Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SANCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 21. januarja 2021 [1]

Združeni zadevi C-721/19 in 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,
ob udeležbi
Lotterie Nazionali Srl,
Lottomatica Holding Srl

(Predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki ju je vložil Consiglio di Stato (državni svet, Italija))

„Postopek predhodnega odločanja – Svoboda ustanavljanja – Svoboda opravljanja storitev – Omejitve – Direktiva 2014/23/EU – Člena 3 in 43 – Javno naročanje – Postopki izbire koncesionarja – Hitre srečke – Nacionalna zakonodaja, ki določa podaljšanje koncesije brez razpisa – Sprememba pogojev koncesije – Bistvene spremembe – Pravica dostopa do sistema revizij"

1. Med vrstami iger na srečo, ki so dovoljene v Italiji, je tako imenovana „nacionalna loterija s hitrimi srečkami", [2] katere izvajanje je bilo leta 2009 dodeljeno prek sistema upravne koncesije. Javni naročnik je izbral ponudnika, ki mu je bila dodeljena koncesija, v postopku javnega razpisa, v katerem je veljalo merilo ekonomsko najugodnejše ponudbe.

2. Uredba-zakon št. 78/2009 [3] je določila sistem koncesije za nacionalno loterijo s hitrimi srečkami, v katerega so bili lahko izbrani največ štirje koncesionarji. Koncesija je bila podeljena za devet let, podaljšati pa jo je bilo mogoče enkrat za enako obdobje.

3. Na razpis se je prijavil samo en ponudnik, družba Lotterie Nazionali Srl (v nadaljevanju: Lotterie Nazionali), ki je bila določena za edinega koncesionarja.

[1] Jezik izvirnika: španščina.

[2] Gre za loterijo vrste „popraskaj in zadeni", kjer lahko igralci takoj izvedo rezultat svojega vplačila. Po nakupu srečke se dobitna naključna kombinacija, ki je natisnjena in skrita, razkrije s praskanjem določenega dela na sami srečki.

[3] Uredba-zakon št. 78/2009 z dne 1. julija 2009 o ukrepih za boj proti krizi in podaljšanju rokov (GURI št. 150, z dne 1. julija 2009), s spremembami preoblikovana v zakon št. 102, z dne 3. avgusta 2009 (GURI št. 179, z dne 4. avgusta 2009; v nadaljevanju: uredba-zakon št. 78/2009).

4. Dve leti, preden se je izteklo prvotno obdobje (2010–2019), je nov zakonski predpis, uredba-zakon št. 148/2017,[4] javnemu naročniku naložil, naj dovoli, „da se obstoječa koncesija nadaljuje[…] do izteka roka, ki je v […] koncesijskem aktu določen kot rok, do katerega lahko najdlje velja koncesija“,[5] torej do 2028.

5. Consiglio di Stato (državni svet, Italija) dvomi, da je kontinuiteta koncesijskega razmerja v tem obdobju, ne da bi se izvedel nov postopek podelitve koncesije, združljiva s pravico svobodnega opravljanja storitev in pravico do ustanavljanja (člena 49 PDEU in 56 PDEU) ter z Direktivo 2014/23/EU.[6]

6. Poleg tega se sprašuje, ali lahko ponudniki v tem sektorju, ki niso sodelovali na prvotnem razpisu, nasprotujejo podaljšanju in zahtevajo izvedbo novega postopka podelitve koncesije.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2014/23

7. Člen 3, naslovljen „Načela enake obravnave, nediskriminacije in transparentnosti“, določa:

„1. Javni naročniki in naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

[…]“

8. Člen 43, naslovljen „Spremembe pogodb med njihovo veljavnostjo“, določa:

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

(a) če so spremembe ne glede na njihovo denarno vrednost predvidene v prvotni koncesijski dokumentaciji v jasnih, natančnih in nedvoumnih klavzulah o pregledu, ki lahko vključujejo klavzule o reviziji vrednosti, ali opcijah. V takih klavzulah so navedeni obseg in vrsta možnih sprememb ali opcij ter pogoji, pod katerimi se lahko uporabijo. Ne predvidevajo pa sprememb ali opcij, ki bi spremenile splošno naravo koncesije;

[…]

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

[…]

[4] Uredba-zakon št. 148/2017 z dne 16. oktobra 2017 o nujnih določbah na finančnem področju in o nujnih potrebah (GURI št. 242, z dne 16. oktobra 2017), s spremembami preoblikovana v zakon št. 172, z dne 4. decembra 2017 (GURI št. 284, z dne 5. decembra 2017; v nadaljevanju: uredba-zakon št. 148/17).

[5] V nekaterih odlomkih predložitvene odločbe (na primer v točki 12(c.8)) predložitveno sodišče potrjuje, da je kontinuiteta koncesijskega razmerja v bistvu izenačena z njegovo obnovo (*rinnovo*) ali podaljšanjem.

[6] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1).

4. Sprememba koncesije med njeno veljavnostjo se šteje za bistveno v smislu točke (e) odstavka 1, če se zaradi te spremembe koncesija znatno razlikuje od prvotno sklenjene koncesije. Brez poseganja v odstavka 1 in 2 se sprememba šteje za bistveno, če je izpolnjen vsaj eden od naslednjih pogojev:

(a) sprememba uvaja pogoje, ki bi, če bi bili del prvotnega postopka podelitve koncesije, omogočili udeležbo drugih vlagateljev kot tistih, ki so bili prvotno izbrani, ali sprejem druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno izbrana, ali pa bi k sodelovanju v postopku podelitve koncesije pritegnili še druge udeležence;

(b) zaradi spremembe je ekonomsko ravnotežje koncesije spremenjeno v korist koncesionarja na način, ki ni bil predviden v prvotni koncesiji;

[…]

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

B. Italijansko pravo

1. Uredba-zakon št. 78/2009

9. Člen 21, naslovljen „Podelitev koncesij na področju iger na srečo“, določa:

„1. Za zagotovitev varstva pomembnih javnih interesov v okviru dejavnosti sprejemanja [stav] pri igrah na srečo, če jih opravljajo subjekti, ki ne spadajo v javno upravo, je upravljanje teh dejavnosti zmeraj dodeljeno na podlagi koncesije, praviloma podeljene več osebam, izbranim po odprtem, konkurenčnem in nediskriminatornem izbirnem postopku, pri čemer je treba spoštovati načela in pravila Skupnosti in pravila nacionalnega prava. Zato […] ministrstvo za gospodarstvo in finance – neodvisna uprava državnih monopolov organizira potrebne postopke za pravočasno izvedbo podelitve koncesije, tudi v zvezi z vplačevanjem stav na daljavo v zadevne loterije, najbolj kvalificiranim upravljavcem iger, tako nacionalnim kot skupnostnim, ki pa ne smejo biti več kot štirje in ki izpolnjujejo merila moralne, tehnične in gospodarske zanesljivosti.

[…]

3. Izbira prek postopka podelitve koncesije temelji na merilu ekonomsko najugodnejše ponudbe, v okviru katere imajo prednost naslednja merila: (a) povečanje vrednosti ponudb, predlaganih glede na vnaprej določeno osnovo, ki vsekakor zagotavlja prihodke, ki na splošno niso manjši od 500 milijonov EUR v letu 2009 in 300 milijonov EUR za leto 2010, ne glede na to, kakšno bo končno število ponudnikov;

[…]

4. Koncesije, navedene v odstavku 1, ki se lahko enkrat podaljšajo, se podelijo za največ devet let, razdeljenih na dve obdobji – pet let in štiri leta. Nadaljevanje koncesije v drugem obdobju je pogojeno s pozitivno oceno upravljanja, ki jo poda javni organ koncedent med prvo polovico petega leta koncesije.“

2. Uredba-zakon št. 148/2017

10. Člen 20(1) določa:

„V skladu s členom 21(3) in (4) uredbe-zakona št. 78 z dne 1. julija 2009, ki je bila z zakonom št. 102 z dne 3. avgusta 2009 s spremembami preoblikovana v zakon, agencija za carine in monopole odobri nadaljevanje obstoječega koncesijskega razmerja, ki se nanaša na upravljanje, tudi na daljavo, nacionalne loterije s hitrimi srečkami, do datuma, določenega v členu 4(1) koncesijskega akta, da se zagotovijo novi in večji prihodki državnega proračuna v višini 50 milijonov EUR za leto 2017 in 750 milijonov EUR za leto 2018“.

II. Dejansko stanje, postopek pred nacionalnim sodiščem in vprašanja za predhodno odločanje

11. Z obvestiloma, objavljenima v Uradnih listih Evropske unije z dne 15. avgusta 2009 in z dne 2. aprila 2010, je Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (avtonomna uprava državnih monopolov, Italija) začela „izbirni postopek za podelitev koncesije za izvajanje javnih iger na srečo, poimenovanih ‚nacionalna loterija s hitrimi srečkami‘“.[7]

12. V razpisni dokumentaciji je bilo določeno:[8]

– Posredno upravljanje dejavnosti sprejemanja vplačil za igre na srečo se vedno dodeli v obliki koncesije.

– Koncesije se običajno dodelijo več osebam, vendar ne več kot štirim, ki se izberejo po koncu odprtih konkurenčnih in nediskriminatornih postopkov.

– Vsak koncesionar mora plačati koncesijsko dajatev glede na odstotek svojih prihodkov.

– Izbira koncesionarjev temelji na načelu najugodnejše ekonomske ponudbe in med njenimi merili je povečanje vrednosti ponudb glede na vnaprej določeno osnovo, ki vsekakor zagotavlja prihodke, ki niso manjši od 500 milijonov EUR v letu 2009 in 300 milijonov EUR v letu 2010 ne glede na končno število ponudnikov.

– Koncesije, ki se lahko enkrat podaljšajo, se dodelijo za devet let, razdeljenih na dve obdobji, in sicer pet let in štiri leta. Nadaljevanje koncesije v drugem obdobju je pogojeno s tem, da javni organ med prvo polovico petega leta koncesionarju poda pozitivno oceno upravljanja.

13. Na razpisu je sodelovala samo družba Lotterie Nazionali, ki je postala izključni ponudnik.

14. Po izteku prvega obdobja petih let je Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agencija za carino in monopole, Italija; v nadaljevanju: ADM)[9] dovolila, da se koncesija nadaljuje še štiri leta, torej v drugi del obdobja, do 30. septembra 2019.

[7] Glede na predložitveno odločbo (točka 3.1) je na podlagi dogovora z dne 14. oktobra 2003 to vrsto loterije do 31. maja 2010 izvajalo začasno združenje podjetij Lottomatica (ki je nato postala družba Lotterie Nazionali). Družba Lottomatica Holding Srl nadzira družbo Lotterie Nazionali, katere 64 % kapitala ima v lasti.

[8] V dokumentaciji so bile v bistvu navedene določbe iz člena 21 uredbe-zakona št. 78/2009.

[9] ADM je nasledila neodvisno upravo državnih monopolov.

15. Družba Lotterie Nazionali je 26. julija 2017 prosila ADM, naj uporabi klavzulo o nadaljevanju koncesije za nadaljnje devetletno obdobje.

16. ADM je z obvestilom z dne 19. septembra 2017 ugotovila, da je predlagano nadaljevanje v skladu z javnim interesom.

17. 16. oktobra 2017 je začel veljati člen 20(1) uredbe-zakona št. 148/2017.

18. V skladu s to določbo je ADM z obvestilom z dne 1. decembra 2017 kot datum prenehanja koncesije določila 30. september 2028, če koncesionar prej formalno sprejme posebne pogoje iz člena 20(1) uredbe-zakona št. 148/17. Družba Lotterie Nazionali je te pogoje sprejela istega dne.

19. Družbe Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd in Magellan Robotech Limited (v nadaljevanju: družbe, ki so tožeče stranke) so to odločitev izpodbijale pri Tribunale amministrativo regionale del Lazio (deželno upravno sodišče v Laciju, Italija), ki je njihove predloge zavrnilo s sodbama št. 9730/2018 in 9734/2018, obe z dne 4. oktobra 2018.

20. Tožeče stranke so pri Consiglio di Stato (državni svet, Italija) izpodbijale prvostopenjski sodbi. ADM in družba Lotterie Nazionali sta ju prav tako izpodbijali z nasprotno pritožbo v zvezi z zavrnjenimi ugovori nedopustnosti.

21. Z „delnima nepravnomočnima sodbama“ št. 6079 in 6080 z dne 3. novembra 2019 je Consiglio di Stato (državni svet) zavrnil nasprotni pritožbi ADM in družbe Lotterie Nazionali, z vsebinskega vidika pa je podvomil o tem, ali je člen 20(1) uredbe-zakona št. 148/17 v skladu s pravom Unije.

22. Consiglio di Stato (državni svet) je Sodišču v teh okoliščinah predložil ta vprašanja za predhodno odločanje:

„1. Ali je treba pravo Unije, zlasti pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (člen 49 in naslednji PDEU ter člen 56 in naslednji PDEU) ter načela pravne varnosti, prepovedi diskriminacije, preglednosti in nepristranskosti, svobodne konkurence, sorazmernosti, varstva zaupanja v pravo in skladnosti [iz prava Evropske unije], pa tudi – kjer se uporabljata – člena 3 in 43 Direktive 2014/23/EU razlagati tako, da nasprotujejo zakonodaji, kakršna je člen 20(1) […] uredb[e]-zakon[a] št. 148 z dne 16. oktobra 2017[…] in poznejši izvedbeni akti, ki določa, da ‚*1. V skladu s členom 21(3) in (4) uredbe zakona št. 78 z dne 1. julija 2009, ki je bila z zakonom št. 102 z dne 3. avgusta 2009 s spremembami preoblikovana v zakon, agencija za carine in monopole odobri nadaljevanje obstoječega koncesijskega razmerja, ki se nanaša na upravljanje, tudi na daljavo, nacionalne loterije s hitrimi srečkami, do datuma, določenega v členu 4(1) koncesijskega akta, da se zagotovijo novi in večji prihodki državnega proračuna v višini 50 milijonov EUR za leto 2017 in 750 milijonov EUR za leto 2018*‘ [ob upoštevanju, da]:

– je člen 21(1) uredbe-zakona št. 78 z dne 1. julija 2009, ki je bila z zakonom št. 102 z dne 3. avgusta 2009 s spremembami preoblikovana v zakon, določil dodelitev zadevnih koncesij več osebam, izbranim v okviru odprtih, konkurenčnih in nediskriminatornih postopkov;

– je člen 21(4) navedene uredbe-zakona določal, da je mogoče koncesije iz odstavka 1, če je to primerno, največ enkrat podaljšati;

– družbe, ki so tožeče stranke, leta 2010 niso sodelovale v javnem razpisu;

– obravnavano obstoječe razmerje je bilo prvotno sklenjeno z enim samim koncesionarjem ob koncu javnega razpisa, v katerem je bila predložena ena sama ponudba;

– nadaljevanje obstoječega koncesijskega razmerja naj bi v praksi pomenilo, da se bo to razmerje nadaljevalo izključno s tem edinim koncesionarjem, namesto podaljšanja z več osebami, brez dodatnega razpisa?

2. Ali je treba pravo Unije, zlasti pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (člen 49 in naslednji PDEU ter člen 56 in naslednji PDEU) ter načela pravne varnosti, prepovedi diskriminacije, preglednosti in nepristranskosti, svobodne konkurence, sorazmernosti, varstva zaupanja v pravo in skladnosti [iz prava Evropske unije], pa tudi – kjer se uporabljata – člena 3 in 43 Direktive 2014/23/EU razlagati tako, da nasprotujejo zakonodaji, kakršna je člen 20(1) uredbe-zakona št. 148 z dne 16. oktobra 2017, ki ob izrecni uporabi člena 21(3) in (4) uredbe-zakona št. 78 z dne 1. julija 2009, ki je bila z zakonom št. 102 z dne 3. avgusta 2009 s spremembami preoblikovana v zakon, določa, da *‚agencija za carine in monopole odobri nadaljevanje obstoječega koncesijskega razmerja, ki se nanaša na upravljanje, tudi na daljavo, nacionalne loterije s hitrimi srečkami, do datuma, določenega v členu 4(1) koncesijskega akta, da se zagotovijo novi in večji prihodki državnega proračuna v višini 50 milijonov EUR za leto 2017 in 750 milijonov EUR za leto 2018*‘, [ob upoštevanju, da]:

– s časovno omejenim nadaljevanjem zadevnega edinega koncesijskega razmerja namesto morebitnega podaljšanja več koncesij v skladu s členom 21(4) uredbe-zakona št. 78 z dne 1. julija 2009, ki je bila z zakonom št. 102 z dne 3. avgusta 2009 s spremembami preoblikovana v zakon, in brez novega javnega razpisa;

– pred potekom koncesije je začela veljati uredba-zakon št. 148 iz leta 2017, in sicer 16. oktobra 2017, to je na dan objave v Gazzetta ufficiale (italijanski uradni list), medtem ko naj bi se podeljena koncesija iztekla 30. septembra 2019;

– da bi zagotovili nove in večje prilive v državni proračun v višini 50 milijonov EUR za leto 2017 in 750 milijonov EUR za leto 2018, s čimer se spremenijo nekateri vidiki, ki se nanašajo na načine in plačilne roke plačila koncesije, in morebiti na skupni znesek dolgovanega plačila glede na njegov odplačni značaj, zlasti s spremembo plačilnih rokov tako, da bi nastopili prej, kakor je bilo določeno v prvotni koncesiji, ob upoštevanju – na podlagi predstavitve tožečih strank – objektivne in splošno znane finančne vrednosti časa?

3. Ali je treba pravo Unije, zlasti pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (člen 49 in naslednji PDEU ter člen 56 in naslednji PDEU) in tudi načela pravne varnosti, prepovedi diskriminacije, preglednosti in nepristranskosti, svobodne konkurence, sorazmernosti, varstva zaupanja v pravo in skladnosti [iz prava Evropske unije], pa tudi – kjer se uporabljata – člena 3 in 43 Direktive 2014/23/EU razlagati tako, da nasprotujejo zakonodaji, kot je ta v aktih o izvajanju navedene uredbe, zlasti v sporočilu Agenzia delle Dogane e dei Monopoli [pravilnik št.] 0133677 z dne 1. decembra 2017, ki ob izrecnem izvajanju določb člena 20(1) uredbe-zakona št. 148 z dne 16. oktobra 2017, in v skladu s tem, kar je določeno v členu 4, prvi odstavek, koncesijske pogodbe za upravljanje loterij, ki izvajajo hitro loterijo, navaja, da se koncesijska pogodba podaljša samo enkrat, na novo določa zadnji rok za koncesijsko razmerje do 30. septembra 2028; v nobenem primeru ne posega v določbe istega člena 4 v zvezi z razdelitvijo trajanja koncesije na dve obdobji, to je 5 let in 4 leta (zato se po

poteku prvega petletnega obdobja, 1. oktobra 2019, za naslednje štiriletno obdobje do 30. septembra 2028 zahteva pozitivna ocena upravljanja, ki jo poda Agenzia delle Dogane e dei Monopoli do 30. marca 2024); in določa, da družba do 15. decembra 2017 plača znesek v višini 50 milijonov EUR; do 30. aprila 2018 znesek v višini 300 milijonov EUR; in do 31. oktobra 2018 znesek v višini 450 milijonov EUR[, ob upoštevanju, da:]

– je bilo to določeno pred iztekom prvotnega roka za prenehanje veljavnosti koncesije (Agenzia delle Dogane e dei Monopoli je izdala sporočilo [pravilnik št.] 0133677 1. decembra 2017, koncesijska pogodba pa naj bi se iztekla 30. septembra 2019);

– s tem je zagotovila […] vnaprejšnje plačilo v višini 800 milijonov EUR s krajšim rokom (50 milijonov EUR do 15. decembra 2017; 300 milijonov EUR do 30. aprila 2018; 450 milijonov EUR do 31. oktobra 2018) glede na ta rok prenehanja veljavnosti (30. septembra 2019);

– s čimer je določila […] morebitno spremembo skupnega zneska dolgovanega plačila glede na njegov odplačni značaj, ob upoštevanju – na podlagi trditev tožečih strank – objektivne in splošno znane finančne vrednosti časa?

4. Ali je treba pravo Unije, zlasti pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev (člen 49 in naslednji PDEU ter člen 56 in naslednji PDEU) ter načela pravne varnosti, prepovedi diskriminacije, preglednosti in nepristranskosti, svobodne konkurence, sorazmernosti, varstva zaupanja v pravo in skladnosti [iz prava Evropske unije], pa tudi – kjer se uporabljata – člena 3 in 43 Direktive 2014/23/EU razlagati tako, da nasprotujejo navedeni zakonodaji tudi ob predpostavki, da gospodarski subjekti v tem sektorju, ki so trenutno zainteresirani za vstop na trg […], niso sodelovali pri javnem razpisu, ki je bil prvotno odprt za podelitev koncesije, ki se izteka in katere veljavnost je bila podaljšana v korist dosedanjega koncesionarja po opisanih novih pogodbenih pogojih, oziroma ali […] do morebitne omejitve vstopa na trg […] pride le, če bi dejansko sodelovali pri prvotnem javnem razpisu?“

III. Postopek pred Sodiščem

23. Predloga za sprejetje predhodne odločbe sta prispela v tajništvo Sodišča 23. septembra 2019. Glede na njuno povezanost je Sodišče odločilo, da ju združi.

24. Družbe Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta in Magellan Robotech ter italijanska vlada in Komisija so predložile pisna stališča, vse so tudi pisno odgovorile na vprašanja Sodišča.

IV. Presoja

A. Uvodne ugotovitve

25. Dvomi, ki jih Consiglio di Stato (državni svet) izraža v predložitvenih odločbah se nanašajo predvsem na materialnopravne vidike spora, na katere se nanašajo prvo, drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje.

26. V četrtem vprašanju pa je bolj izpostavljen postopkovni vidik, saj sprašuje, ali bi to, da družbe, ki so tožeče stranke in „gospodarski subjekti v tem sektorju, ki so trenutno zainteresirani za vstop na trg“, niso sodelovale na prvotnem razpisu, kakor koli vplivalo na spor.

27. Po analizi prvega vprašanja za predhodno odločanje bom svoja razmišljanja združil okrog drugega in tretjega, za kateri zaradi njune tesne povezave menim, da ju je bolje obravnavati skupaj.

28. Pred tem pa je treba pojasniti, kateri predpis prava Unije se uporabi v teh zadevah in kakšna je splošna ureditev, ki jo tako sodna praksa Sodišča kot tudi Direktiva 2014/23 določata glede spremembe pogojev koncesij.

29. Prav tako je treba poudariti, da v postopku ni bil vložen noben ugovor, s katerim bi se izpodbijala italijanska zakonodaja, ker je za to vrsto loterije določila koncesijsko ureditev, saj se je Sodišče že izreklo o njeni združljivosti s pravom Unije. [10]

30. Prav tako se v tem sporu ne oporeka utemeljitvi celotnega trajanja koncesije (prvotnih devet let plus še morebitnih dodatnih devet) [11] niti drugim vidikom ureditve koncesije. [12]

B. Pravni okvir, ki se uporabi

31. V skladu s členom 54 Direktive 2014/23 se ta „ne uporablja za podeljevanje koncesij, ponujenih ali podeljenih pred 17. aprilom 2014“. Ker je bila prvotna koncesija za nacionalno loterijo s hitrimi srečkami dodeljena leta 2010, bi se načeloma lahko zdelo, [13] da ta določba nasprotuje uporabi Direktive 2014/23 za ta spor. [14]

32. Že vnaprej naj povem, da je treba ne glede na to, kakšen bo odgovor na ta dvom, vsekakor upoštevati sodno prakso Sodišča glede vpliva členov 49 PDEU in 56 PDEU v zvezi s pravico do ustanavljanja in svobodnim opravljanjem storitev na pravila o javnem naročanju.

33. Ta sodna praksa iz teh dveh določb Pogodbe DEU zlasti izpelje posledice v zvezi s tem, kdaj je zaradi bistvenih sprememb javnega naročila načeloma treba izvesti nov postopek javnega naročanja. To merilo velja tudi za koncesijske pogodbe za storitve. [15]

[10] Sodba z dne 19. decembra 2018, Stanley International Betting in Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; v nadaljevanju: sodba Stanley International Betting in Stanleybet Malta), točka 66: „je Sodišče v sektorju iger na srečo potrdilo uporabo sistema koncesij, saj je ocenilo, da je ta lahko učinkovit mehanizem, ki omogoča nadzor nad subjekti, dejavnimi v tem sektorju, za preprečitev opravljanja teh dejavnosti za kriminalne ali goljufive namene (glej v tem smislu sodbo z dne 12. septembra 2013, Biasci in drugi, C-660/11 in C-8/12, EU:C:2013:550, točka 24 in navedena sodna praksa)“.

[11] Celotno trajanje koncesije bi lahko bilo upoštevni dejavnik. V skladu s sodno prakso „lahko dodelitev koncesij za obdobje, ki lahko traja do petnajst let, moti ali celo onemogoči, da bi poslovni subjekti v drugih državah članicah uveljavljali svoje svoboščine, ki jih zagotavljata člena 43 ES in 49 ES“ (sodba z dne 9. septembra 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506), točka 46).

[12] Iz branja sodb, ki ju je na prvi stopnji izdalo Tribunale amministrativo regionale del Lazio (deželno upravno sodišče v Laciju), je razvidno, da se je prvi razpis takrat izpodbijal, da je družba Sisal intervenirala, Consiglio di Stato (državni svet) pa je o tem pravnomočno odločil v sodbi št. 1705/2010.

[13] Sodba Stanley International Betting in Stanleybet Malta, točka 34: „[V] skladu z ustaljeno sodno prakso na področju javnih naročil, ki se po analogiji uporablja na področju koncesije za storitve, [je] direktiva, ki se uporabi, načeloma tista, ki je bila veljavna takrat, ko je naročnik izbral vrsto postopka, ki ga bo uporabil, in dokončno odgovoril na vprašanje, ali se opravi predhodno povabilo k oddaji ponudb za oddajo javnega naročila“.

[14] V tej zadevi ni mogoče govoriti o povsem notranjem položaju: koncesija zaradi svojih značilnosti kaže določeno čezmejno razsežnost, ki je nad nacionalno, dve od družb, ki so tožeče stranke, pa imajo svoj sedež zunaj Italije.

[15] Sodba z dne 13. aprila 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), točka 37: „Za zagotovitev preglednosti postopkov in enakega obravnavanja ponudnikov bi bilo treba v nekaterih primerih zaradi velikih sprememb bistvenih določb koncesijske pogodbe za storitve dodeliti novo koncesijsko pogodbo, če so te določbe bistveno drugačne od določb prvotne koncesijske pogodbe“.

34. Če je treba za koncesijo glede na obstoj bistvenih sprememb pogojev te koncesije izvesti nov razpis, se zanj uporabijo predpisi, ki veljajo na datum, ko se objavi, ne pa tisti, ki so veljali, ko je bila dodeljena prvotna koncesija. [16]

35. Na podlagi te premise, če bi bile spremembe pogojev koncesije za loterijo s hitrimi srečkami, ki jih je uvedla uredba-zakon št. 148/17, tako bistvene, da bi bil potreben nov razpis, bi se zanj *ratione temporis* uporabila Direktiva 2014/23. [17]

36. Isto merilo lahko velja za primere podaljšanj, kakršno je predmet spora, čeprav so bili obravnavani v prvotnem aktu. Če je odobritev podaljšanja za novo in dolgo obdobje (za devet let) odvisna od presoje javnega naročnika *ad casum*, in ni samodejna, [18] se mi zdi bolj logično, da je treba upoštevati zakonodajni okvir, ki velja na datum te presoje.

37. S členoma 3 in 43 Direktive 2014/23 je sodna praksa Sodišča zgolj vključena v zakonsko besedilo na področju javnih naročil:

– Člen 3 odraža načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije in transparentnosti, ki služijo „glavn[emu] cilj[u] predpisov Skupnosti s področja javnih naročil zagotoviti prost pretok storitev in vzpostaviti svobodno konkurenco v vseh državah članicah“. [19]

– Člen 43, ki ureja spremembo koncesije med njeno veljavnostjo, se prav tako zgleduje po usklajenih merilih iz sodne prakse, [20] v skladu s katerimi „je treba po bistveni spremembi koncesije […] načeloma izvesti nov postopek za oddajo, ki se nanaša na tako spremenjeno pogodbo“. [21]

38. Zato je bodisi v skladu s sodno prakso v zvezi s pravico do ustanavljanja ali svobodnim opravljanjem storitev bodisi v skladu s členoma 3 in 43 Direktive 2014/23 rezultat vsebinsko gledano enak.

[16] Sodba z dne 18. septembra 2019, Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756), točka 60: „[…] zakonodaja Unije, ki se uporablja, tista zakonodaja, ki je veljala na datum te [bistvene] spremembe“. Italijanska vlada je v svojem odgovoru na vprašanja Sodišča navedla, da te sodne prakse, ki se nanaša na Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, ni mogoče uporabiti, saj Direktiva 2014/23 vsebuje posebno pravilo (člen 54), ki ga v prvoomenjeni ni bilo. S tem argumentom, ki je krožen, se ne strinjam, saj pravilo iz omenjenega člena 54 domneva, da ni bilo bistvenih sprememb.

[17] Uredba-zakon št. 148/17 in naknadno obvestilo ADM sta bila izdana po datumu za prenos Direktive 2014/23 (ki je v skladu z njenim členom 51(1) 18. april 2016).

[18] Družbi Stanleybet Malta in Magellan Robotech ter Komisija so v svojih odgovorih na vprašanja Sodišča poudarile, da ni bilo nobene *obveznosti* nadaljevati koncesijsko razmerje.

[19] Sodba z dne 19. junija 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, točki 31 in 32).

[20] V uvodni izjavi 75 Direktive 2014/23 je izraženo tako: „je treba pojasniti pogoje, pod katerimi je treba zaradi spremenjene koncesije med njenim izvajanjem izvesti nov postopek podelitve koncesije, pri čemer je treba upoštevati zadevno sodno prakso Sodišča Evropske unije“.

[21] Sodba z dne 18. septembra 2019, Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756, točka 59). Tako v tej sodbi kot v sodbi z dne 11. julija 2013, Komisija/Nizozemska (C-576/10, EU:C:2013:510, točka 54), se upošteva sprememba bistvenih vidikov pogodbe. Logično je, da so manjše ali postranske spremembe dopustne in zaradi njih nov razpis ne postane nujen. V uvodni izjavi 75 Direktive 2014/23 je tako potrjeno: „spremembe koncesije, zaradi katerih se le malo spremeni vrednost pogodbe do določene ravni vrednosti, bi morale biti vedno možne, ne da bi bilo zaradi tega treba izvesti nov postopek podelitve koncesije“.

39. V zvezi s tem, da se Direktiva ne uporabi *ratione materiae*, kar naj bi izhajalo iz uvodne izjave 35 Direktive 2014/23, [22] na katero se sklicuje družba Lotterie Nazionali, [23] je dovolj navesti, da v tej zadevi obstaja konkurenčni postopek podelitve koncesije, ki je bil objavljen.

C. Splošna ureditev sprememb koncesije

40. Če se sledi prej opisani sodni praksi, razlikuje člen 43 Direktive 2014/23 med spremembami koncesije, ki se lahko izvedejo „brez novega postopka podelitve koncesije“ (odstavka 1 in 2), in ostalimi spremembami. Te zadnje se štejejo za *bistvene*.

41. Odstavek 5 tega člena taksativno določi, da je „[z]a spremembe določb koncesije med njeno veljavnostjo, ki niso navedene v odstavkih 1 in 2, […] potreben nov postopek podelitve koncesije v skladu s to direktivo“.

42. Ključ, po katerem se ugotovi, kdaj je sprememba bistvena in je zanjo potreben nov postopek, določa odstavek 4 člena 43 Direktive 2014/23: „Sprememba koncesije med njeno veljavnostjo se šteje za bistveno […], če se zaradi te spremembe koncesija znatno razlikuje od prvotno sklenjene koncesije“.

43. Kot konkretizacijo tega splošnega pravila ta odstavek 4 obravnava štiri primere bistvenih sprememb, od katerih sta za to zadevo lahko pomembni dve:

– „sprememba uvaja pogoje, ki bi, če bi bili del prvotnega postopka podelitve koncesije, […] k sodelovanju v postopku podelitve koncesije pritegnili še druge udeležence“. [24]

– „zaradi spremembe je ekonomsko ravnotežje koncesije spremenjeno v korist koncesionarja na način, ki ni bil predviden v prvotni koncesiji“. [25]

D. Prvo vprašanje za predhodno odločanje

44. Consiglio di Stato (državni svet) po tem, ko poudari, da družbe, ki so tožeče stranke, niso sodelovale na razpisu, organiziranem v skladu z uredbo-zakonom št. 78/2009, navede, da je bil razlog, da tega niso storile, lahko to, da je bilo podaljšanje koncesije samo eventualno, saj je bilo odvisno od diskrecijske pravice, podeljene upravi.

45. Dodaja, da se je ta diskrecijska pravica odpravila z uredbo-zakonom št. 148/17, ki je začela veljati kar dve leti pred koncem (prvega) devetletnega obdobja, določenega v koncesijskem aktu.

[22] „Primerno je, da se iz področja uporabe te direktive izključijo koncesije, ki so povezane s prirejanjem loterij in jih država članica gospodarskemu subjektu podeli na podlagi izključne pravice s postopkom brez objave na podlagi veljavnih nacionalnih zakonov ali drugih objavljenih predpisov, ki so skladni s PDEU. Ta izključitev je utemeljena z dodelitvijo izključne pravice gospodarskemu subjektu, zaradi česar ni mogoče uporabiti konkurenčnega postopka, in s potrebo po ohranitvi možnosti držav članic, da na nacionalni ravni regulirajo sektor iger na srečo zaradi njihovih obveznosti glede varstva javnega in družbenega reda.“

[23] Točka 9 njenega pisnega stališča.

[24] To možnost je obravnavalo Sodišče v sodbi z dne 7. septembra 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, točka 29): „je lahko posledica […] zmanjšanj[a] njegovega obsega to, da postane dosegljivo večjemu številu gospodarskih subjektov“.

[25] To pravilo izvira iz sodne prakse, razvite v sodbi z dne 19. junija 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, točka 37).

46. Morebitna nezdružljivost z evropsko zakonodajo bi torej bila v tem, da je zakonodajalec leta 2017 z normativnim aktom odpravil vsakršno možnost upravne diskrecije v zvezi z odločitvijo, da se ohrani koncesijsko razmerje ali pa se organizira nov razpis.

47. Menim, da je najprej treba poudariti, da je bilo to, da se koncesijsko razmerje nadaljuje še dodatnih devet let, predvideno že v prvotnem pravnem aktu, ki pa je bil v skladu z uredbo-zakonom št. 78/2009.

48. Ta podatek je pomemben, saj se je z *aktivacijo* te določbe spoštoval ta akt in se je preprosto uporabila ena od določb prvotnega koncesijskega dogovora.

49. Kot bom v nadaljevanju razložil, uveljavljanje možnosti nadaljevanja koncesije z enkratnim podaljšanjem za ponovnih devet let, ni spremenilo prvotnega modela, ki je bil v skladu s sistemom več koncesionarjev (ki je predvideval do štiri možne ponudnike, ki se jim lahko podeli koncesija).

50. Ta model kot tak se ni spremenil. Ker pa se je, ko je leta 2010 zaživel v praksi, *de facto* samo en gospodarski subjekt prijavil na razpis in torej postal edini koncesionar, je bilo treba koncesijsko razmerje za dodatnih devet let, ki je bilo vzpostavljeno v prvotnem aktu, dodeliti njemu.

51. Vendar je res, da bi tudi glede na besedilo prvotnega akta morala uprava koncedent pozitivno oceniti upravljanje koncesionarja, da bi omogočila prehod na zadnje devetletno obdobje.

52. Brez poseganja v to, kar bom pojasnil v zvezi s posebnimi pogoji, naloženimi ponudniku, da si zagotovi kontinuiteto koncesijskega razmerja za nadaljnjih devet let, menim, da ni pomembno, da je bilo o tej kontinuiteti odločeno z uredbo-zakonom, potem ko je uprava koncedent potrdila, da je bila v javnem interesu.

53. ADM je namreč v obvestilu z dne 19. septembra 2017 [26] pozitivno ocenila upravljanje, ki ga je do takrat izvajala družba Lotterie Nazionali, in pojasnila razloge, iz katerih je pomembno nadaljevati koncesijsko razmerje s to družbo v skladu s prvotnim aktom za naslednjih devet let. Pri tej oceni je ADM uporabila svoja pooblastila za diskrecijsko presojo, ki jih omenja Consiglio di Stato (državni svet).

54. V tem obvestilu je navedeno, da je bila kontinuiteta koncesijskega razmerja z družbo Lotterie Nazionali poleg tega, da je bila s finančnega vidika v javnem interesu, utemeljena, ker je bila ocena ravnanja te družbe pozitivna. [27]

55. Uredba-zakon št. 148/17 je torej potrdila primernost nadaljevanja koncesijskega razmerja, ki ga je diskrecijsko preučila ADM.

56. Ne glede na to, kakšni so bili razlogi, da se je ta kontinuiteta odobrila z zakonsko odločitvijo, in ne z aktom javne uprave koncedenta, je res, da je ta zadnja, naj ponovim, že pred sprejetjem uredbe-zakona št. 148/17 ugodno ocenila upravljanje koncesionarja in navedla, da je kontinuiteta koncesijskega razmerja v javnem interesu.

[26] Z obvestilom se je odgovorilo na predlog, ki ga je 26. julija 2017 predložila družba koncesionarka za podaljšanje koncesije.

[27] Po navedbah ADM je koncesionar ohranil zahtevane stopnje prihodkov; je v skladu z navodili same ADM učinkovito upravljal mrežo fizične distribucije nacionalne loterije s hitrimi srečkami in je še posebno pozornost namenil pravilnemu in pravočasnemu plačilu koncesijske dajatve, ki jo je dolgoval državi, ter nagrad potrošnikom.

1. Več koncesionarjev in edini koncesionar

57. V več odlomkih predložitvene odločbe in v nekaterih stališčih tistih, ki nasprotujejo kontinuiteti koncesijskega razmerja v korist družbe Lotterie Nazionali,[28] se trdi, da ta kontinuiteta pomeni spremembo sistema več koncesionarjev v sistem edinega koncesionarja.

58. Pokazal sem že, da je možnost več koncesionarjev, ki je bila navedena v uredbi-zakonu št. 78/2009, še naprej veljala, ko je bila odobrena kontinuiteta koncesijskega razmerja, in ni bila nadomeščena z modelom edinega koncesionarja na podlagi uredbe-zakona št. 148/17.

59. Prav tako sem pojasnil, da če bi se v okviru tega spora govorilo o edinem koncesionarju, to ne bi bilo zaradi uporabe predpisa, ampak zaradi samega dejstva, da je na razpisu sodeloval en sam kandidat.

60. Z vidika prava Unije bi lahko bila načeloma veljavna katera koli od obeh možnosti, kot je potrdilo Sodišče.[29] Izbira modela edinega koncesionarja na normativni ravni pa bi zahtevala, da se s tem dosledno uresničuje legitimni cilj.

61. Menim, da se ni treba več spraševati o utemeljenosti modela edinega koncesionarja, saj, naj ponovim, v tej zadevi ne gre za ta model.

62. Res je, da se obvestilo ADM z dne 19. septembra 2017 sklicuje na sistem edinega koncesionarja, ki ga je ta javna agencija takrat štela za boljšega.[30] Vendar gre za premisleke, ki jih je ADM navedla podredno, če se ne bi ohranila kontinuiteta koncesijskega razmerja z družbo Lotterie Nazionali, kot je predlagala.[31]

63. Zato se mi razprava o (neobstoječi) zamenjavi modela ne zdi dopustna. Volja italijanskega zakonodajalca tudi s sprejetjem uredbe-zakona št. 148/17 ni bila, da bi se koncesije za izvajanje nacionalne loterije s hitrimi srečkami podeljevale zaporedoma po modelu edinega koncesionarja. V tej uredbi-zakonu se je zgolj odločilo, da se nadaljuje koncesijsko razmerje v skladu z določbami prvotnega akta z družbo, ki je bila ponudnica, ki se ji je podelila koncesija, potem ko je edina sodelovala na razpisu, organiziranem po modelu več koncesionarjev.

E. Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje

64. Consiglio di Stato (državni svet) priznava, da je uredba-zakon št. 148/17 ohranila „isti pravni naslov (*causa petendi*) in predmet [prvotne] koncesije (*petitum*)“. In sicer skupni znesek, ki ga mora družba Lotterie Nazionali plačati za drugo obdobje devetih let, je enak znesku, navedenem v prvotnem aktu (800 milijonov EUR).

[28] Zagovorniki tega, da je potreben nov razpis, predlagajo, da se je z uredbo-zakonom št. 148/17, ko se je odredilo podaljšanje koncesije, omogočil model edinega koncesionarja.

[29] Sodba Stanley International Betting in Stanleybet Malta, točka 53 in izrek: „[Č]lena 49 PDEU in 56 PDEU [je treba] razlagati tako, da ne nasprotujeta nacionalni ureditvi, […] ki za koncesijo za upravljanje storitve loto določa model enega koncesionarja, kar pa ne velja za druge igre, napovedne igre in stave, za katere se uporablja model več koncesionarjev, če nacionalno sodišče ugotovi, da nacionalna ureditev dejansko, dosledno in sistematično uresničuje legitimne cilje, ki jih navaja zadevna država članica“.

[30] Točka 64 stališč italijanske vlade.

[31] Zlasti je navedla, da bi bilo treba, če rešitev, v skladu s katero se izbere kontinuiteta koncesijskega razmerja, ne bi bila sprejeta, v posebnem predpisu določiti bistvene elemente novega razpisa.

65. V predložitvenih odločbah pa je poudarjena ena *sprememba*, ki vpliva na „načine in rok plačila koncesijske dajatve“: predplačilo omenjene dajatve leta 2017 (50 milijonov EUR) in leta 2018 (750 milijonov EUR). [32]

66. Predložitveno sodišče dodaja, da bi ta okoliščina lahko pomenila „morebitno spremembo skupnega zneska dolgovanega plačila glede na njegov odplačni značaj, ob upoštevanju – na podlagi trditev tožečih strank – objektivne in splošno znane finančne vrednosti časa“.

67. Tisti, ki zagovarjajo, da ta novi način plačila ne pomeni bistvene spremembe, navajajo, da je bil znesek, ki ga je moral koncesionar plačati, enak tako ob podelitvi koncesije leta 2010 kot tudi ob njenem podaljšanju leta 2017 (800 milijonov EUR). Poleg tega naj bi bilo predplačilo težje za koncesionarja, saj ga je moral izvesti celo pred začetkom drugega devetletnega obdobja.

68. Za odgovor na dvome Consiglio di Stato (državni svet) je treba: (a) primerjati način plačila, ki je veljal v prvem obdobju koncesije, s tistim, ki je veljal v drugem; in (b) če ta primerjava pokaže, da je prišlo do spremembe, je treba ugotoviti, ali je bila bistvena ali ne.

1. Primerjava načinov plačila

69. V prvotni koncesiji so bili prihodki uprave koncedenta vsaj 500 milijonov EUR v prvem letu (2009) in 300 milijonov EUR v drugem (2010).

70. Glede na distribucijo plačil, določeno z uredbo-zakonom št. 148/17, kot sem že pojasnil, so bili isti prihodki v korist državnega proračuna 50 milijonov EUR v prvem letu (2017) in 750 milijonov EUR v drugem (2018), s čimer se je koncesijska dajatev za obdobje podaljšanja koncesije dejansko plačala vnaprej.

71. Novi plačilni pogoji so torej pomenili naslednje:

– Prvi obrok (50 milijonov EUR) podaljšanega obdobja je pomenil desetino predvidenega plačila (500 milijonov EUR) za prvi del plačila v določbah, ki veljajo za koncesijo iz leta 2010.

– Nasprotno, drugi obrok (750 milijonov EUR) podaljšanega obdobja je za več kot dvakrat večji od tistega iz prvotne koncesije (300 milijonov EUR).

72. Prišlo je torej do spremembe ritma, po katerem je moral koncesionar plačati svojo dajatev, ne pa do spremembe njenega zneska niti do njene delitve na dva zaporedna dela.

73. Verjetno je mogoče domnevati, da je – kot je navedla Komisija – [33] znižanje zneska prvega plačila (50 milijonov EUR) koncesionarju omogočilo, da se bolje *pripravi* na plačilo drugega dela (750 milijonov EUR) naslednje leto. Čeprav ta zadnji znaša več kot dvakratnik tistega, določenega v uredbi-zakonu št. 78/2009, je lahko koncesionar že od začetka računal na prihodke iz same koncesije, zaradi česar ni mogoče izključiti, da je imel v celoti gledano korist od sistema.

[32] Določeni so bili trije zneski: 50 milijonov EUR do 15. decembra 2017; 300 milijonov EUR do 30. aprila 2018 in 450 milijonov EUR do 31. oktobra 2018.

[33] Točke od 47 do 49 njenega stališča.

74. Vendar je res, da bi lahko v dveh letih predujem dajatve, ki se dolguje za podaljšano obdobje, povzročil finančne težave koncesionarju, ki bi bile podobne težavam, s katerimi se mora soočati vsak gospodarski subjekt pri vnaprejšnjem plačevanju dajatve za nekatere bodoče prihodke. [34]

2. Bistvena sprememba?

75. Če se za zdaj zanemarijo ostale okoliščine plačila dajatve, odobritev nadaljevanja koncesijskega razmerja z družbo Lotterie Nazionali še za devet let ni pomenila nobene spremembe (niti bistvene niti manjše) same koncesije, saj je bila, naj ponovim, v skladu s prvotnim aktom.

76. Drugače bi bilo, če se že na začetku v navedenem aktu ne bi razmišljalo o podaljšanju koncesije. V takem primeru bi podaljšanje koncesije, ki se je končala, za devet let, pa če bi bilo *ex lege* ali na podlagi samostojne odločitve javnega naročnika, brez razpisnih postopkov nedvomno pomenilo bistveno spremembo koncesijske pogodbe. [35]

77. Razprava je torej omejena na presojo, ali se je način plačila, ki je veljal v drugem koncesijskem obdobju, *bistveno* razlikoval od tistega, ki je veljal v prvem.

78. Naj spomnim, da je v obeh obdobjih poleg „pravnega naslova (*causa petendi*) in predmeta koncesije (*petitum*)“ ostala enaka tudi dajatev, ki jo je moral plačati koncesionar, pa tudi zahteva, da se plačilo izvede v dveh delih, in sicer v prvem in drugem letu vsakega od teh obdobij.

79. Sprememba se je dejansko nanašala na delni znesek teh dveh delov plačila, ki se je razlikoval v že opisanem smislu, in na predujem teh plačil leta 2017 in 2018 v zvezi z novim koncesijskim obdobjem, ki se je začelo leta 2019. [36]

80. S pridržkom presoje predložitvenega sodišča, ki se lažje izreče o tem primeru, saj pozna spor, menim, da spremembe zneskov vsakega dela plačila ni mogoče opredeliti kot bistvene, saj se glede na prednosti in slabosti tega za koncesionarja in upravo koncedenta ne zdi, da spremeni finančno ravnotežje koncesije v njegovo korist do te mere, da bi bil potreben nov razpis.

81. Samo na podlagi bolj poglobljene ekonomske analize bi bilo mogoče razlikovati, ali bi lahko to, kar se na videz kaže kot neugodnost za koncesionarja (predplačila, ko družba Lotterie Nazionali še ni mogla prejemati lastnih prihodkov iz drugega koncesijskega obdobja), paradoksalno pomenilo zanj korist, ali pa se je gledano v celoti enostavno ohranilo prvotno finančno ravnotežje.

[34] Tako namigujeta družba Lotterie Nazionali (zadnji odstavek točke 32 in zadnji pomišljaj druge alinee točke 35 njenega stališča) in Lottomatica (točka 4.3 njenega stališča). Vendar ni mogoče izključiti, da je družba Lotterie Nazionali sprejela predplačilo zato, ker ji je to navsezadnje ustrezalo. V nasprotnem primeru je logično sklepati, da ne bi sprejela, da se koncesijsko razmerje nadaljuje.

[35] Sodišče je v zvezi s podaljšanjem italijanskih koncesij to potrdilo v sodbah z dne 13. septembra 2007, Komisija/Italija (C-260/04, EU:C:2007:508), v zvezi s koncesijami za organizacijo in sprejemanje konjskih stav; z dne 14. julija 2016, Promoimpresa (C-458/14 in C-67/15, EU:C:2016:558), v zvezi s koncesijami za javno dobro; in z dne 18. septembra 2019, Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756), v zvezi s koncesijo za javne gradnje.

[36] V skladu s členom 20(1) uredbe-zakona št. 148/17 je šlo tako za „zagotavljanje novih in večjih prihodkov za državni proračun […] za leto 2017 in […] za leto 2018“, torej da se zagotovi likvidnost že v teh dveh letih, namesto da se čaka na pobiranje dajatve v letih 2019 in 2020.

82. V obvestilu ADM z dne 19. septembra 2017, ko pojasnjuje prednosti ega, da se v drugem devetletnem obdobju nadaljuje koncesijsko razmerje z imetnikom koncesije, ni pozabljeno, da obstajajo drugi gospodarski subjekti, ki lahko zasedejo to mesto.[37] Tudi predložitveni odločbi omenjata „gospodarske subjekte v tem sektorju, ki so trenutno zainteresirani za vstop na trg“.

83. Vendar pričakovanja družb, ki so tožeče stranke, ne morejo prevladati nad nespornim dejstvom, da je prvotna koncesija *ab initio* predvidevala morebitno podaljšanje brez konkuriranja tretjih oseb še za eno devetletno obdobje. Ta pričakovanja bodo lahko v celoti pokazala svoj potencial ob koncu tega (nepodaljšljivega) devetletnega obdobja.

84. Družbi Lottomatica Holding in Lotterie Nazionali pa trdita,[38] da je bilo vnaprejšnje sprejetje odločitve leta 2017, da se koncesijsko razmerje nadaljuje, utemeljeno, ker če ne bi bilo tako, bi bilo potrebno dovolj časa za izvedbo novega razpisa in pridobitev koncesionarja do 30. septembra 2019.

85. Predložitveno sodišče mora razjasniti, ali obstaja ta ali kakšen drug razlog, da se stopi v stik s koncesionarjem, preden se konča prvo devetletno obdobje, zato da se torej odloči o kontinuiteti koncesijskega razmerja v drugem enako dolgem obdobju.

86. Vsekakor menim, da ta dejavnik ni pomemben za ugotovitev, ali je spremembe glede plačila dajatve mogoče opredeliti kot bistvene spremembe koncesije. V zvezi s tem je pomembno, da se pazi na vsebino teh sprememb, ne pa na trenutek, ko je uprava koncedent odločila, da jih bo uvedla.

87. Časovne okoliščine, v katerih je ADM sprejela to odločitev, bi lahko vplivale na druge elemente njenega sodnega nadzora (na primer, ker bi bila razkrita morebitna zloraba pooblastila), vendar jih ne štejem za pomembne za presojo, ali je prišlo do bistvene spremembe pogojev koncesije.

88. Če povzamem, če se spor omeji na odločitev, ali se sprememba zaporedja plačil lahko šteje za bistveno, ker se „zaradi te spremembe koncesija znatno razlikuje od prvotno sklenjene koncesije“ (člen 43(4) Direktive 2014/23), menim, da ni tako, čeprav, pri tem vztrajam, ima predložitveno sodišče v zvezi s tem zadnjo besedo.

F. Četrto vprašanje za predhodno odločanje

89. Consiglio di Stato (državni svet) s svojim zadnjim vprašanjem za predhodno odločanje želi izvedeti, če povzamem, ali lahko družbe, ki so tožeče stranke, čeprav niso sodelovale na prvotnem razpisu za podelitev koncesije, „katere veljavnost je bila podaljšana v korist dosedanjega koncesionarja po novih pogodbenih pogojih[, opisanih v predložitveni odločbi]“, izpodbijajo podaljšanje koncesije.

[37] Da so bile tretje osebe zainteresirane za koncesijo, priznavata družbi Lottomatica in Lotterie Nazionali v svojih stališčih (točka 4.2 oziroma 26), ko utemeljujeta, da je bil postopek podaljšanja predviden glede na število sporov, do katerih pride v okviru razpisov v sektorju iger na srečo v Italiji. Ko so družbe, ki so tožeče stranke, izvedele, da je bila izdana uredba-zakon št. 148/17, so se nemudoma obrnile na ADM ter ji sporočile, da so zainteresirane za koncesijo (dopisi družbe Sisal z dne 31. oktobra in 9. novembra 2017 in družbe Stanleybet Malta z dne 8. novembra 2017, priloženi k njunima stališčema).

[38] Točki 4.2 oziroma 26 njunih pisnih stališč.

90. Po mnenju Consiglio di Stato (državni svet) bi navedene družbe lahko imele pravni interes za to, da bi uprava, ki je javni naročnik, uveljavljala svojo diskrecijsko pravico, potem ko se je prvo koncesijsko obdobje končalo,[39] ne pa za nov razpis. V tem smislu torej ne bi bilo pomembno, ali so sodelovale na razpisu leta 2010 ali ne.

91. Po mnenju Sodišča se lahko praviloma „[u]deležba v postopku oddaje javnega naročila […] v skladu s členom 1(3) Direktive 89/665 načeloma obravnava kot pogoj, ki mora biti izpolnjen za ugotovitev, da ima zadevna oseba interes za dodelitev zadevnega javnega naročila ali da ji lahko zaradi domnevne nezakonitosti odločitve o oddaji navedenega javnega naročila nastane škoda“.[40]

92. Vendar tega splošnega pravila po mojem mnenju ni mogoče uporabiti v tem sporu, v katerem ne gre za to, da se razjasni, ali so tisti, ki niso sodelovali kot ponudniki v postopku izbire koncesionarja, upravičeni izpodbijati (prvotno) odločitev o podelitvi. Tu se namreč razpravlja o tem, ali lahko družbe, ki so tožeče stranke, v okviru podaljšanja koncesije uveljavljajo svoj interes, da se to podaljšanje izvede na podlagi razpisa, in tako zahtevajo njeno podelitev.

93. Izpodbijanje je povezano z vsebinskimi vprašanji, ki sem jih že obravnaval, in sicer, ali so bile spremembe ureditve plačila dajatve za drugo obdobje koncesije take, da bi lahko bistveno spremenile prvotne pogoje te koncesije.

94. Da bi se torej ugotovilo, ali so te spremembe bistvene ali ne, zaradi česar bi nastala obveznost izvesti nov razpis, na katerem bi lahko sodelovale, je treba zainteresiranim gospodarskim subjektom priznati pravico, da začnejo sodni postopek, kjer se to preveri.

V. Predlog

95. Ob upoštevanju zgoraj navedenega Sodišču predlagam, naj Consiglio di Stato (državni svet, Italija) odgovori:

Člena 49 in 56 PDEU ter člena 3 in 43 Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb je treba razlagati tako:

1. Če prvotni koncesijski akt za organizacijo nacionalnih loterij s hitrimi srečkami predvideva, da se koncesijsko razmerje nadaljuje v drugem devetletnem obdobju z istim koncesionarjem, ti členi ne nasprotujejo temu, da se ta ukrep sprejme s predpisom z močjo zakona, potem ko je uprava koncedent potrdila, da je kontinuiteta razmerja v javnem interesu in je v skladu s prvotnim aktom.

2. Spremembe pogojev koncesije, ki imajo isti pravni naslov, isti pravni predmet, enak znesek dajatve in plačilo v dveh delih, ter gre zgolj za spremembo delnih zneskov, ki jih mora koncesionar plačati pri vsakem od teh delov, niso bistvene v smislu člena 43 Direktive 2014/23, vendar pa mora to preveriti še predložitveno sodišče.

3. Gospodarski subjekti, ki so zainteresirani za pridobitev koncesije, imajo pravico izpodbijati kontinuiteto koncesijskega razmerja v korist koncesionarja, pri tem pa se oprejo na to, da pogoji, pod katerimi ta kontinuiteta velja, pomenijo bistveno spremembo prvotne koncesije. V tem smislu ni pomembno, da ti subjekti niso sodelovali na prvotnem razpisu.

[39] Tako je razvidno iz točke c.9 točke 12 predložitvene odločbe.

[40] Sodba z dne 28. novembra 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità in drugi (C-328/17, EU:C:2018:958, točka 46).