FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 21. januar 2021 [1]

Forenede sager C-721/19 og C-722/19

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – etableringsfrihed – fri udveksling af tjenesteydelser – restriktioner – direktiv 2014/23/EU – artikel 3 og 43 – offentlige udbud – procedurer for udvælgelse af koncessionshaver – spil med øjeblikkelig gevinst – national lovgivning, hvorefter der skal foretages fornyelse af koncessionen uden forudgående udbud – ændring af koncessionsvilkårene – væsentlige ændringer – retten til adgang til klageordningen«

1. Blandt de tilladte hasardspil i Italien findes det såkaldte »indenlandske lotteri med øjeblikkelig trækning« [2], hvis drift i 2009 blev tildelt gennem den administrative koncessionsordning. Den ordregivende myndighed tildelte koncessionen ved en offentlig udbudsprocedure, som var baseret på kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

2. Ved lovdekret nr. 78/2009 [3] blev der indført en koncessionsordning for det indenlandske lotteri med øjeblikkelig trækning, hvor der kunne udvælges op til fire koncessionshavere. Koncessionen havde en løbetid på ni år og kunne forlænges en enkelt gang med et tilsvarende antal år.

3. Der deltog kun en enkelt tilbudsgiver i udbuddet, nemlig Lotterie Nazionali Srl (herefter »Lotterie Nazionali«), der blev udvalgt som eneste koncessionshaver.

[1] Originalsprog: spansk.

[2] Der er tale om lotterier af typen »skrabespil«, hvor deltagerne med det samme kan få kendskab til resultatet af deres indsats. Efter købet af et lod afsløres den tilfældige vinderkombination – som er påtrykt og skjult – ved at skrabe et bestemt område af selve loddet.

[3] Lovdekret nr. 78/2009 af 1.7.2009 om »foranstaltninger til bekæmpelse af krisen samt forlængelse af frister« (GURI nr. 150 af 1.7.2009), som ændret og ophøjet til lov nr. 102 af 3.8.2009 (GURI nr. 179 af 4.8.2009, herefter »lovdekret nr. 78/2009«).

4. To år inden udløbet af den første periode (2010-2019) blev den ordregivende myndighed ved en ny lovbestemmelse, nemlig lovdekret nr. 148/2017 [4], pålagt at give tilladelse til »fortsættelse af det eksisterende koncessionsforhold […] indtil den udløbsdato, der er fastsat i koncessionsaftalen […]« [5], dvs. indtil 2028.

5. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) tvivler på, at fortsættelsen af det eksisterende koncessionsforhold i den nævnte periode uden iværksættelse af en ny udbudsprocedure er forenelig med retten til fri udveksling af tjenesteydelser og med etableringsfriheden (artikel 49 TEUF og 56 TEUF) og med direktiv 2014/23/EU [6].

6. Den er endvidere i tvivl om, hvorvidt erhvervsdrivende i sektoren, som ikke deltog i det oprindelige udbud, kan rejse indsigelse mod fornyelsen og kræve, at der indledes en ny udbudsprocedure.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten. Direktiv 2014/23

7. Artikel 3 (»Princippet om ligebehandling, ikkediskrimination og gennemsigtighed«) har følgende ordlyd:

»1. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

[…]«

8. Artikel 43 (»Ændring af kontrakter i deres løbetid«) bestemmer:

»1. Koncessioner kan ændres uden en ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv i følgende tilfælde:

a) hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudset i de oprindelige koncessionsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af værdiansættelsen, eller revisionsmuligheder. I disse klausuler fastsættes omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre koncessionens overordnede karakter

[…]

e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

[…]

[4] Lovdekret nr. 148/2017 af 16.10.2017 om »hasteforanstaltninger på det finansielle område og vedrørende uopsættelige krav« (GURI nr. 242 af 16.10.2017), som ændret og ophøjet til lov nr. 172 af 4.12.2017 (GURI nr. 284 af 5.12.2017, herefter »lovdekret nr. 148/17«).

[5] Den forelæggende ret har i nogle af forelæggelsesafgørelsernes passager [f.eks. i præmis 12, litra c.8)] bemærket, at en fortsættelse af det eksisterende koncessionsforhold i det væsentlige kan sidestilles med en fornyelse (*rinnovo*) eller en forlængelse heraf.

[6] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1).

4. En ændring af en koncession i dens løbetid anses for at være væsentlig i medfør af stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at koncessionens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige koncession. Med forbehold af stk. 1 og 2 anses ændringen for at være væsentlig, såfremt en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

a) Der indføres med ændringen betingelser, som, hvis de havde været med i den oprindelige koncessionstildelingsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i koncessionstildelingsproceduren.

b) Ændringen ændrer koncessionens økonomiske balance til koncessionshaverens fordel på en måde, som den oprindelige koncession ikke gav mulighed for.

[…]

5. En ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en koncession i løbet af dennes løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2.«

B. Italiensk ret

1. Lovdekret nr. 78/2009

9. Det bestemmes i artikel 21 (»Tildeling af koncessioner på spilleområdet«):

»1. For at sikre beskyttelsen af vægtige almene interesser i forbindelse med aktiviteter vedrørende indsamling af spilleindsatser, såfremt de udføres af erhvervsdrivende uden for den offentlige forvaltning, er driften af disse aktiviteter altid udbudt som koncession, der med overholdelse af de fællesskabsretlige og nationale principper og bestemmelser som regel tildeles flere erhvervsdrivende, der udpeges efter åbne, konkurrenceprægede og ikkediskriminerende procedurer. […] Økonomi- og finansministeriet – det selvstændige organ, som administrerer statslige monopoler – indleder derfor […] procedurerne for rettidigt at tildele koncession, herunder til fjernindsamling af spilleindsatser i de førnævnte lotterier, til de mest kvalificerede spilleudbydere, hvis hjemsted er beliggende i Italien og i Fællesskabet, idet der imidlertid maksimalt udpeges fire udbydere, der opfylder egnede pålidelighedskriterier med hensyn til moral og teknik og på det økonomiske plan.

[…]

3. Udvælgelsen ved udbud med henblik på tildeling af koncessionen baseres på kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende kriterier prioriteres inden for rammerne heraf: a) forhøjelse af de fremsatte tilbud ud fra et foruddefineret grundlag, som i alle tilfælde sikrer indtægter, der samlet set ikke ligger under 500 mio. EUR for 2009 og 300 mio. EUR for 2010, uanset det endelige antal koncessionshavere.

[…]

4. De i stk. 1 nævnte koncessioner, som eventuelt kan fornys én gang, har en maksimal løbetid på ni år, som er inddelt i to perioder på henholdsvis fem og fire år. Koncessionens fortsættelse i den anden periode er betinget af en positiv vurdering af driften fra den koncessionsgivende myndighed, som skal afgives inden det første halvår i det femte koncessionsår.«

2. Lovdekret nr. 148/2017

10. Artikel 20, stk. 1, er affattet som følger:

»Ved anvendelse af artikel 21, stk. 3 og 4, i lovdekret nr. 78 af 1. juli 2009, som ændret og ophøjet til lov nr. 102 af 3. august 2009, giver told- og monopolmyndigheden tilladelse til at fortsætte det eksisterende koncessionsforhold vedrørende indsamling af spilleindsatser, herunder fjernindsamling, i indenlandske lotterier med øjeblikkelig trækning indtil den udløbsdato, der er fastsat i koncessionsaftalens artikel 4, stk. 1, således at der sikres nye og større indtægter til statens budget i en størrelse af 50 mio. EUR for 2017 og 750 mio. EUR for 2018.«

II. De faktiske omstændigheder, de nationale retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

11. Ved bekendtgørelser offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 15. august 2009 og den 2. april 2010 iværksatte l'Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (det selvstændige organ, som administrerer statslige monopoler, Italien) en »udvælgelsesprocedure med henblik på tildeling af koncession på driften af offentlige spil benævnt »indenlandske lotterier med øjeblikkelig trækning««[7].

12. Følgende blev fastsat i udbudsbetingelserne[8]:

– Den indirekte drift af aktiviteterne vedrørende indsamling af spilleindsatser skulle altid udbydes som koncession.

– Koncessionen skulle som regel tildeles flere erhvervsdrivende, idet der maksimalt måtte udpeges fire udbydere, som skulle udvælges efter åbne, konkurrenceprægede og ikkediskriminerende procedurer.

– Den enkelte koncessionshaver ville være forpligtet til at betale en afgift i form af en procentdel af indtægterne.

– Udvælgelsen af koncessionshavere ville være baseret på princippet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og blandt kriterierne ville der blive taget hensyn til en forhøjelse af tilbuddene ud fra et foruddefineret grundlag, som i alle tilfælde skulle sikre samlede indtægter, der ikke lå under 500 mio. EUR for 2009 og 300 mio. EUR for 2010, uanset det endelige antal koncessionshavere.

– Koncessionerne, som eventuelt kunne fornys én gang, ville have en løbetid på ni år, som var inddelt i to perioder af fem og fire år. Koncessionens fortsættelse i den anden periode var

[7] Ifølge forelæggelsesafgørelserne (præmis 3.1) var denne form for lotteri frem til den 31.5.2010 blevet drevet af den midlertidige virksomhedssammenslutning Lottomatica (nu Lotterie Nazionali), i henhold til en overenskomst af 14.10.2003. Lottomatica Holding Srl har en kontrollerende aktiepost i Lotterie Nazionali, idet selskabet ejer 64% af selskabskapitalen.

[8] Betingelserne gengav i det væsentlige bestemmelserne i artikel 21 i lovdekret nr. 78/2009.

betinget af en positiv vurdering af den af koncessionshaveren udførte drift, som den koncessionsgivende myndighed skulle afgive inden det første halvår i det femte koncessionsår.

13. Den eneste deltager i udbuddet var Lotterie Nazionali, som endte med at få tildelt enekoncession.

14. Efter udløbet af den første delperiode på fem år gav Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (told- og monopolmyndigheden, Italien, herefter »told- og monopolmyndigheden«)[9] tilladelse til fortsættelse heraf i den anden delperiode på fire år, dvs. indtil den 30. september 2019.

15. Den 26. juli 2017 anmodede Lotterie Nazionali told- og monopolmyndigheden om at aktivere klausulen vedrørende fortsættelse af koncessionen for en ny periode på ni år.

16. Ved notat af 19. september 2017 fastslog told- og monopolmyndigheden, at den fortsættelse, der var blevet anmodet om, var i offentlighedens interesse.

17. Den 16. oktober 2017 trådte artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 148/2017 i kraft.

18. I overensstemmelse med denne bestemmelse fastsatte told- og monopolmyndigheden ved notat af 1. december 2017 den 30. september 2028 som udløbsdato for koncessionen, efter at koncessionshaveren forinden formelt havde accepteret de fastsatte betingelser i artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 148/17. Lotterie Nazionali accepterede disse betingelser samme dag.

19. Selskaberne Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd og Magellan Robotech Limited (herefter »de appellerende selskaber«) anfægtede denne afgørelse ved Tribunale amministrativo regionale del Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien), som frifandt told- og monopolmyndigheden ved dom nr. 9730/2018 og nr. 9734/2018, begge af 4. oktober 2018.

20. De appellerende selskaber appellerede dommene i første instans ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager). Told- og monopolmyndigheden og Lotterie Nazionali anfægtede ligeledes dommene ved kontraappeller for så vidt angik de forkastede formalitetsindsigelser.

21. Ved »ikke-endelige delvise domme« nr. 6079 og nr. 6080 af 3. november 2019 forkastede Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) de af told- og monopolmyndigheden og Lotterie Nazionali iværksatte kontraappeller, og for så vidt angik realiteten betvivlede den, at artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 148/17 var forenelig med EU-retten.

22. I denne forbindelse har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) forelagt Domstolen disse præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal EU-retten – og navnlig etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 ff. TEUF og 56 ff. TEUF) samt de [EU-retlige] principper såsom retssikkerhedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om upartiskhed, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og kohærensprincippet samt artikel 3 og 43 i direktiv 2014/23/EU, i det omfang de sidstnævnte er relevante – fortolkes således, at den er til hinder for en lovgivning som den ved artikel 20,

[9] Told- og monopolmyndigheden havde erstattet det selvstændige organ, som administrerede statslige monopoler.

stk. 1, i lovdekret nr. 148 af 16. oktober 2017 indførte og de dertil hørende gennemførelsesretsakter som fastsætter, at »*1. Ved anvendelse af artikel 21, stk. 3 og 4, i lovdekret nr. 78 af 1. juli 2009, som ændret og ophøjet til lov nr. 102 af 3. august 2009, giver Agenzia delle dogane e dei monopoli (told- og monopolmyndigheden) tilladelse til at fortsætte det eksisterende koncessionsforhold vedrørende indsamling af spilleindsatser, herunder fjernindsamling, i indenlandske lotterier med øjeblikkelig trækning indtil den udløbsdato, der er fastsat i koncessionsaftalens artikel 4, stk. 1, således at der sikres nye og større indtægter til statens budget i en størrelse af 50 mio. EUR for 2017 og 750 mio. EUR for 2018*«, i en situation, hvor:

– artikel 21, stk. 1, i lovdekret nr. 78 af 1. juli 2009, som ændret og ophøjet til lov nr. 102 af 3. [august] 2009, bestemmer, at de omhandlede koncessioner som regel tildeles flere erhvervsdrivende, der udpeges efter åbne, konkurrenceprægede og ikkediskriminerende udvælgelsesprocedurer,

– det nævnte lovdekrets artikel 21, stk. 4, fastsætter, at de i stk. 1 nævnte koncessioner eventuelt kan fornys én gang,

– de appellerende selskaber ikke deltog i den i 2010 gennemførte udvælgelsesprocedure,

– det specifikke eksisterende forhold blev indgået ab origine med en enkelt koncessionshaver efter en offentlig udvælgelsesprocedure, hvori et enkelt bud blev afgivet,

– fortsættelsen af det eksisterende koncessionsforhold konkret ville medføre, at forholdet udelukkende ville fortsættes med den nævnte enkelte koncessionshaver, og ikke gennem fornyelse af forholdene med flere erhvervsdrivende, uden afholdelse af en yderligere udvælgelsesprocedure?

2) Skal EU-retten – og navnlig etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 ff. TEUF og 56 ff. TEUF) samt de [EU-retlige] principper såsom retssikkerhedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om upartiskhed, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og kohærensprincippet samt artikel 3 og 43 i direktiv 2014/23/EU, i det omfang de sidstnævnte er relevante – fortolkes således, at den er til hinder for en lovgivning som den ved artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 148 af 16. oktober 2017 indførte, som ved udtrykkelig anvendelse af artikel 21, stk. 3 og 4, i lovdekret nr. 78 af 1. juli 2009, som ændret og ophøjet til lov nr. 102 af 3. august 2009, bestemmer, at »*Agenzia delle dogane e dei monopoli giver tilladelse til at fortsætte det eksisterende koncessionsforhold vedrørende indsamling af spilleindsatser, herunder fjernindsamling, i indenlandske lotterier med øjeblikkelig trækning indtil den udløbsdato, der er fastsat i koncessionsaftalens artikel 4, stk. 1, således at der sikres nye og større indtægter til statens budget i en størrelse af 50 mio. EUR for2017 og 750 mio. EUR for 2018*«, og i denne forbindelse fastsætter:

– fortsættelse af løbetiden for det enkelte eksisterende koncessionsforhold, og ikke eventuelle fornyelser af koncessioner til flere erhvervsdrivende som omhandlet i artikel 21, stk. 4, i lovdekret nr. 78 af 1. juli 2009, som ændret og ophøjet til lov nr. 102 af 3. [august] 2009, uden afholdelse af en ny udvælgelsesprocedure,

– på grundlag af en beslutning truffet på et tidligere tidspunkt end koncessionens udløbsdato, idet lovdekret nr. 148/2017 trådte i kraft den 16. oktober 2017, dvs. samme dato som det blev offentliggjort i Gazzetta Ufficiale [della Repubblica] italiana, hvorimod koncessionen ville udløbe den efterfølgende 30. september 2019,

– således at der sikres nye og større indtægter til statens budget i en størrelse af 50 mio. EUR for 2017 og 750 mio. EUR for 2018, idet beslutningen dels ændrer en række aspekter af reglerne og fristen for betaling af koncessionsafgiften, dels kan have indflydelse på den samlede afgiftsstørrelse, fordi afgiften bliver mere byrdefuld som følge af bl.a. ændring af betalingsfristerne, som fremrykkes i forhold til den oprindelige koncession, henset til – ifølge appellanternes argumentation – den objektive og velkendte omstændighed, at tiden har en økonomisk værdi?

3) Skal EU-retten – og navnlig etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 ff. TEUF og 56 ff. TEUF) samt de [EU-retlige] principper såsom retssikkerhedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om upartiskhed, princippet om fri konkurrence, proportionalitetsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og kohærensprincippet samt artikel 3 og 43 i direktiv 2014/23/EU, i det omfang de sidstnævnte er relevante – fortolkes således, at den er til hinder for en lovgivning som den i lovdekretets gennemførelsesretsakter, og især Agenzia delle Dogane e dei Monopolis skrivelse nr. 0133677 af 1. december 2017, som ved udtrykkelig anvendelse af artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 148 af 16. oktober 2017 og i overensstemmelse med artikel 4, andet punktum, i koncessionsaftalen vedrørende drift af lotterier med øjeblikkelig trækning, hvorefter koncessionen kan fornys én gang, dels fastsætter en ny udløbsdato for koncessionsforholdet til den 30. september 2028, dels foreskriver, at bestemmelserne i artikel 4 om inddeling af koncessionens løbetid i to perioder på henholdsvis fem og fire år (i den forstand, at forholdets fortsættelse efter den første periode på fem år fra den 1.10.2019 i en yderligere periode på fire år indtil den 30.9.2028 er betinget af Agenzia delle Dogane e dei Monopolis positive vurdering af driften, som skal afgives senest den 30.3.2024), under alle omstændigheder ikke berøres, dels bestemmer, at selskabet skal betale et beløb på 50 mio. EUR senest den 15. december 2017, et beløb på 300 mio. EUR senest den 30. april 2018 og et beløb på 450 mio. EUR senest den 31. oktober 2018,

– på grundlag af en beslutning truffet inden den oprindelige udløbsdato for den omhandlede koncession (Agenzia delle Dogane e dei Monopolis skrivelse nr. 0133677 blev vedtaget den 1.12.2017, hvorimod koncessionsaftalen ville udløbe den efterfølgende 30.9.2019),

– således at selskabet pålægges […] en fremrykket betaling af 800 mio. EUR (50 mio. EUR senest den 15.12.2017, 300 mio. EUR senest den 30.4.2018 og 450 mio. EUR senest den 31.10.2018) i forhold til den oprindeligt fastsatte frist (30.9.2019),

– hvilket […] kan have indflydelse på den samlede afgiftsstørrelse, som bliver mere byrdefuld henset til – ifølge appellanternes argumentation – den objektive og velkendte omstændighed, at tiden har en økonomisk værdi?

4) Skal EU-retten – og navnlig etableringsretten og retten til fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 ff. TEUF og 56 ff. TEUF) samt de [EU-retlige] principper såsom retssikkerhedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, gennemsigtighedsprincippet, princippet om upartiskhed, princippet om fri konkurrence,

proportionalitetsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og kohærensprincippet samt artikel 3 og 43 i direktiv 2014/23/EU, i det omfang de sidstnævnte er relevante – fortolkes således, at den er til hinder for en lovgivning som den omhandlede, selv om de erhvervsdrivende i sektoren, som på nuværende tidspunkt har interesse i at opnå adgang til markedet […], ikke deltog i den udvælgelsesprocedure, som oprindeligt blev gennemført for at tildele den koncession, som var i færd med at udløbe, og som nu er fortsat med den foregående koncessionshaver på de nye, anførte aftalebetingelser, eller […] er der kun tale om indskrænkning af adgangen til markedet […], hvis de berørte erhvervsdrivende reelt deltog i den oprindelige udvælgelsesprocedure?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

23. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 23. september 2019. På grund af deres indbyrdes forbindelse har Domstolen besluttet at forene sagerne.

24. Der er indgivet skriftlige indlæg af Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, den italienske regering og Kommissionen, og de har alle svaret skriftligt på de af Domstolen rejste spørgsmål.

IV. Bedømmelse

A. Indledende præciseringer

25. De tvivlsspørgsmål, som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har rejst i forelæggelsesafgørelserne, vedrører først og fremmest tvistens materielle aspekter, som er omhandlet i det første og det tredje præjudicielle spørgsmål.

26. Det fjerde spørgsmål er derimod snarere af processuel karakter, for så vidt som det handler om, hvorvidt det vil have nogen indvirkning på tvisten, at de appellerende selskaber, dvs. »erhvervsdrivende i sektoren, som på nuværende tidspunkt har interesse i at opnå adgang til markedet«, ikke deltog i den oprindelige udbudsprocedure.

27. Efter at have undersøgt det første præjudicielle spørgsmål vil jeg forene mine betragtninger vedrørende det andet og det tredje spørgsmål, idet jeg finder det formålstjenligt at foretage en samlet behandling af disse, henset til, at de er nært forbundne.

28. Forud herfor er det nødvendigt at fastlægge, hvilken EU-retlig forskrift der finder anvendelse på disse sager, og hvilken generel ordning der fastsættes i såvel Domstolens praksis som direktiv 2014/23 med hensyn til ændring af koncessionsvilkårene.

29. Det skal ligeledes nævnes, at der i sagen ikke er rejst nogen indsigelse, hvorved den italienske lovgivning anfægtes for at underlægge denne form for lotteri en koncessionsordning, hvis forenelighed med EU-retten Domstolen allerede har taget stilling til [10].

[10] Dom af 19.12.2018, Stanley International Betting og Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026, herefter »dommen i sagen Stanley International Betting og Stanleybet Malta«, præmis 66): »Domstolen [har] inden for hasardspilssektoren […] godkendt anvendelsen af et koncessionssystem, idet den fandt, at dette system kan udgøre en effektiv mekanisme, som gør det muligt at kontrollere de erhvervsdrivende, der arbejder inden for denne sektor, med henblik på at undgå, at disse aktiviteter anvendes til kriminelle og bedrageriske formål (jf. i denne retning dom af 12.9.2013, Biasci m.fl., C-660/11 og C-8/12, EU:C:2013:550, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis)«.

30. Der stilles i den foreliggende sag heller ikke spørgsmålstegn ved berettigelsen af koncessionens samlede løbetid (ni indledende år samt muligheden for yderligere ni år) [11] eller ved andre aspekter af ordningen herfor [12].

B. Relevante retsforskrifter

31. I henhold til artikel 54 i direktiv 2014/23 finder direktivet »ikke anvendelse på tildelingen af koncessioner, der er sendt i udbud eller tildelt før den 17. april 2014«. Eftersom den oprindelige koncession på det indenlandske lotteri med øjeblikkelig trækning blev tildelt i 2010, lader det i første omgang til [13], at denne bestemmelse udelukker anvendelsen af direktiv 2014/23 på tvisten [14].

32. Jeg kan allerede nu løfte sløret for, at det, uanset hvordan dette tvivlsspørgsmål besvares, i alle tilfælde vil være nødvendigt at tage hensyn til Domstolens praksis vedrørende indvirkningen af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, som omhandler etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, på reglerne for offentlige udbud.

33. I denne retspraksis fastslås det navnlig på grundlag af de to nævnte bestemmelser i EUF-traktaten, hvornår væsentlige ændringer af en offentlig kontrakt som udgangspunkt kan nødvendiggøre et nyt udbud. Dette kriterium finder ligeledes anvendelse på koncessionsaftaler om tjenesteydelser [15].

34. Såfremt det viser sig nødvendigt at tildele en koncession ved en ny udbudsprocedure som følge af væsentlige ændringer af dens vilkår, skal denne procedure reguleres af de gældende bestemmelser på datoen for dens offentliggørelse, og ikke på det tidspunkt, hvor den oprindelige koncession blev tildelt [16].

[11] En koncessions samlede løbetid kan udgøre en relevant faktor. Det fremgår af Domstolens praksis, at »tildeling af koncessioner med en gyldighedsperiode på indtil 15 år efter sin karakter kan vanskeliggøre eller ligefrem udelukke, at erhvervsdrivende i andre medlemsstater udøver de friheder, som er sikret ved artikel 43 EF og 49 EF« (dom af 9.9.2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506, præmis 46).

[12] Det fremgår ved en læsning af de af Tribunale amministrativo regionale del Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) afsagte domme i første instans, at der i sin tid blev anlagt et søgsmål – med Sisal som procesdeltager – til prøvelse af det første udbud, som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) tog endeligt stilling til i dom nr. 1705/2010.

[13] Dommen i sagen Stanley International Betting og Stanleybet Malta, præmis 34, bestemmer: »[D]et fremgår af den faste retspraksis, der er fastsat på området for udbudsprocedurer, og som finder analog anvendelse på området for tjenesteydelseskoncessioner, at det direktiv, der skal anvendes, principielt er det direktiv, som er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt.«

[14] Der er i den foreliggende sag ikke tale om en rent national situation: Koncessionen er kendetegnet ved at have en vis grænseoverskridende dimension, som rækker videre end den nationale dimension, og to af de appellerende selskaber har hjemsted uden for Italien.

[15] Dom af 13.4.2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 37): »Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere vil væsentlige ændringer i de vigtigste bestemmelser i en koncessionskontrakt om tjenesteydelser i visse tilfælde nødvendiggøre, at der tildeles en ny koncessionskontrakt, når ændringerne udgør afgørende forskelle fra bestemmelserne i den oprindelige koncessionskontrakt.«

[16] Dom af 18.9.2019, Kommissionen mod Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, præmis 60): »[…] den EU-lovgivning, der skal anvendes, er den, der er gældende på tidspunktet for [den væsentlige] ændring[…]« I sin besvarelse af Domstolens spørgsmål har den italienske regering anført, at denne retspraksis vedrørende Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter ikke finder anvendelse, eftersom direktiv 2014/23 indeholder en særlig bestemmelse (artikel 54), som ikke fandtes i det nævnte direktiv. Jeg er ikke enig i dette argument, som har karakter af en cirkelslutning, eftersom beføjelsen i den nævnte artikel 54 forudsætter, at der ikke har fundet væsentlige ændringer sted.

35. Ud fra denne forudsætning forholder det sig således, at såfremt de ved lovdekret nr. 148/17 indførte ændringer af vilkårene for koncessionen på lotteriet med øjeblikkelig trækning var af en så væsentlig karakter, at de nødvendiggjorde et nyt udbud, ville direktiv 2014/23 ratione temporis finde anvendelse herpå [17].

36. Det samme kriterium kan anvendes på forlængelser som den, der er genstand for den foreliggende sag, også selv om forlængelsen er nævnt i den oprindelige koncessionsaftale. Såfremt godkendelsen af forlængelsen for en ny periode (på ni år) forudsætter, at den ordregivende myndighed foretager en vurdering i det enkelte tilfælde, dvs. uden automatisk karakter [18], finder jeg det mest naturligt, at det er den gældende lovgivning på datoen for forlængelsen, som skal iagttages.

37. Under alle omstændigheder har artikel 3 og 43 i direktiv 2014/23 ikke andre formål end at implementere Domstolens praksis på området for offentlige kontrakter i en lovtekst:

– Artikel 3 afspejler princippet om ligebehandling, princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet, som forfølger »hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler [om] at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater« [19].

– Artikel 43 bygger, i forbindelse med reguleringen af ændringer af koncessionen i dens løbetid, ligeledes på fast retspraksis [20], hvorefter »[e]n væsentlig ændring af en kontrakt om koncession […] i princippet [skal] give anledning til en ny udbudsprocedure vedrørende den således ændrede kontrakt« [21].

38. Såvel ifølge retspraksis vedrørende overholdelsen af etableringsfriheden eller af den frie udveksling af tjenesteydelser som i henhold til artikel 3 og 43 i direktiv 2014/23 vil resultatet således materielt set være det samme.

39. Med hensyn til den materielle ikke-anvendelse, der fremgår af 35. betragtning til direktiv 2014/23 [22], hvortil Lotterie Nazionali har henvist [23], er det tilstrækkeligt at bemærke, at der i den foreliggende sag blev gennemført en udbudsprocedure, som blev offentliggjort.

[17] Lovdekret nr. 148/17 og det senere notat fra told- og monopolmyndigheden var af senere datoer end fristen for gennemførelsen af direktiv 2014/23 (den 18.4.2016, jf. direktivets artikel 51, stk. 1).

[18] Stanleybet Malta, Magellan Robotech og Kommissionen har i deres besvarelser af Domstolens spørgsmål fremhævet, at der ikke var nogen *pligt* til at fortsætte koncessionsforholdet.

[19] Dom af 19.6.2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 31 og 32).

[20] 75. betragtning til direktiv 2014/23 forklarer det således: »Det er […] nødvendigt at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en koncession, der stadig er i kraft, kræver en ny koncessionstildelingsprocedure under hensyntagen til Den Europæiske Unions Domstols relevante retspraksis.«

[21] Dom af 18.9.2019, Kommissionen mod Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, præmis 59). Såvel denne dom som dom af 11.7.2013, Kommissionen mod Nederlandene (C-576/10, EU:C:2013:510, præmis 54), omhandler ændring af væsentlige aspekter af kontrakten. Det er logisk, at mindre eller tilfældige ændringer er tilladte, og at de ikke nødvendiggør en ny udbudsprocedure. 75. betragtning til direktiv 2014/23 forklarer det således: »Ændringer af koncessionen, der medfører en mindre ændring af kontraktens værdi op til et vist værdiniveau, bør altid være mulige, uden at det er nødvendigt at gennemføre en ny koncessionsprocedure.«

[22] »Det er hensigtsmæssigt, at der fra direktivets anvendelsesområde udelukkes koncessioner, der vedrører driften af lotteri, og som en medlemsstat tildeler en økonomisk aktør på grundlag af en eksklusiv rettighed givet gennem en procedure uden offentliggørelse i henhold til gældende national lovgivning eller offentliggjorte administrative bestemmelser i overensstemmelse med TEUF. Denne udelukkelse er begrundet i tildelingen af en eksklusiv rettighed til en økonomisk aktør, som umuliggør gennemførelsen af en udbudsprocedure, og i nødvendigheden af at opretholde medlemsstaternes mulighed for at regulere spilsektoren på nationalt plan af hensyn til deres pligt til at beskytte den offentlige orden og samfundsordenen.«

[23] Punkt 9 i dens skriftlige indlæg.

C. Generel regulering af ændringer af koncessionen

40. I overensstemmelse med den ovennævnte retspraksis sondrer artikel 43 i direktiv 2014/23 mellem de ændringer af koncessionen, som kan gennemføres »uden en ny koncessionstildelingsprocedure« (stk. 1 og 2), og øvrige ændringer. Disse sidstnævnte kvalificeres som *væsentlige*.

41. Artikel 43, stk. 5, har udtømmende karakter, når den fastsætter, at »[e]n ny koncessionstildelingsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en koncession i løbet af dennes løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2«.

42. Nøglen til at afgøre, hvornår en ændring er væsentlig og nødvendiggør iværksættelse af en ny procedure, findes i artikel 43, stk. 4, i direktiv 2014/23: »En ændring af en koncession i dens løbetid anses for at være væsentlig […], hvis ændringen bevirker, at koncessionens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige koncession.«

43. Til præcisering af denne hovedregel opregnes i stk. 4 fire eksempler på væsentlige ændringer, hvoraf de to kan have betydning for den foreliggende sag:

– »Der indføres med ændringen betingelser, som, hvis de havde været med i den oprindelige koncessionstildelingsprocedure, […] ville have tiltrukket yderligere deltagere i koncessionstildelingsproceduren« [24].

– »Ændringen ændrer koncessionens økonomiske balance til koncessionshaverens fordel på en måde, som den oprindelige koncession ikke gav mulighed for« [25].

D. Det første præjudicielle spørgsmål

44. Efter at have fremhævet, at de appellerende selskaber ikke deltog i det udbud, der blev afholdt i overensstemmelse med lovdekret nr. 78/2009, har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) bemærket, at grunden til deres manglende deltagelse kan have været, at fornyelsen af koncessionen blot var en mulighed, eftersom den var afhængig af udøvelsen af en skønsbeføjelse, som var blevet tildelt myndigheden.

45. Den har tilføjet, at denne skønsbeføjelse blev bragt til ophør ved lovdekret nr. 148/17, som endvidere trådte i kraft to år inden udløbet af den ved koncessionsaftalen fastsatte (første) periode på ni år.

46. Den mulige uforenelighed med den europæiske lovgivning skal således findes i den omstændighed, at lovgiveren i 2017 ved en normativ retsakt bragte enhver mulighed for administrativt skøn til ophør for så vidt angik beslutningen om at opretholde koncessionsforholdet eller iværksætte en ny udbudsprocedure.

[24] Denne mulighed blev bemærket af Domstolen ved dom af 7.9.2016, Finn [Frogne] (C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 29): »en reduktion af omfanget af kontraktens genstand kan have den virkning, at et større antal erhvervsdrivende vil være i stand til at fremsætte tilbud.«

[25] Denne regel udspringer af retspraksis fra dom af 19.6.2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 37).

47. Det første, der efter min opfattelse skal fremhæves, er, at muligheden for at fortsætte koncessionsforholdet i yderligere en periode på ni år allerede fremgik af den oprindelige retsakt, som var i overensstemmelse med lovdekret nr. 78/2009.

48. Denne oplysning er vigtig, da den pågældende retsakt blev opfyldt ved *aktiveringen* af denne mulighed, ganske enkelt ved at anvende en af mulighederne i den oprindelige koncessionsaftale.

49. Som jeg vil gøre rede for i det følgende, indebar udøvelsen af beføjelsen til at fortsætte koncessionen en enkelt gang i en ny niårig periode ikke en ændring af den oprindelige model, som var i overensstemmelse med ordningen med flere koncessionshavere (der var mulighed for op til fire koncessionshavere).

50. Ordningen forblev i sig selv uændret. Eftersom der ved gennemførelsen heraf i 2010 de facto kun havde deltaget én økonomisk aktør i udbuddet, som dermed endte med at blive den eneste koncessionshaver, skulle fortsættelsen af koncessionsforholdet i de yderligere ni år, som fastsat i den oprindelige aftale, imidlertid tildeles denne.

51. Det er imidlertid korrekt, at det – ligeledes i henhold til den oprindelige aftale – var den koncessionsgivende myndighed, der skulle foretage en positiv vurdering af den af koncessionshaveren udførte drift med henblik på at lette overgangen til den næste niårige periode.

52. Uanset hvad jeg senere vil redegøre for med hensyn til de særlige vilkår, der pålægges tilbudsgiveren for at opnå forlængelse af koncessionsforholdet i yderligere ni år, har det efter min opfattelse ingen betydning, at denne mulighed for fortsættelse blev vedtaget ved et lovdekret, efter at den koncessionsgivende myndighed havde bekræftet, at det var i offentlighedens interesse.

53. Told- og monopolmyndigheden foretog ved notat af 19. september 2017[26] en positiv vurdering af den af Lotterie Nazionali udførte drift og redegjorde for grundene til, at det var formålstjenligt at fortsætte koncessionsforholdet med dette selskab i yderligere ni år i overensstemmelse med den oprindelige aftale. Told- og monopolmyndigheden anvendte i forbindelse med denne vurdering de skønsbeføjelser, som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har henvist til.

54. Det fremgår af det pågældende notat, at fortsættelsen af koncessionsforholdet med Lotterie Nazionali, ud over at være gunstigt for den offentlige interesse set ud fra et økonomisk synspunkt, blev begrundet i den positive vurdering af selskabets adfærd[27].

55. Lovdekret nr. 148/17 bekræftede således det formålstjenlige i at fortsætte det koncessionsforhold, som told- og monopolmyndigheden allerede havde afvejet under anvendelse af sine skønsbeføjelser.

[26] Notatet blev udarbejdet på baggrund af den af det koncessionshavende selskab fremsatte anmodning af 26.7.2017 om fornyelse af koncessionen.

[27] Koncessionshaveren havde ifølge told- og monopolmyndigheden opretholdt de påkrævede indtægtsbeløb, effektivt forvaltet det fysiske distributionsnet for det indenlandske lotteri med øjeblikkelig trækning under iagttagelse af told- og monopolmyndighedens anvisninger, og med stor omhu foretaget korrekt og rettidig betaling af den behørige afgift til staten samt af de præmier, der tilkom forbrugerne.

56. Uanset hvad der har ligget til grund for at træffe beslutningen om den nævnte fortsættelse ved en lovgivningsmæssig afgørelse, og ikke ved en retsakt fra den koncessionsgivende offentlige myndighed, forholder det sig således, at sidstnævnte myndighed som nævnt allerede havde foretaget en positiv vurdering af koncessionshaverens drift og havde bemærket offentlighedens interesse i fortsættelsen af koncessionsforholdet inden vedtagelsen af lovdekret nr. 148/17.

1. Flere koncessionshavere og en enkelt koncessionshaver

57. I flere passager i forelæggelsesafgørelserne, såvel som i nogle af de skriftlige indlæg fra de parter, der har bestridt fortsættelsen af koncessionsforholdet til fordel for Lotterie Nazionali [28], er det blevet anført, at en sådan fortsættelse vil indebære, at ordningen med flere koncessionshavere omdannes til en ordning med en enkelt koncessionshaver.

58. Jeg har allerede bemærket, at valget af ordningen med flere koncessionshavere, som fremgik af lovdekret nr. 78/2009, fortsat var gældende, da fortsættelsen af koncessionsforholdet blev godkendt, uden at den som sådan blev erstattet af en ordning med en enkelt koncessionshaver i henhold til lovdekret nr. 148/17.

59. Jeg har ligeledes gjort rede for, at såfremt der inden for rammerne af den foreliggende tvist kunne tales om en enkelt koncessionshaver, skyldtes dette ikke anvendelsen af en retsforskrift, men derimod en rent faktisk omstændighed, nemlig at der kun deltog én ansøger i udbuddet.

60. Ud fra et EU-retligt synspunkt kan en hvilken som helst af de to ordninger i princippet være gyldig, således som Domstolen har fastslået [29]. Det lovgivningsmæssige valg af ordningen med en enkelt koncessionshaver forudsætter imidlertid, at der herved på en sammenhængende måde opfyldes et legitimt formål.

61. Jeg finder det ikke nødvendigt at fortsætte i denne retning for at tage stilling til begrundelsen for en model med en enkelt koncessionshaver, da det som nævnt ikke er denne model, der anvendes i den foreliggende sag.

62. Told- og monopolmyndighedens notat af 19. september 2017 henviser ganske vist til systemet med en enkelt koncessionshaver, som det offentlige agentur på daværende tidspunkt fandt hensigtsmæssigt [30]. Der er imidlertid tale om subsidiære betragtninger, som told- og monopolmyndigheden gjorde sig for det tilfælde, at der ikke måtte være grundlag for at fortsætte koncessionsforholdet med Lotterie Nazionali, således som den selv havde foreslået [31].

63. Således er der efter min opfattelse ikke grundlag for en diskussion om en (ikke-eksisterende) ændring af model. Den italienske lovgiver havde ikke til hensigt – heller ikke med vedtagelsen af lovdekret nr. 148/17 – at koncessionerne på driften af det indenlandske lotteri med øjeblikkelig trækning efterfølgende skulle finde sted efter modellen med en enkelt koncessionshaver. I dette

[28] De parter, der har talt for, at der skal iværksættes en ny udbudsprocedure, har gjort gældende, at lovdekret nr. 148/17 åbnede op for en ordning med en enkelt koncessionshaver, da det blev fastsat heri, at koncessionen skulle fornys.

[29] Dommen i sagen Stanley International Betting og Stanleybet Malta, præmis 53 og domskonklusionen: »Artikel 49 TEUF og 56 TEUF skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning […], der for så vidt angår koncessionen til afholdelsen af de omhandlede lottospil fastsætter en model med en enkelt koncessionshaver i modsætning til de øvrige spil, tipning og væddemål, som er omfattet af en model med flere koncessionshavere, forudsat at den nationale domstol fastslår, at den nationale lovgivning på en sammenhængende og systematisk måde reelt opfylder de legitime formål, som den pågældende medlemsstat har påberåbt sig.«

[30] Punkt 64 i den italienske regerings skriftlige indlæg.

[31] Den har navnlig anført, at såfremt løsningen med at fortsætte koncessionsforholdet ikke blev anvendt, ville det være nødvendigt at regulere de væsentlige elementer af en ny udbudsprocedure i en specifik retsforskrift.

lovdekret blev det ganske enkelt besluttet at fortsætte koncessionsforholdet – i overensstemmelse med vilkårene i den oprindelige retsakt – med det selskab, der havde fået tildelt koncessionen efter at have været den eneste deltager i et udbud, der var offentliggjort efter modellen med flere koncessionshavere.

E. Det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål

64. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har medgivet, at lovdekret nr. 148/17 har opretholdt det samme retsgrundlag (causa petendi) og den samme aftalegenstand (petitum) som for den oprindelige koncession. Nærmere bestemt svarer det samlede beløb, som Lotterie Nazionali skal betale i den anden niårige periode, til det beløb, der var fastsat i den oprindelige retsakt (800 mio. EUR).

65. I forelæggelsesafgørelserne nævnes imidlertid en *ændring*, som påvirker »reglerne og fristen for betaling af koncessionsafgiften«: en fremrykning til 2017 (50 mio. EUR) og til 2018 (750 mio. EUR) [32] af betalingen af den nævnte afgift.

66. Den forelæggende ret har tilføjet, at denne omstændighed kan have indflydelse på »den samlede afgiftsstørrelse, som bliver mere byrdefuld, henset til – ifølge appellanternes argumentation – den objektive og velkendte omstændighed, at tiden har en økonomisk værdi«.

67. De parter, der har gjort gældende, at denne nye betalingsordning ikke udgjorde en væsentlig ændring, har gjort gældende, at det beløb, som koncessionshaveren skulle betale, var det samme såvel ved tildelingen i 2010 som ved fornyelsen i 2017 (800 mio. EUR). Endvidere var forudbetalingen mere byrdefuld for koncessionshaveren, eftersom betalingen heraf skulle finde sted, inden den anden niårige periode overhovedet var indledt.

68. Besvarelsen af de af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) rejste tvivlsspørgsmål forudsætter: a) en sammenligning af den gældende betalingsordning i den første koncessionsperiode med ordningen i den anden periode, og b) såfremt denne sammenligning viser, at der har fundet en ændring sted, en kvalificering af den pågældende ændring som væsentlig eller uvæsentlig.

1. Sammenligning af betalingsordningerne

69. Ved den oprindelige koncession beløb den koncessionsgivende myndigheds indtægter sig til mindst 500 mio. EUR i det første år (2009) og 300 mio. EUR i det andet (2010).

70. Ifølge den betalingsfordeling, som blev indført ved lovdekret nr. 148/17, udgjorde de samme indtægter til statens budget, således som der er blevet redegjort for ovenfor, 50 mio. EUR i det første år (2017) og 750 mio. EUR i det andet (2018), hvorved der i virkeligheden blev foretaget en fremrykning af betalingen af den afgift, der vedrørte den fornyede koncessionsperiode.

[32] Der blev fastsat tre rater: 50 mio. EUR inden den 15.12.2017, 300 mio. EUR inden den 30.4.2018 og 450 mio. EUR inden den 31.10.2018.

71. De nye betalingsbetingelser indebar således:

– at den første rate (50 mio. EUR) i den nye periode udgjorde en tiendedel af det beløb, der i henhold til de anvendte bestemmelser ved koncessionen i 2010 udgjorde den første rate heraf (500 mio. EUR)

– at den anden rate (750 mio. EUR) i den nye periode derimod oversteg den tilsvarende rate (300 mio. EUR) af den oprindelige koncession med mere end det dobbelte.

72. Der var således tale om en ændring af den rytme, hvormed koncessionshaveren skulle indbetale sit bidrag, men ikke af størrelsen heraf eller af opdelingen i to på hinanden følgende rater.

73. Som Kommissionen har anført [33], er det realistisk at antage, at nedsættelsen af størrelsen af den første betaling (50 mio. EUR) giver koncessionshaveren bedre mulighed for at *forberede sig* til betalingen af den anden rate (750 mio. EUR) året efter. Selv om den anden rate var mere end dobbelt så stor som den tilsvarende rate, der var fastsat ved lovdekret nr. 78/2009, havde koncessionshaveren helt fra begyndelsen indtægter hidrørende fra selve koncessionen, hvorfor det ikke kan afvises, at systemet samlet set var gunstigt for denne.

74. Det er imidlertid korrekt, at fremrykningen, i to år, af den skyldige afgift for den nye periode i sig selv ville kunne indebære økonomiske ulemper for koncessionshaveren svarende til dem, som en hvilken som helst økonomisk aktør udsættes for, når der skal forudbetales afgifter af indtægter, som endnu ikke har fundet sted [34].

2. Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en væsentlig ændring

75. Ses der for en kort bemærkning bort fra de øvrige omstændigheder vedrørende betalingen af afgiften, udgjorde beslutningen om at fortsætte koncessionsforholdet med Lotteria Nazionali i yderligere ni år ikke nogen (hverken væsentlig eller uvæsentlig) ændring af selve koncessionen, da den som nævnt var i overensstemmelse med den oprindelige aftale.

76. Anderledes ville det forholde sig, hvis fornyelsen af koncessionen ikke oprindeligt havde været omhandlet i den nævnte aftale. I et sådant tilfælde ville forlængelsen af en koncession i yderligere ni år ved afslutningen herpå uden iværksættelse af en udbudsprocedure uden tvivl udgøre en væsentlig ændring af koncessionsaftalen, uanset om den blev vedtaget ved lov eller ved den ordregivende myndigheds egen beslutning [35].

77. Tvisten er således begrænset til en vurdering af, om den betalingsordning, der var gældende i den anden koncessionsperiode, adskilte sig *væsentligt* fra den ordning, der blev anvendt i den første periode.

[33] Punkt 47-49 i dens skriftlige indlæg.

[34] Således er det blevet anført af Lotterie Nazionali (sidste afsnit af punkt 32 og sidste punktum i andet led af punkt 35 i dens skriftlige indlæg) og af Lottomatica (punkt 4.3 i dens skriftlige indlæg). Det kan imidlertid ikke udelukkes, at Lotterie Nazionali accepterede forudbetalingen, fordi det i sidste ende kom den til gode. Det ville i modsat fald være nærliggende at antage, at den ikke ville have accepteret forlængelsen af koncessionsforholdet.

[35] Dette er blevet fastslået af Domstolen i forbindelse med fornyelse eller forlængelse af italienske koncessioner i dom af 13.9.2007, Kommissionen mod Italien (C-260/04, EU:C:2007:508) vedrørende koncessioner på afholdelse af hestevæddemål, af 14.7.2016, Promoimpresa (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558), vedrørende koncessioner på statsejede arealer, og af 18.9.2019, Kommissionen mod Italien (C-526/17, EU:C:2019:756), vedrørende en koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder.

78. Jeg skal erindre om, at der for begge perioders vedkommende, ud over det samme »retsgrundlag (causa petendi) og den samme aftalegenstand (petitum)«, hverken blev ændret ved den afgift, som koncessionshaveren skulle betale, eller ved kravet om, at betalingen skulle finde sted i to rater, nemlig i det første og det andet år af begge de pågældende perioder.

79. Den ændring, der reelt fandt sted, omhandlede størrelsen af de to rater, hvis forskel der er redegjort for ovenfor, og fremrykningen af disse betalinger til 2017 og 2018 i forhold til påbegyndelsen af den nye koncessionsperiode i 2019 [36].

80. Med forbehold for den bedømmelse, der foretages af den forelæggende ret, som har bedre forudsætninger for at tage stilling til dette punkt på grund af dens kendskab til tvisten, kan ændringen af de enkelte raters beløb efter min opfattelse ikke anses for væsentlig, eftersom den, ved en afvejning af dens fordele og ulemper for koncessionshaveren og for den koncessionsgivende myndighed, ikke lader til at påvirke koncessionens økonomiske balance til fordel for koncessionshaveren i en sådan grad, at det nødvendiggør et nyt udbud.

81. Kun ved en tilbundsgående økonomisk analyse vil det være muligt at fastslå, om det, der umiddelbart lader til at være en ulempe for koncessionshaveren (fremrykningen af betalingerne til et tidspunkt, hvor Lotterie Nazionali endnu ikke havde mulighed for at oppebære indtægter fra den anden koncessionsperiode), reelt var en ulempe, eller om det paradoksalt nok kunne indebære en fordel for denne, eller om den oprindelige økonomiske balance ganske enkelt blev opretholdt.

82. I told- og monopolmyndighedens notat af 19. september 2017 blev det i forbindelse med vurderingen af fordelene ved at fortsætte koncessionsforholdet med koncessionshaveren i den anden niårige periode ikke glemt, at der var andre økonomiske aktører, der havde interesse i at overtage opgaven [37]. I forelæggelsesafgørelserne henvises der ligeledes til »erhvervsdrivende i sektoren, som på nuværende tidspunkt har interesse i at opnå adgang til markedet«.

83. De appellerende selskabers forventninger kan imidlertid ikke have forrang for den ubestridelige omstændighed, at den oprindelige koncession helt fra begyndelsen foreskrev en mulig fornyelse – uden konkurrence fra andre aktører – i yderligere en niårig periode. Disse forventninger kan blive indfriet fuldt ud ved afslutningen på den nye niårige periode (som ikke kan forlænges).

84. Lottomatica Holding og Lotterie Nazionali har gjort gældende [38], at fremrykningen til 2017 af beslutningen om at fortsætte koncessionsforholdet var begrundet i, at der i modsat fald ville have været behov for tilstrækkelig tid til at kunne gennemføre en ny udbudsprocedure og til at have fundet en koncessionshaver pr. 30. september 2019.

[36] I henhold til artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 148/17 skulle der således »sikres nye og større indtægter til statens budget […] for 2017 og […] for 2018«, dvs. at der skulle tilvejebringes likviditet allerede i løbet af disse to år, frem for at afvente afgiftsopkrævningen i 2019 og 2020.

[37] Lottomatica og Lotterie Nazionali har i deres skriftlige indlæg (henholdsvis punkt 4.2 og 26) medgivet, at der var interesse fra andre aktører i at afgive tilbud på koncessionen, i og med at de har begrundet fremrykningen af fornyelsesprocessen med antallet af tvister, der opstår i forbindelse med udbud i den italienske spilsektor. Da de appellerende selskaber blev bekendt med vedtagelsen af lovdekret nr. 148/17, henvendte de sig straks til told- og monopolmyndigheden for at gøre opmærksom på deres interesse i koncessionen (skrivelse fra Sisal af 31.10.2017 og af 9.11.2017 og fra Stanleybet Malta af 8.11.2017, vedlagt som bilag til deres skriftlige indlæg).

[38] Henholdsvis punkt 4.2 og 26 i deres skriftlige indlæg.

85. Det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til, om denne omstændighed, eller en hvilken som helst anden, blev lagt til grund for indledningen af forhandlingerne med koncessionshaveren inden afslutningen på den første niårige periode og for den efterfølgende beslutning om at fortsætte koncessionsforholdet i den anden periode af samme varighed.

86. Det er under alle omstændigheder min opfattelse, at denne faktor er irrelevant i forbindelse med vurderingen af, om de indførte ændringer af afgiftsbetalingen kan kvalificeres som væsentlige ændringer af koncessionen. Det, der er relevant i denne forbindelse, er at tage hensyn til indholdet af de pågældende ændringer, og ikke til det tidspunkt, hvor den koncessionsgivende myndighed besluttede at gennemføre dem.

87. De tidsmæssige omstændigheder ved told- og monopolmyndighedens vedtagelse af den pågældende afgørelse kunne have indvirkning på andre elementer af den retlige kontrol (f.eks. ved at afsløre en mulig magtfordrejning), men jeg finder dem ikke relevante i forbindelse med bedømmelsen af, om der forelå en væsentlig ændring af koncessionens betingelser.

88. Efter at have afgrænset tvisten til en vurdering af, om ændringen af rækkefølgen af betalingerne kan anses for væsentlig, for så vidt som den »bevirker, at koncessionens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige koncession« (artikel 43, stk. 4, i direktiv 2014/23), er det således ikke min opfattelse, at dette er tilfældet, om end det som nævnt er den forelæggende ret, som i sidste ende skal tage stilling hertil.

F. Det fjerde præjudicielle spørgsmål

89. Med sit sidste præjudicielle spørgsmål ønsker Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) grundlæggende oplyst, om de appellerende selskaber har mulighed for at anfægte fornyelsen af koncessionen, selv om de ikke deltog i den oprindelige udbudsprocedure, »som nu er fortsat med den foregående koncessionshaver på de nye, [i forelæggelsesafgørelsen] anførte aftalebetingelser«.

90. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er af den opfattelse, at de pågældende selskaber kan have en legitim interesse, ikke i fornyelsen af koncessionen, men derimod i, at den ordregivende myndighed skulle udøve sine skønsbeføjelser efter udløbet af den første koncessionsperiode[39]. I denne forbindelse er det således uden betydning, om de deltog i udbudsproceduren i 2010 eller ej.

91. Ifølge Domstolen gælder det som hovedregel, at »[d]eltagelsen i et udbud af en kontrakt kan, henset til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, være en gyldig betingelse, der skal opfyldes for at godtgøre, at den pågældende person har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt eller risikerer at lide skade som følge af, at beslutningen om at tildele den nævnte kontrakt som hævdet er ulovlig«[40].

92. Det er imidlertid ikke min opfattelse, at denne hovedregel finder anvendelse i den foreliggende sag, hvor det ikke drejer sig om at tage stilling til, om de aktører, der ikke deltog som tilbudsgivere i proceduren med henblik på tildeling af koncessionen, har legitim interesse i at anfægte den (oprindelige) beslutning om tildeling. Det, som den foreliggende sag handler om, er,

[39] Således fremgår det af forelæggelsesafgørelsernes punkt 12, litra c.9).

[40] Dom af 28.11.2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl. (C-328/17, EU:C:2018:958, præmis 46).

hvorvidt de appellerende selskaber i forbindelse med fornyelsen af koncessionen kunne gøre gældende, at de havde en interesse i, at fornyelsen blev sendt i udbud, således at de fik mulighed for at ansøge om tildeling af koncessionen.

93. Besvarelsen hænger sammen med de ovenfor behandlede realitetsspørgsmål, dvs. om ændringerne af ordningen for afgiftsbetalingen i den anden koncessionsperiode havde tilstrækkelig substans til at ændre de oprindelige koncessionsvilkår væsentligt.

94. For at kunne fastslå, om disse ændringer var af væsentlig karakter, hvilket var forudsætningen for pligten til at afholde en ny udbudsprocedure, hvori de kunne deltage, er det således nødvendigt at anerkende de interesserede aktørers ret til at anlægge søgsmål med henblik på efterprøvelse heraf.

V. Forslag til afgørelse

95. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) forelagte spørgsmål således:

»Artikel 49 TEUF og 56 TEUF samt artikel 3 og 43 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter skal fortolkes således, at:

1) Når den oprindelige koncessionsaftale vedrørende driften af de indenlandske lotterier med øjeblikkelig trækning forudser en mulighed for at fortsætte koncessionsforholdet med den samme koncessionshaver i yderligere en niårig periode, er disse bestemmelser ikke til hinder for, at denne foranstaltning gennemføres ved en lovkraftig bestemmelse, efter at den koncessionsgivende myndighed har bekræftet, at fortsættelsen af koncessionsforholdet er i offentlighedens interesse og i overensstemmelse med den oprindelige aftale.

2) Med forbehold af den efterprøvelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, har ændringer af koncessionsvilkårene, som er begrænset til en ændring af de delbeløb, som koncessionshaveren skal indbetale i hver af de to rater, mens den retlige status, det juridiske formål, det samlede afgiftsbeløb samt opdelingen heraf i to rater derimod opretholdes, ikke væsentlig karakter som omhandlet i artikel 43 i direktiv 2014/23.

3) De aktører, som er interesserede i at opnå driften af koncessionen, har ret til at anfægte fortsættelsen af koncessionsforholdet med koncessionshaveren under henvisning til, at de vilkår, som fortsættelsen er underlagt, udgør en væsentlig ændring af den oprindelige koncession. Det er i denne forbindelse uden betydning, om disse økonomiske aktører har deltaget i den oprindelige udbudsprocedure eller ej.«