/2017

10. Článek 20 odst. 1 stanoví:

„Podle čl. 21 odst. 3 a 4 nařízení s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009, Správa cel a monopolů povolí pokračování stávajícího koncesního vztahu týkajícího se provozování, a to i na dálku, okamžitých národních loterií až do uplynutí maximální lhůty stanovené v čl. 4 odst. 1 koncesní listiny, aby byly zajištěny nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018.“

II. Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

11. Oznámeními uveřejněnými v *Úředním věstníku Evropské unie* dne 15. srpna 2009 a 2. dubna 2010 zahájila Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (Autonomní správa státních monopolů, Itálie) „výběrové řízení za účelem udělení koncese na provozování veřejných her zvaných ‚okamžité národní loterie‘ “ [7].

12. V zadávací dokumentaci bylo stanoveno, že [8]:

– nepřímé vykonávání činnosti přijímání herních sázek je vždy zadáváno na základě koncese;

– koncese se zpravidla udělí několika subjektům, jejichž počet nepřekročí čtyři, které jsou vybrány prostřednictvím otevřených, konkurenčních a nediskriminačních řízení;

– každý koncesionář musí zaplatit protiplnění na základě procentního podílu z příjmů;

– výběr koncesionářů je založen na zásadě ekonomicky nejvýhodnější nabídky a jako jedno z kritérií je posuzováno zvýšení nabídek oproti předem stanovenému základu, aby byly každopádně zajištěny celkové příjmy minimálně 500 milionů eur v roce 2009 a 300 milionů eur v roce 2010, bez ohledu na konečný počet úspěšných uchazečů;

– koncese, které mohou být obnoveny nejvýše jednou, mají maximální dobu trvání devět let a jsou rozděleny do dvou období v délce pěti a čtyř let. Pokračování koncese ve druhém období je podmíněno kladným hodnocením provozování činnosti koncesionáře, které musí správní orgán provést do první poloviny pátého roku.

13. Zadávacího řízení se zúčastnila pouze Lotterie Nazionali, která se stala výhradním koncesionářem.

14. Po prvním pětiletém období Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Úřad pro cla a monopoly, Itálie; dále jen „ADM“) [9] schválil pokračování koncese během druhého čtyřletého období až do 30. září 2019.

[7] Předkládací usnesení (bod 3.1) uvádí, že podle smlouvy ze dne 14. října 2003 byl tento druh loterie provozován do 31. května 2010 dočasným sdružením podniků Lottomatica (z nějž se později stala Lotterie Nazionali). Lottomatica Holding Srl ovládá společnost Lotterie Nazionali, v níž vlastní 64 % základního kapitálu.

[8] Zadávací dokumentace v podstatě převzala článek 21 nařízení s mocí zákona č. 78/2009.

[9] ADM je nástupcem Autonomní správy státních monopolů.

15. Dne 26. července 2017 Lotterie Nazionali požádala ADM o uplatnění ustanovení o pokračování koncese na další období devíti let.

16. Ve sdělení ze dne 19. září 2017 dospěl ADM k závěru, že požadované pokračování je v souladu s veřejným zájmem.

17. Dne 16. října 2017 vstoupil v platnost čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148/2017.

18. V souladu s tímto ustanovením ADM stanovil sdělením ze dne 1. prosince 2017 konec platnosti koncese na 30. září 2028, pokud koncesionář formálně přijme podmínky specifikované v čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148/17. Lotterie Nazionali přijala tyto podmínky téhož dne.

19. Společnosti Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd a Magellan Robotech Limited (dále jen „navrhovatelky“) napadly toto rozhodnutí u Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionální správní soud v Laziu, Itálie), který jejich žaloby zamítl rozsudky č. 9730/2018 a č. 9734/2018, oba ze dne 4. října 2018.

20. Navrhovatelky podaly proti prvostupňovým rozsudkům odvolání ke Consiglio di Stato (Státní rada). ADM a Lotterie Nazionali tyto rozsudky rovněž napadly, pokud jde o zamítnuté námitky nepřípustnosti.

21. Consiglio di Stato (Státní rada) „mezitímními rozsudky“ č. 6079 a č. 6080 ze dne 3. listopadu 2019 zamítla vedlejší odvolání ze strany ADM a Lotterie Nazionali a – pokud jde o věc samou – zpochybnila soulad čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148/17 s unijním právem.

22. Za těchto okolností Consiglio di Stato (Státní rada) Soudnímu dvoru Evropské unie tyto předběžné otázky:

„1) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (článek 49 a následující a článek 56 a následující SFEU), jakož i zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i – jsou-li použitelné – články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takové právní úpravě, jako je právní úprava obsažená v čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017, a v následných prováděcích aktech, která stanoví, že ‚*1. Podle čl. 21 odst. 3 a 4 nařízení s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009, Správa cel a monopolů povolí pokračování stávajícího koncesního vztahu týkajícího se provozování, a to i na dálku, okamžitých národních loterií až do uplynutí maximální lhůty stanovené v čl. 4 odst. 1 koncesní listiny, aby byly zajištěny nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018*‘, v situaci, kdy:

– článek 21 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009, stanoví, že předmětné koncese se obvykle udělí několika subjektům vybraným prostřednictvím otevřených, konkurenčních a nediskriminačních řízení;

– článek 21 odst. 4 výše uvedeného nařízení s mocí zákona stanoví, že koncese uvedené v odstavci 1 mohou být obnoveny nejvýše jednou;

– zadávacího řízení vyhlášeného v roce 2010 se navrhovatelky nezúčastnily;

– stávající konkrétní vztah byl od začátku založen s jediným koncesionářem na základě otevřeného zadávacího řízení, v němž byla předložena jediná nabídka;

– pokračování stávajícího koncesního vztahu by konkrétně znamenalo, že takový vztah by pokračoval pouze s tímto jediným koncesionářem, namísto obnovení koncese několika subjektů, a bez nového zadávacího řízení?

2) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (článek 49 a následující a článek 56 a následující SFEU), jakož i zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i – jsou-li použitelné – články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takové právní úpravě, jako je právní úprava obsažená v čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017, která při uplatnění čl. 21 odst. 3 a 4 nařízení s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009, stanoví, že ‚*Správa cel a monopolů povolí pokračování stávajícího koncesního vztahu týkajícího se provozování, a to i na dálku, okamžitých národních loterií až do uplynutí maximální lhůty stanovené v čl. 4 odst. 1 koncesní listiny, aby byly zajištěny nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018*‘, přičemž tak stanoví:

– prostřednictvím pokračování jediného existujícího koncesního vztahu, namísto případného obnovení několika koncesí podle čl. 21 odst. 4 nařízení s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. [srpna] 2009, a to bez vyhlášení nového zadávacího řízení;

– před uplynutím platnosti koncese: nařízení s mocí zákona č. 148 z roku 2017 vstoupilo v platnost dne 16. října 2017, tedy v den zveřejnění v italském Úředním věstníku, zatímco platnost koncese měla skončit dne 30. září 2019;

– s cílem zajistit nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018, čímž došlo ke změně některých aspektů týkajících se způsobu a lhůty platby protiplnění za koncesi, jakož i případně celkové částky dlužné platby z hlediska její nákladnosti, zejména prostřednictvím změny platebních lhůt, které byly zkráceny oproti tomu, co bylo stanoveno v původní koncesi, s ohledem na – podle navrhovatelek – objektivní a známou skutečnost, že čas má finanční hodnotu?

3) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (článek 49 a následující a článek 56 a následující SFEU), jakož i zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i – jsou-li použitelné – články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takové právní úpravě, jako je právní úprava obsažená v prováděcích aktech výše uvedeného nařízení, a zejména ve sdělení Správy cel a monopolů [protokol č.] 0133677 ze dne 1. prosince 2017, která s odkazem na uplatnění čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017 a na základě čl. 4 prvního odstavce koncesní smlouvy na provozování okamžitých loterií, který umožňuje obnovení této koncese nejvýše jednou, nově určuje konec lhůty koncesního vztahu ke dni 30. září 2028; aniž je každopádně dotčen článek 4, pokud jde o rozdělení doby trvání koncese na dvě období v délce 5 a 4 let (takže po uplynutí prvního období v délce pěti let od 1. října 2019 je

pokračování po dobu dalších čtyř let do 30. září 2028 podmíněno kladným hodnocením průběhu provozování ze strany Správy cel a monopolů, které musí být vyjádřeno do 30. března 2024); a stanoví, že společnost zaplatí částku 50 milionů eur do 15. prosince 2017, částku 300 milionů eur do 30. dubna 2018 a částku 450 milionů eur do 31. října 2018, přičemž:

– tak stanoví před uplynutím původní doby platnosti této koncese (sdělení Správy cel a monopolů [protokol č.] 0133677 bylo vydáno dne 1. prosince 2017, zatímco koncesní smlouva měla skončit dne 30. září 2019);

– tím zajistila […] platbu ve výši 800 milionů eur dříve (50 milionů eur do 15. prosince 2017; 300 milionů eur do 30. dubna 2018; 450 milionů eur do 31. října 2018) než v této lhůtě (30. září 2019);

– to znamená […] potenciální změnu celkové částky splatné platby z hlediska její nákladnosti, s ohledem na – podle navrhovatelek – objektivní a známou skutečnost, že čas má finanční hodnotu?

4) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (článek 49 a následující a článek 56 a následující SFEU), jakož i zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i – jsou-li použitelné – články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takovéto právní úpravě i v případě, že se hospodářské subjekty působící v tomto odvětví, které v současné době mají zájem o vstup na trh […], nezúčastnily zadávacího řízení, které bylo původně vyhlášeno za účelem udělení koncese, jejíž platnost měla skončit a která byla prodloužena ve prospěch končícího koncesionáře za popsaných nových smluvních podmínek, anebo […] k případnému omezení přístupu na trh […] dochází pouze v případě jejich skutečné účasti v původním zadávacím řízení?“

III. Řízení před Soudním dvorem

23. Žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce byly zapsány do rejstříku kanceláře Soudního dvora dne 23. září 2019. S ohledem na jejich vzájemnou souvislost rozhodl Soudní dvůr o jejich spojení.

24. Písemná vyjádření předložily společnosti Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta a Magellan Robotech, italská vláda a Komise, které odpověděly písemně na otázky, jež jim položil Soudní dvůr.

IV. Posouzení

A. Předběžné úvahy

25. Pochybnosti, které Consiglio di Stato (Státní rada) vyjadřuje v předkládacích usneseních, se týkají především věcných aspektů sporu, kterými se zabývá první až třetí předběžná otázka.

26. Čtvrtá otázka má naproti tomu spíše procesní povahu, jelikož se táže, zda má na spor vliv to, že se navrhovatelky, „hospodářské subjekty působící v tomto odvětví, které v současné době mají zájem o vstup na trh“, neúčastnily původního zadávacího řízení.

27. Po posouzení první předběžné otázky spojím své úvahy týkající se druhé a třetí otázky, jimž je vzhledem k jejich úzké souvislosti podle mne vhodnější věnovat se společně.

28. Nejprve je třeba upřesnit, který předpis unijního práva se v těchto věcech použije a jaký obecný režim stanoví jak judikatura Soudního dvora, tak směrnice 2014/23, pokud jde o změnu podmínek koncesí.

29. Musím rovněž poznamenat, že ve sporu nebyla vznesena žádná námitka směřující ke zpochybnění italské právní úpravy proto, že podrobuje tento způsob loterie režimu koncesí, o jehož slučitelnosti s unijním právem již Soudní dvůr rozhodl [10].

30. V projednávaném sporu nejde ani o odůvodnění celkové doby platnosti koncese (původně devět let, plus případně dalších devět) [11] ani o další aspekty režimu koncese [12].

B. Použitelný právní rámec

31. Podle článku 54 směrnice 2014/23 se tato směrnice „nepoužije na udělování koncesí, u kterých byla výzva k účasti v soutěži zveřejněna nebo které byly uděleny přede dnem 17. dubna 2014“. Vzhledem k tomu, že původní koncese na okamžitou národní loterii byla udělena v roce 2010, zdá se v zásadě [13], že toto ustanovení vylučuje použití směrnice 2014/23 na spor [14].

32. Předesílám, že ať je odpověď na tuto pochybnost jakákoliv, je třeba v každém případě zohlednit judikaturu Soudního dvora o vlivu článků 49 SFEU a 56 SFEU týkajících se svobody usazování a volného pohybu služeb na pravidla pro veřejné zakázky.

33. Tato judikatura konkrétně vyvozuje z těchto dvou ustanovení Smlouvy o FEU důsledky pro to, kdy mohou podstatné změny veřejné zakázky v zásadě vyžadovat nové zadávací řízení. Toto kritérium se použije rovněž na koncese na služby [15].

[10] Rozsudek ze dne 19. prosince 2018, Stanley International Betting aStanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; dále jen „rozsudek Stanley International Betting a Stanleybet Malta“, bod 66): „[…] Soudní dvůr potvrdil v odvětví hazardních her využití systému koncesí, přičemž měl za to, že tento systém může představovat účinný mechanismus umožňující kontrolu hospodářských subjektů působících v tomto odvětví s cílem předcházet provozování těchto činností ke kriminálním nebo podvodným účelům (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 12. září 2013, Biasci a další, C-660/11 a C-8/12, EU:C:2013:550, bod 24 a citovaná judikatura)“.

[11] Celková doba platnosti koncese může být relevantní skutečností. Podle judikatury „udělení koncesí až na patnáct let může subjektům se sídlem v jiných členských státech ztížit či dokonce znemožnit výkon svobod zaručených články 43 ES a 49 ES“ [rozsudek ze dne 9. září 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, bod 46)].

[12] Ze znění rozsudků vydaných v prvním stupni Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionální správní soud v Laziu) vyplývá, že došlo ke zpochybnění, na němž se podílela společnost Sisal, prvního zadávacího řízení, o kterém Consiglio di Stato (Státní rada) s konečnou platností rozhodla rozsudkem č. 1705/2010.

[13] Rozsudek Stanley International Betting a Stanleybet Malta, bod 34: „[…] podle judikatury ustálené v oblasti veřejných zakázek, kterou lze analogicky použít v oblasti koncesí na služby, je použitelnou směrnicí v zásadě směrnice platná v okamžiku, kdy zadavatel volí druh řízení, které má být uskutečněno, a definitivně rozhodne o otázce, zda existuje nebo neexistuje povinnost zajistit před zadáním veřejné zakázky soutěž mezi hospodářskými subjekty“.

[14] V této věci nelze hovořit o čistě vnitrostátní situaci: koncese má vzhledem ke svým charakteristikám určitý přeshraniční rozměr, překračující rozměr vnitrostátní, a dvě z navrhovatelek mají sídlo mimo Itálii.

[15] Rozsudek ze dne 13. dubna 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, bod 37): „Za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči mohou podstatné změny zásadních ustanovení smlouvy o koncesi na služby v určitých případech zapříčinit nezbytnost udělení nové smlouvy o koncesi na služby, mají-li tyto změny podstatně odlišné charakteristiky než původní koncese […]“.

34. Pokud v případě podstatných změn podmínek koncese musí být tato koncese předmětem nového zadávacího řízení, je třeba řídit se pravidly platnými ke dni, kdy je řízení vyhlášeno, a nikoliv platnými v době udělení původní koncese [16].

35. Jestliže vyjdeme z tohoto předpokladu, pokud by změny podmínek koncese na okamžitou loterii zavedené nařízením s mocí zákona č. 148/17 byly natolik podstatné, že by vyžadovaly nové zadávací řízení, vztahovala by se na toto řízení *ratione temporis* směrnice 2014/23 [17].

36. Totéž kritérium může platit pro případy takových prodloužení, jako je prodloužení dotčené v projednávané věci, i když s nimi bylo počítáno v původním aktu. I když prodloužení na další a delší období (devět let) závisí na hodnocení veřejného zadavatele v konkrétním případě a není automatické [18], je podle mne logičtější, že musí být v souladu s právním rámcem platným ke dni, kdy k němu dojde.

37. Každopádně články 3 a 43 směrnice 2014/23 pouze začleňují do právního předpisu judikaturu Soudního dvora v oblasti veřejných zakázek:

– článek 3 vyjadřuje zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti, které slouží „hlavním[u] cíl[i] právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek[, jímž] je zajistit volný pohyb služeb a otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech“ [19];

– článek 43, který upravuje změnu koncese během doby její platnosti, vychází rovněž z kritérií konsolidovaných judikaturou [20], podle nichž „[p]odstatná změna koncesní smlouvy [...] v zásadě musí vést k novému zadávacímu řízení na takto změněnou smlouvu“ [21].

38. Jak podle judikatury týkající se dodržování svobody usazování nebo volného pohybu služeb, tak podle článků 3 a 43 směrnice 2014/23 tedy bude výsledek věcně stejný.

[16] Rozsudek ze dne 18. září 2019, Komise v. Itálie (C-526/17, EU:C:2019:756, bod 60): „[…] uplatní [se] unijní právní předpisy platné v době [podstatné] změny“. Ve své odpovědi na otázky Soudního dvora italská vláda uvádí, že tato judikatura týkající se směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby se nepoužije, jelikož směrnice 2014/23 obsahuje zvláštní pravidlo (článek 54), které ve směrnici 2004/18 nebylo obsaženo. S tímto argumentem, který má kruhový charakter, se neztotožňuji, jelikož předpokladem uplatnění uvedeného článku 54 je, že nedošlo k podstatným změnám.

[17] Nařízení s mocí zákona č. 148/17 a následné sdělení ADM pocházejí z doby po uplynutí lhůty pro provedení směrnice 2014/23 (18. dubna 2016, podle jejího čl. 51 odst. 1).

[18] Ve svých odpovědích na otázky Soudního dvora společnosti Stanleybet Malta a Magellan Robotech i Komise zdůrazňují, že neexistovala žádná *povinnost* v koncesním vztahu pokračovat.

[19] Rozsudek ze dne 19. června 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, body 31 a 32).

[20] Bod 75 odůvodnění směrnice 2014/23 to vyjadřuje takto: „[j]e [...] nezbytné objasnit podmínky, za nichž změny koncese během jejího plnění vyžadují nové koncesní řízení, přičemž je třeba zohlednit příslušnou judikaturu Soudního dvora Evropské unie“.

[21] Rozsudek ze dne 18. září 2019, Komise v. Itálie (C-526/17, EU:C:2019:756, bod 59). Jak v tomto rozsudku, tak v rozsudku ze dne 11. července 2013, Komise v. Nizozemsko (C-576/10, EU:C:2013:510, bod 54), se jedná o změnu podstatných náležitostí smlouvy. Je logické, že menší nebo nahodilé změny jsou přípustné a nevyžadují nové zadávací řízení. Bod 75 odůvodnění směrnice 2014/23 to potvrzuje: „[z]měny koncese vedoucí k méně významné změně hodnoty koncese až do určité výše by měly být vždy možné, aniž by bylo třeba provést nové koncesní řízení“.

39. Pokud jde o nepoužitelnost *ratione materiae*, která údajně vyplývá z bodu 35 odůvodnění směrnice 2014/23[22], na který odkazuje Lotterie Nazionali[23], stačí konstatovat, že v projednávaném případě proběhlo soutěžní koncesní řízení, které bylo zveřejněno.

C. Obecná úprava změn koncese

40. V souladu s výše uvedeným směrem judikatury rozlišuje článek 43 směrnice 2014/23 mezi změnami koncese, k nimž může dojít „bez nového koncesního řízení“ (odstavce 1 a 2), a ostatními změnami. Posledně uvedené změny jsou kvalifikovány jako *podstatné*.

41. Odstavec 5 uvedeného článku je kategorický, když stanoví, že „[v] případě jiných změn v koncesi v průběhu jejího trvání, než jsou změny uvedené v odstavcích 1 a 2, bude vyžadováno nové koncesní řízení v souladu s touto směrnicí“.

42. Klíč k rozlišení, kdy je změna podstatná a vyžaduje zahájení nového řízení, obsahuje čl. 43 odst. 4 směrnice 2014/23: „[z]měna koncese během jejího trvání se považuje za podstatnou [...], pokud co do povahy činí novou koncesi věcně odlišnou od původně udělené koncese“.

43. Tentýž odstavec 4 uvádí jakožto konkretizaci tohoto obecného pravidla čtyři případy podstatných změn, z nichž dva mohou být relevantní v projednávaném případě:

– „změna zavádí podmínky, které by, pokud by byly součástí původního koncesního řízení, [...] k účasti na koncesním řízení podnítily další účastníky“[24];

– „změna má za následek změnu ekonomické rovnováhy koncese ve prospěch koncesionáře, a to způsobem, který v původní koncesi není upraven“[25].

D. První předběžná otázka

44. Consiglio di Stato (Státní rada) zdůrazňuje, že navrhovatelky se neúčastnily zadávacího řízení uspořádaného na základě nařízení s mocí zákona č. 78/2009, a uvádí, že důvodem jejich neúčasti mohlo být to, že obnovení koncese bylo pouze eventuální, neboť záviselo na uplatnění diskreční pravomoci přiznané správnímu orgánu.

45. Dodává, že tato diskreční pravomoc byla zrušena nařízením s mocí zákona č. 148/17, které nadto nabylo účinnosti dva roky před dovršením (prvního) období devíti let stanoveného v aktu o udělení koncese.

46. Případná neslučitelnost s evropskou právní úpravou tedy spočívá v tom, že zákonodárce z roku 2017 vyloučil legislativním aktem jakoukoli možnost správního posouzení, pokud jde o rozhodnutí zachovat koncesní vztah nebo uspořádat nové zadávací řízení.

[22] „Je vhodné z oblasti působnosti této směrnice vyjmout koncese týkající se provozování loterií, jež členský stát udělí na základě výlučného práva uděleného v řízení bez uveřejnění podle vnitrostátních právních nebo zveřejněných správních předpisů v souladu se Smlouvou o fungování EU. Důvodem této výjimky je udělení výlučného práva jednomu hospodářskému subjektu, což znemožňuje uspořádání soutěže, a potřeba ponechat členským státům vzhledem k jejich povinnostem v oblasti ochrany veřejného a společenského pořádku možnost regulovat odvětví hazardních her na vnitrostátní úrovni“.

[23] Bod 9 jejího písemného vyjádření.

[24] Touto situací se zabýval Soudní dvůr v rozsudku ze dne 7. září 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, bod 29): „důsledkem [...] snížení objemu [...] předmětu [zakázky] může být její zpřístupnění většímu množství hospodářských subjektů“.

[25] Původ tohoto pravidla lze nalézt v rozsudku ze dne 19. června 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, bod 37).

47. Podle mého názoru je v prvé řadě třeba zdůraznit, že pokračování koncesního vztahu po dobu dalších devíti let bylo již obsahem původního aktu, který byl v souladu s nařízením s mocí zákona č. 78/2009.

48. Tento údaj je důležitý, protože *aktivací* této možnosti byl tento akt naplněn, když bylo prostě uplatněno jedno z ustanovení původní koncesní smlouvy.

49. Jak uvedu dále, využití možnosti pokračovat jednorázově v koncesi po dobu nového období devíti let nezměnilo původní model, který odpovídal systému několika koncesionářů (koncesi bylo možné udělit až čtyřem potenciálním koncesionářům).

50. Tento model jako takový zůstal nedotčen. Nicméně vzhledem k tomu, že při praktickém provedení koncesního řízení v roce 2010 se *de facto* přihlásil pouze jediný hospodářský subjekt, a stal se tedy jediným koncesionářem, muselo být pokračování koncesního vztahu po dobu dalších devíti let, jak bylo stanoveno v původním aktu, přiznáno ve prospěch tohoto subjektu.

51. Je však pravda, že – rovněž podle původního aktu – tím, kdo kladně zhodnotí správu prováděnou koncesionářem, aby bylo možné obnovení na další období devíti let, měl být správní orgán udělující koncesi.

52. Bez ohledu na to, co uvedu ohledně specifických podmínek uložených uchazeči pro pokračování koncesního vztahu po dobu dalších devíti let, je podle mého názoru irelevantní, že o tomto pokračování bylo rozhodnuto nařízením s mocí zákona poté, co správní orgán udělující koncesi potvrdil, že prodloužení je v souladu s veřejným zájmem.

53. ADM totiž ve sdělení ze dne 19. září 2017 [26] pozitivně zhodnotil činnost, kterou až do té doby vykonávala Lotterie Nazionali, a uvedl důvody, proč je namístě pokračovat v koncesním vztahu s touto společností po dobu dalších devíti let, v souladu s původním aktem. Tímto hodnocením ADM použil svou diskreční posuzovací pravomoc, na kterou odkazuje Consiglio di Stato (Státní rada).

54. Ve sdělení je uvedeno, že pokračování koncesního vztahu se společností Lotterie Nazionali kromě toho, že je výhodné pro veřejné zájmy z hospodářského hlediska, je odůvodněno tím, že hodnocení chování této společnosti bylo kladné [27].

55. Nařízení s mocí zákona č. 148/17 tedy potvrdilo vhodnost pokračování koncesního vztahu, k čemuž již dospěl ADM v rámci volného uvážení.

56. Ať již byly důvody pro schválení tohoto pokračování legislativním rozhodnutím, a nikoliv aktem orgánu veřejné správy udělujícího koncesi jakékoliv, je nesporné, že tento správní orgán, a to opakuji, před přijetím nařízení s mocí zákona č. 148/17 již zhodnotil činnost koncesionáře kladně a konstatoval, že pokračování koncesního vztahu je ve veřejném zájmu.

[26] Sdělení odpovídalo na žádost koncesionářské společnosti o obnovení koncese, předloženou dne 26. července 2017.

[27] Podle ADM koncesionář udržel požadovanou úroveň příjmů; efektivně řídil fyzickou distribuční síť okamžité státní loterie, s přihlédnutím k pokynům ADM; a věnoval zvláštní pozornost správnému a včasnému zaplacení protiplnění dlužného státu, jakož i cen, které náležely spotřebitelům.

1. Několik koncesionářů a jediný koncesionář

57. Na několika místech předkládacích usnesení, jakož i v některých vyjádřeních těch, kteří nesouhlasí s pokračováním koncesního vztahu ve prospěch Lotterie Nazionali [28], je uvedeno, že toto pokračování znamená přeměnu systému několika koncesionářů na systém jediného koncesionáře.

58. Již jsem konstatoval, že varianta několika koncesionářů, se kterou počítalo nařízení s mocí zákona č. 78/2009, stále platila, když bylo povoleno pokračování koncesního vztahu, a nebyla jako taková nařízením s mocí zákona č. 148/17 nahrazena modelem jediného koncesionáře.

59. Rovněž jsem vysvětlil, že pokud lze v rámci tohoto sporu hovořit o jediném koncesionáři, není to způsobeno uplatněním nějaké normy, ale čistě skutkovou okolností: zadávacího řízení se zúčastnil jen jeden uchazeč.

60. Z hlediska unijního práva by kterákoliv z obou možností v zásadě mohla být platná, jak potvrdil Soudní dvůr [29]. Volba modelu jediného koncesionáře na legislativní úrovni nicméně vyžaduje, aby jí byl sledován soudržným způsobem legitimní cíl.

61. Nepovažuji za nutné pokračovat dál tímto směrem a zkoumat odůvodnění modelu jediného koncesionáře, neboť – jak opakuji – o tento model se v projednávané věci nejedná.

62. Je pravda, že sdělení ADM ze dne 19. září 2017 hovoří o systému jediného koncesionáře, který uvedený veřejný orgán považoval v té době za vhodnější [30]. Jde však o úvahy, které ADM uvedl podpůrně, pro případ, že nedojde k jím navrhovanému pokračování koncesního vztahu se společností Lotterie Nazionali [31].

63. Diskuse o (neexistující) změně modelu tedy podle mne není namístě. Záměrem italského zákonodárce, i při přijetí nařízení s mocí zákona č. 148/17, nebylo, aby se koncese na provozování okamžité národní loterie nadále řídily modelem jediného koncesionáře. Tímto nařízením s mocí zákona bylo pouze rozhodnuto pokračovat v koncesním vztahu, podle ustanovení původního aktu, se společností, které byla udělena koncese poté, co se jako jediná zúčastnila zadávacího řízení vyhlášeného podle modelu několika koncesionářů.

E. Druhá a třetí předběžná otázka

64. Consiglio di Stato (Státní rada) uznává, že nařízení s mocí zákona č. 148/17 zachovalo „stejný právní titul (*causa petendi*) a předmět zakázky (*petitum*)“. Konkrétně celková částka, kterou má společnost Lotterie Nazionali zaplatit za druhé období devíti let, odpovídá částce uvedené v původním aktu (800 milionů eur).

[28] Obhájci nutnosti nového zadávacího řízení tvrdí, že nařízení s mocí zákona č. 148/17 tím, že nařídilo obnovení koncese, vedlo k modelu jediného koncesionáře.

[29] Rozsudek Stanley International Betting a Stanleybet Malta, bod 53 a výrok: „Články 49 SFEU a 56 SFEU musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání takové vnitrostátní právní úpravě, […] která pro koncesi na poskytování služby loterie stanoví model jediného koncesionáře, zatímco na jiné hry, tipovací soutěže a sázky se použije model několika koncesionářů, pokud vnitrostátní soud konstatuje, že vnitrostátní právní úprava skutečně sleduje soudržným a systematickým způsobem legitimní cíle dovolávané dotčeným členským státem“.

[30] Bod 64 vyjádření italské vlády.

[31] Uvedl zejména, že pokud by nebylo přijato řešení spočívající v pokračování koncesního vztahu, podstatné prvky nového koncesního řízení by musely být upraveny specifickým právním předpisem.

65. V předkládacích usneseních je však zdůrazněna *změna*, která se týká „způsobu a lhůt splatnosti protiplnění za koncesi“: platba zmíněného protiplnění byla posunuta dopředu na rok 2017 (50 milionů eur) a 2018 (750 milionů eur) [32].

66. Jak dodává předkládající soud, tato okolnost by mohla znamenat „případnou změnu celkové částky dlužné platby z hlediska její nákladnosti […], s ohledem na – podle navrhovatelek – objektivní a známou skutečnost, že čas má finanční hodnotu“.

67. Zúčastněné strany, které hájí názor, že tento nový způsob platby neznamenal podstatnou změnu, uvádějí, že jak při zadání v roce 2010, tak při obnovení v roce 2017 byla částka, kterou měl koncesionář zaplatit, totožná (800 milionů eur). Kromě toho platba předem je pro koncesionáře více zatěžující, neboť ji musí provést ještě před začátkem druhého období devíti let.

68. Odpověď na pochybnosti Consiglo di Stato (Státní rada) vyžaduje: a) porovnat způsob platby platný v prvním období koncese se způsobem platby v druhém období; a b) pokud z tohoto srovnání vyplyne, že došlo ke změně, určit, zda je podstatná, či nikoliv.

1. Srovnání způsobu platby

69. V původní koncesi byly příjmy ve prospěch správního orgánu udělujícího koncesi vyčísleny na nejméně 500 milionů eur za první rok (2009) a 300 milionů eur za druhý rok (2010).

70. Podle rozdělení plateb zavedeného nařízením s mocí zákona č. 148/17, jak již bylo uvedeno, činily tytéž příjmy ve prospěch státního rozpočtu 50 milionů eur za první rok (2017) a 750 milionů eur za druhý rok (2018), čímž bylo ve skutečnosti předem zaplaceno protiplnění za období obnovení koncese.

71. Nové platební podmínky tedy znamenaly, že:

– první část (50 milionů eur) za období obnovení koncese představovala desetinu částky (500 milionů eur) stanovené pro první splátku v ustanoveních týkajících se koncese z roku 2010;

– naproti tomu druhá část (750 milionů eur) za období obnovení koncese představovala více než dvojnásobek obdobné platby (300 milionů eur) u původní koncese.

72. Došlo tedy ke změně termínů, ve kterých má koncesionář uhradit svůj příspěvek, nikoli ke změně jeho výše ani jeho rozdělení do dvou po sobě jdoucích splátek.

73. Jak uvádí Komise [33], lze předpokládat, že snížení částky první platby (50 milionů eur) umožňuje koncesionáři lépe *se připravit* na platbu druhé splátky (750 milionů eur) v následujícím roce. I když posledně uvedená částka dosahuje více než dvojnásobku odpovídající částky stanovené nařízením s mocí zákona č. 78/2009, koncesionář může od počátku počítat s příjmy pocházejícími z koncese, takže není vyloučeno, že ze systému jako celku má prospěch.

[32] Byly stanoveny tři platby: 50 milionů eur do 15. prosince 2017; 300 milionů eur do 30. dubna 2018; a 450 milionů eur do 31. října 2018.

[33] Body 47 až 49 jejího vyjádření.

74. Nicméně je pravda, že uspíšení platby protiplnění za prodloužené období o dva roky samo o sobě mohlo způsobit koncesionáři finanční problémy obdobné těm, jakým musí čelit kterýkoliv hospodářský subjekt, pokud má předem platit protiplnění za budoucí příjmy [34].

2. Podstatná změna?

75. Odhlédneme-li nyní od ostatních okolností platby protiplnění, schválení pokračování koncesního vztahu se společností Lotteria Nazionali na dalších devět let nepředstavovalo žádnou změnu (ani podstatnou, ani menší) samotné koncese, neboť – opakuji – to bylo v souladu s původním aktem.

76. Jinak by tomu bylo, kdyby obnovení koncese nebylo již od počátku v tomto aktu stanoveno. V takovém případě by prodloužení koncese po jejím ukončení, ať již ze zákona nebo autonomním rozhodnutím zadavatele, na dobu devíti let, nepochybně znamenalo podstatnou změnu koncesní smlouvy [35].

77. Debata se tedy omezuje na posouzení, zda se způsob platby, který platil v průběhu druhého období koncese, *podstatně* liší od způsobu platby v prvním období.

78. Připomínám, že u obou období zůstaly nezměněny – vedle „právního titulu (*causa petendi*) a předmětu zakázky (*petitum*)“ – protiplnění, které má koncesionář zaplatit, jakož i požadavek, aby platba byla provedena ve dvou splátkách odpovídajících prvnímu a druhému roku každého z těchto období.

79. Změna, která ve skutečnosti nastala, se týkala části těchto dvou splátek, a to odlišné, jak již bylo uvedeno, a přesunutí těchto plateb na rok 2017 a 2018, před začátek nového období koncese, které začalo v roce 2019 [36].

80. S výhradou posouzení předkládajícího soudu, který vzhledem ke své znalosti sporu může o této otázce rozhodnout lépe, se nedomnívám, že by změna výše každé splátky mohla být kvalifikována jako podstatná, neboť po zvážení jejích výhod a nevýhod pro koncesionáře a pro orgán udělující koncesi se nejeví, že by narušila finanční rovnováhu koncese ve prospěch koncesionáře natolik, aby bylo nutné nové koncesní řízení.

81. Pouze podrobnější ekonomická analýza by umožnila zjistit, zda to, co se na první pohled jeví jako nevýhoda pro koncesionáře (platby předem, když Lotterie Nazionali ještě nemohla získávat vlastní příjmy za druhé období koncese), bylo nevýhodou, nebo paradoxně mohlo přinést koncesionáři prospěch, nebo celkově pouze zachovalo původní finanční rovnováhu.

[34] To naznačují Lotterie Nazionali (poslední odstavec bodu 32 a poslední věta druhé odrážky bodu 35 jejího vyjádření) a Lottomatica (bod 4.3 jejího vyjádření). Nelze však vyloučit, že pokud Lotterie Nazionali souhlasila s platbou předem, je to proto, že jí v konečném důsledku vyhovovala. Je logické domnívat se, že v opačném případě by v koncesním vztahu nepokračovala.

[35] Soudní dvůr to v souvislosti s obnovením nebo prodloužením italských koncesí potvrdil v rozsudcích ze dne 13. září 2007, Komise v. Itálie (C-260/04, EU:C:2007:508), pokud jde o koncese na provozování a přijímání sázek na koňské dostihy; ze dne 14. července 2016, Promoimpresa (C-458/14 a C-67/15, EU:C:2016:558), pokud jde o koncese na veřejný majetek; a ze dne 18. září 2019, Komise v. Itálie (C-526/17, EU:C:2019:756), pokud jde o koncesi na stavební práce.

[36] Podle čl. 20 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 148/17 se tak jednalo o „zajištění nových a zvýšených příjmů pro státní rozpočet [...] na rok 2017 a [...] za rok 2018“, tedy poskytnutí likvidních prostředků již v průběhu těchto dvou let, namísto čekání na protiplnění v letech 2019 a 2020.

82. Sdělení ADM ze dne 19. září 2017 při argumentaci výhodami pokračování koncesního vztahu s koncesionářem po dobu dalších devíti let nepomíjí to, že další subjekty jsou připraveny zaujmout místo koncesionáře [37]. Také předkládací usnesení zmiňují „hospodářské subjekty působící v tomto odvětví, které v současné době mají zájem o vstup na trh".

83. Očekávání navrhovatelek však nemohou převážit nad nepopiratelnou skutečností, že původní koncese od počátku počítala se svým případným obnovením, bez soutěže s třetími osobami, na druhé období devíti let. Tato očekávání bude možné uplatnit v plném rozsahu po uplynutí této (neobnovitelné) doby devíti let.

84. Lottomatica Holding a Lotterie Nazionali tvrdí [38], že přijetí rozhodnutí pokračovat v koncesním vztahu již v roce 2017 bylo odůvodněno tím, že pokud by k tomu nedošlo, byl by třeba dostatečný čas k provedení nového zadávacího řízení a výběru koncesionáře do 30. září 2019.

85. Je na předkládajícím soudu, aby určil, zda byl dán tento či jiný důvod navázat s koncesionářem kontakt před uplynutím prvního období devíti let a rozhodnout poté o pokračování koncesního vztahu po druhé, stejně dlouhé období.

86. V každém případě mám za to, že tento faktor nemá vliv na otázku, zda změny plateb protiplnění lze kvalifikovat jako podstatné změny koncese. V tomto ohledu je důležité zohlednit obsah těchto změn, a nikoliv okamžik, kdy se správní orgán udělující koncese rozhodl je provést.

87. Časové okolnosti, za kterých ADM přijal toto rozhodnutí, by mohly ovlivnit jiné aspekty soudního přezkumu tohoto rozhodnutí (například protože ukazují na případné zneužití pravomoci), ale nepovažuji je za relevantní pro posouzení, zda došlo k podstatné změně podmínek koncese.

88. Spor je tedy omezen otázku, zda změnu posloupnosti plateb lze považovat za podstatnou, protože „co do povahy činí novou koncesi věcně odlišnou od původně udělené koncese" (čl. 43 odst. 4 směrnice 2014/23), přičemž má odpověď je záporná, třebaže – což zdůrazňuji – o tom musí rozhodnout s konečnou platností předkládající soud.

F. Čtvrtá předběžná otázka

89. Podstatou poslední předběžné otázky Consiglio di Stato (Státní rada) je, zda navrhovatelky, třebaže se neúčastnily původního zadávacího řízení, jehož platnost „byla prodloužena ve prospěch končícího koncesionáře za […] nových smluvních podmínek [popsaných v předkládacím usnesení]", mohou obnovení koncese zpochybnit.

90. Podle názoru Consiglio di Stato (Státní rada) mohou mít tyto společnosti oprávněný zájem nikoli na obnovení zadávacího řízení, ale na tom, aby veřejný zadavatel po skončení prvního období koncese uplatnil svou diskreční pravomoc [39]. Pro tyto účely je tedy irelevantní, zda se zadávacího řízení v roce 2010 účastnily či nikoli.

[37] Zájem třetích osob ucházet se o koncesi uznávají společnosti Lottomatica a Lotterie Nazionali ve svých vyjádřeních (bod 4.2, respektive bod 26), když odůvodňují uspíšení procesu obnovení, vzhledem k počtu sporů, k nimž došlo v rámci zadávacích řízení v odvětví hazardních her v Itálii. Navrhovatelky se poté, co se dozvěděly o přijetí nařízení s mocí zákona č. 148/17, neprodleně obrátily na ADM, aby mu sdělily svůj zájem o koncesi (dopis společnosti Sisal ze dne 31. října a 9. listopadu 2017 a dopis společnosti Stanleybet Malta ze dne 8. listopadu 2017, přiložené k jejich vyjádřením).

[38] Body 4.2 a 26 jejich písemných vyjádření.

[39] To vyplývá z bodu 12 písm. c.9) předkládacích usnesení.

91. Podle Soudního dvora obecně „účast v zadávacím řízení v zásadě může být s ohledem na čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 oprávněnou podmínkou, jejíž splnění se vyžaduje k tomu, aby bylo prokázáno, že dotčená osoba odůvodnila zájem na získání dotčené zakázky nebo že jí hrozí vznik škody kvůli údajné protiprávnosti rozhodnutí o zadání uvedené zakázky“ [40].

92. Toto obecné pravidlo však podle mého názoru není použitelné na tento spor, v němž se nejedná o otázku, zda osoby, které se neúčastnily jako uchazeči procesu výběru koncesionáře, mají aktivní legitimaci k napadení (původního) rozhodnutí o zadání zakázky. V tomto případě jde o to, zda v rámci obnovení koncese mohly navrhovatelky uplatnit svůj zájem na tom, aby toto obnovení podléhalo zadávacímu řízení, a mohly tak usilovat o udělení koncese.

93. Odpověď souvisí s již posouzenými věcnými otázkami, a sice zda změny v režimu plateb protiplnění za druhé období platnosti koncese byly dostatečně významné, aby podstatně změnily původní podmínky této koncese.

94. Ke zjištění, zda tyto změny mají, či nemají podstatný charakter, což je tím, co by vedlo k povinnosti provést nové zadávací řízení, kterého by se mohly dotčené subjekty účastnit, je přitom třeba přiznat těmto subjektům možnost zahájit soudní řízení, které to ověří.

V. Závěry

95. Na základě výše uvedeného navrhuji odpovědět Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) takto:

„Články 49 a 56 SFEU, jakož i články 3 a 43 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí musí být vykládány v tom smyslu, že:

1) pokud původní akt o udělení koncese na provozování okamžitých národních loterií počítá s pokračováním koncesního vztahu na druhé období devíti let ve prospěch téhož koncesionáře, nebrání tyto články tomu, aby o tomto opatření bylo rozhodnuto předpisem s mocí zákona poté, co správní orgán udělující koncesi potvrdil, že pokračování vztahu je v souladu s veřejným zájmem a odpovídá původnímu aktu;

2) s výhradou ověření předkládajícím soudem nejsou změny koncesních podmínek, které při zachování stejného právního titulu a předmětu, stejné výše protiplnění a jeho zaplacení ve dvou splátkách, pouze mění dílčí částky, které musí koncesionář zaplatit v rámci každé z těchto splátek, podstatné ve smyslu článku 43 směrnice 2014/23;

2) subjekty, které mají zájem o získání koncese, mohou zpochybnit pokračování koncesního vztahu ve prospěch koncesionáře na základě toho, že podmínky, kterým toto pokračování podléhá, představují podstatnou změnu původní koncese. Pro tyto účely je irelevantní, že se tyto subjekty neúčastnily původního zadávacího řízení.“

[40] Rozsudek ze dne 28. listopadu 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità a další (C-328/17, EU:C:2018:958, bod 46).