GENERALINIO ADVOKATO
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA IŠVADA,
pateikta 2021 m. sausio 21 d.[1]

Sujungtos bylos C-721/19 ir C-722/19

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

(*Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Įsisteigimo laisvė – Laisvė teikti paslaugas – Apribojimai – Direktyva 2014/23/ES – 3 ir 43 straipsniai – Viešojo pirkimo sutarčių sudarymas – Koncesininko atrankos procedūros – Momentinės loterijos – Nacionalinės teisės aktai, nustatantys koncesijos pratęsimą nerengiant viešojo pirkimo procedūros – Koncesijos sąlygų pakeitimas – Esminiai pakeitimai – Teisė pasinaudoti peržiūros sistema"

1. Tarp Italijoje leidžiamų azartinių lošimų rūšių yra vadinamoji „nacionalinė momentinė loterija"[2]; 2009 m. teisė ją organizuoti buvo suteikiama sudarant administracinės koncesijos sutartį. Perkančioji organizacija koncesininką atrinkdavo viešojo konkurso tvarka, taikydama ekonomiškai naudingiausio pasiūlymo kriterijų.

2. Dekretu įstatymu Nr. 78/2009[3] buvo sukurta nacionalinės momentinės loterijos koncesijos sistema, pagal kurią buvo galima pasirinkti iki keturių koncesininkų. Koncesijos trukmė buvo devyneri metai, ją buvo galima atnaujinti vieną kartą tam pačiam laikotarpiui.

3. Konkurse dalyvavo tik vienas dalyvis, *Lotterie Nazionali Srl* (toliau – *Lotterie Nazionali*), ir jis buvo pasirinktas kaip vienintelis koncesininkas.

[1] Originalo kalba: ispanų.

[2] Tai yra „nutrink ir laimėk" loterijų rūšis, kai dalyviai gali iš karto sužinoti apie laimėjimą. Įsigijus bilietą, laimingas atsitiktinis derinys, atspausdintas ir paslėptas, atsiskleidžia nutrynus tam tikrą bilieto dalį.

[3] Dekretas įstatymas Nr. 78/2009 dėl priemonių kovojant su krize ir dėl terminų pratęsimo (GURI, Nr. 150, 2009 m. liepos 1 d.), iš dalies pakeitus pertvarkytas į 2009 m. rugpjūčio 3 d. Įstatymą Nr. 102 (GURI, Nr. 179, 2009 m. rugpjūčio 4 d.; toliau – Dekretas įstatymas Nr. 78/2009).

4. Likus dvejiems metams iki pradinio laikotarpio pabaigos (2010/2019), naujame teisės akte, t. y. Dekrete įstatyme Nr. 148/2017 [4], perkančiajai organizacijai buvo nurodyta leisti „pratęsti suteiktą koncesiją <…> iki kol baigsis maksimalus koncesijos akte <…> numatytas terminas“ [5], t. y. iki 2028 m.

5. *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija) abejoja, ar koncesijos pratęsimas šį laikotarpį, nepradedant naujos konkurso procedūros, yra suderinamas su laisve teikti paslaugas ir įsisteigimo laisve (SESV 49 ir 56 straipsniai), taip pat su Direktyva Nr. 2014/23/ES [6].

6. Jai taip pat kyla klausimas, ar šiame sektoriuje veikiantys ūkio subjektai, kurie nedalyvavo pirminiame konkurse, gali prieštarauti atnaujinimui ir reikalauti pradėti naują konkurso procedūrą.

I. Teisinis pagrindas

A. Sąjungos teisė. Direktyva 2014/23

7. Direktyvos 2014/23 3 straipsnyje („Lygiateisiškumo, nediskriminavimo ir skaidrumo principai“) numatyta:

„1. Perkančiosios organizacijos ir perkantieji subjektai ekonominės veiklos vykdytojus vertina vienodai ir jų nediskriminuoja, jie veikia skaidriai ir vadovaujasi proporcingumo principu.

<…>“

8. 43 straipsnyje („Sutarčių keitimas jų galiojimo laikotarpiu“) įtvirtinta:

„1. Koncesijos gali būti keičiamos nevykdant naujos koncesijos suteikimo procedūros pagal šią direktyvą bet kuriuo iš šių atvejų:

a) kai pakeitimai, neatsižvelgiant į jų piniginę vertę, buvo numatyti pirminiuose koncesijos dokumentuose apibrėžtose aiškiose, tiksliose ir nedviprasmiškose peržiūros nuostatose, kurios, be kita ko, gali apimti nuostatas dėl vertės persvarstymo, arba pasirinkimo galimybėse. Tokiose nuostatose nurodoma galimų pakeitimų arba pasirinkimo galimybių taikymo sritis, pobūdis ir galimos jų taikymo sąlygos. Jose nenumatomi pakeitimai arba pasirinkimo galimybės, dėl kurių pasikeistų bendras koncesijos pobūdis;

<…>

e) kai pakeitimai, neatsižvelgiant į jų vertę, nėra esminiai, kaip apibrėžta 4 dalyje.

<…>

[4] Dekretas įstatymas Nr. 148/2017 „Būtinosios nuostatos finansiniais klausimais ir dėl neatidėliotinų poreikių“ (GURI, Nr. 242, 2017 m. spalio 16 d.), iš dalies pakeitus pertvarkytas į 2017 m. gruodžio 4 d. Įstatymą Nr. 172 (GURI, Nr. 284, 2017 m. gruodžio 5 d.; toliau – Dekretas įstatymas Nr. 148/17).

[5] Kai kuriose nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą dalyse (pavyzdžiui, 12 dalies c punkto 8 papunktyje) teismas *a quo* patvirtina, kad koncesijos pratęsimas iš esmės prilyginamas jos atnaujinimui (*rinnovo*) ar prailginimui.

[6] 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/23/ES dėl koncesijos sutarčių suteikimo (OL L 94, 2014, p. 1).

4. Koncesijos keitimas jos galiojimo laikotarpiu laikomas esminiu pagal 1 dalies e punktą, kai dėl jo koncesijos pobūdis, palyginti su pirmine koncesija, iš esmės pasikeičia. Bet kuriuo atveju, nedarant poveikio 1 ir 2 dalims, pakeitimas laikomas esminiu, kai įvykdoma viena ar daugiau iš šių sąlygų:

a) pakeitimu nustatomos sąlygos, dėl kurių, jeigu jos būtų buvusios įtrauktos į pirminę koncesijos suteikimo procedūrą, būtų buvę galima leisti dalyvauti kitiems paraiškų teikėjams nei iš pradžių atrinktieji arba priimti kitą pasiūlymą nei iš pradžių priimtas, arba koncesijos suteikimo procedūra būtų pritraukusi papildomų dalyvių;

b) pakeitimu koncesininko naudai pakeičiama koncesijos ekonominė pusiausvyra taip, kaip nebuvo numatyta pirminėje koncesijoje;

<…>

5. Koncesijos galiojimo laikotarpiu darant kitus jos nuostatų pakeitimus, nei numatyti 1 ir 2 dalyse, reikalaujama vykdyti naują koncesijos suteikimo procedūrą pagal šią direktyvą.“

B. Italijos teisė

1. Dekretas įstatymas Nr. 78/2009

9. Dekreto įstatymo Nr. 78/2009 21 straipsnyje („Koncesijų suteikimas lošimų srityje“) numatyta:

„1. Siekiant užtikrinti viršesnių viešųjų interesų apsaugą lošimo įmokų rinkimo veikloje, kai ji patikėta ne viešajai institucijai, ši veikla visada vykdoma suteikiant koncesijas pagal Bendrijos bei nacionalines taisykles ir principus, paprastai keliems subjektams, kurie atrenkami vykdant atviras, konkurencingas ir nediskriminacines viešojo pirkimo procedūras. Todėl <…> Ekonomikos ir finansų ministerija – Autonominė valstybės monopolio administracija – vykdo procedūras, kad būtų galima laiku suteikti koncesiją, įskaitant susijusią su minėtų loterijų įmokų rinkimu nuotoliniu būdu, labiausiai kvalifikuotiems nacionaliniams ir Bendrijos loterijų veiklos vykdytojams, kurių bet kuriuo atveju turi būti ne daugiau kaip keturi ir kurie turi atitikti moralinio, techninio ir ekonominio patikimumo kriterijus.

<…>

3. Koncesijos suteikimas konkurso būdu grindžiamas ekonomiškai naudingiausio pasiūlymo kriterijumi, teikiant pirmenybę šioms sąlygoms: a) didesnė pateiktų pasiūlymų kaina, palyginti su iš anksto nustatyta bazine kaina, bet kuriuo atveju užtikrinant, kad bendros pajamos 2009 m. būtų ne mažesnės nei 500 mln. eurų, o 2010 m. – ne mažesnės nei 300 mln. eurų, neatsižvelgiant į galutinį koncesininkų skaičių.

<…>

4. 1 dalyje nurodytos koncesijos, kurios gali būti pratęsiamos ne daugiau kaip vieną kartą, turi būti ne ilgesnės nei devyneri metai ir dalytinos į du atitinkamai penkerių ir ketverių metų laikotarpius. Tam, kad koncesija būtų pratęsta antrajam laikotarpiui, ją suteikianti institucija turi teigiamai įvertinti valdymo kokybę; vertinimas turi būti atliekamas per pirmąjį penktų koncesijos metų pusmetį.“

2. Dekretas įstatymas Nr. 148/2017

10. Dekreto įstatymo Nr. 148/2017 20 straipsnio 1 dalyje nurodyta:

„Pagal 2009 m. liepos 1 d. Dekreto įstatymo Nr. 78, pertvarkyto į 2009 m. rugpjūčio 3 d. Įstatymą Nr. 102, 21 straipsnio 3 ir 4 dalis Muitinės ir monopolijų agentūra suteikia leidimą pratęsti suteiktą koncesiją, susijusią su įmokų iš nacionalinių momentinių loterijų veiklos rinkimu, įskaitant nuotoliniu būdu, kol baigsis koncesijos akto 4 straipsnio 1 dalyje numatytas maksimalus terminas, siekiant užtikrinti, kad į valstybės biudžetą būtų surinkta daugiau naujų pajamų, t. y. 50 mln. eurų 2017 m. ir 750 mln. eurų 2018 m.“.

II. Faktinės aplinkybės, nacionalinis procesas ir prejudiciniai klausimai

11. 2009 m. rugpjūčio 15 d. ir 2010 m. balandžio 2 d. *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje* paskelbtais pranešimais *l'Amministratione Autonoma Monopoli di Stato* (Autonominė valstybės monopolio administracija, Italija) pradėjo „koncesijos verstis viešųjų lošimų, vadinamųjų „nacionalinių momentinių loterijų“, veikla suteikimo procedūrą“ [7].

12. Konkurso taisyklėse buvo nurodyta, kad [8]:

– netiesioginis lošimo įmokų surinkimo veiklos valdymas visada bus suteikiamas taikant koncesijos sistemą,

– koncesijos suteikiamos paprastai ne daugiau kaip keturiems asmenims, atrinktiems vykdant atviras, konkurencingas ir nediskriminacines viešųjų pirkimų procedūras,

– kiekvienas koncesininkas turės mokėti atlygį, kurį sudaro procentinė dalis nuo pajamų,

– koncesininkų pasirinkimas grindžiamas ekonomiškai naudingiausio pasiūlymo principu: vienas iš jo kriterijų – atsižvelgiama į didesnę kainą, palyginti su iš anksto nustatyta bazine kaina, siekiant užtikrinti, kad bendros pajamos bet kuriuo atveju 2009 m. būtų ne mažesnės nei 500 mln. eurų, o 2010 m. – ne mažesnės nei 300 mln. eurų, neatsižvelgiant į galutinį koncesininkų skaičių,

– koncesijos, kurios gali būti atnaujinamos vieną kartą, suteikiamos ne ilgiau kaip devyneriems metams; šis laikotarpis dalijamas į du penkerių ir ketverių metų laikotarpius. Tam, kad koncesija būtų pratęsta antrajam laikotarpiui, koncesiją suteikianti institucija turi teigiamai įvertinti valdymo kokybę; vertinimas turi būti atliekamas per pirmąjį penktų koncesijos metų pusmetį.

13. Konkurse dalyvavo tik *Lotterie Nazionali*; būtent ji ir tapo koncesininke.

[7] Remiantis nutartimi dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą (3 dalies 1 punktas), pagal 2003 m. spalio 14 d. sutartį koncesija verstis šios rūšies loterijos veikla iki 2010 m. gegužės 31 d. buvo suteikta laikinai sudarytai įmonių grupei *Lottomatica* (kuri vėliau tapo *Lotterie Nazionali*). *Lottomatica Holding Srl* kontroliuoja *Lotterie Nazionali* ir valdo 64 % jos akcinio kapitalo.

[8] Konkurso taisyklėse buvo iš esmės pakartotos Dekreto įstatymo Nr. 78/2009 21 straipsnio nuostatos.

14. Pirmojo penkerių metų laikotarpio pabaigoje *Agenzia delle Dogane e dei Monopoli* (Muitinės ir monopolių agentūra, Italija; toliau – ADM)[9] leido tęsti koncesiją antrąjį ketverių metų laikotarpį iki 2019 m. rugsėjo 30 d.

15. 2017 m. liepos 26 d. *Lotterie Nazionali* pateikė ADM prašymą taikyti sąlygą dėl koncesijos pratęsimo kitam devynerių metų laikotarpiui.

16. ADM 2017 m. rugsėjo 19 d. rašte konstatavo, kad prašomas pratęsimas atitinka viešąjį interesą.

17. 2017 m. spalio 16 d. įsigaliojo Dekreto įstatymo Nr. 148/2017 20 straipsnio 1 dalis.

18. Vadovaudamasi šia nuostata, ADM 2017 m. gruodžio 1 d. rašte nustatė galutinį koncesijos terminą 2028 m. rugsėjo 30 d., su sąlyga, kad koncesininkas pritars Dekreto įstatymo Nr. 148/17 20 straipsnio 1 dalyje nurodytoms sąlygoms. Tą pačią dieną *Lotterie Nazionali* pritarė šioms sąlygoms.

19. Bendrovės *Sisal SpA*, *Stanleybet Malta Ltd* ir *Magellan Robotech Limited* (toliau – bendrovės pareiškėjos) apskundė šį sprendimą *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* (Lacijaus regiono administracinis teismas, Italija), šis jų reikalavimus atmetė 2018 m. spalio 4 d. sprendimais Nr. 9730/2018 ir Nr. 9734/2018.

20. Bendrovės pareiškėjos pirmosios instancijos teismo sprendimus apskundė *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba). ADM ir *Lotterie Nazionali* taip pat pateikė atskirą skundą dėl atmestų prieštaravimų dėl priimtinumo.

21. 2019 m. lapkričio 3 d. *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) „daliniais ir negalutiniais sprendimais“ Nr. 6079 ir Nr. 6080 atmetė ADM ir *Lotterie Nazionali* atskiruosius apeliacinius skundus ir iš esmės suabejojo, ar Dekreto įstatymo Nr. 148/17 20 straipsnio 1 dalis atitinka Sąjungos teisę.

22. Šiomis aplinkybėmis *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) Teisingumo Teismui pateikė tokius prejudicinius klausimus:

„1. Ar Sąjungos teisė, būtent įsisteigimo teisė ir laisvė teikti paslaugas (SESV 49 ir paskesni straipsniai bei 56 ir paskesni straipsniai), taip pat [Europos Sąjungos] teisinio saugumo, nediskriminavimo, skaidrumo ir nešališkumo, konkurencijos laisvės, proporcingumo, teisėtų lūkesčių ir suderinamumo principai, taip pat, kai taikytini,
Direktyvos 2014/23/ES 3 ir 43 straipsniai turi būti aiškinami taip, kad pagal juos draudžiama tokia nuostata, kaip įtvirtinta 2017 m. spalio 16 d. Dekreto įstatymo Nr. 148 20 straipsnio 1 dalyje ir vėlesniuose įgyvendinimo aktuose, kurioje nustatyta, kad „*1. Pagal 2009 m. liepos 1 d. Dekreto įstatymo Nr. 78, pertvarkyto, su pakeitimais, į 2009 m. rugpjūčio 3 d. Įstatymą Nr. 102, 21 straipsnio 3 ir 4 dalis Muitinės ir monopolijų agentūra suteikia leidimą pratęsti suteiktą koncesiją, susijusią su įmokų iš nacionalinių momentinių loterijų veiklos rinkimu, įskaitant nuotoliniu būdu, kol baigsis koncesijos akto 4 straipsnio 1 dalyje numatytas maksimalus terminas, siekiant užtikrinti, kad į valstybės biudžetą būtų surinkta daugiau naujų pajamų, t. y. 50 mln. eurų 2017 m. ir 750 mln. eurų 2018 m*.“ atsižvelgiant į tai, kad:

[9] ADM pakeitė Autonominę valstybės monopolio administraciją.

– 2009 m. liepos 1 d. Dekreto įstatymo Nr. 78, pertvarkyto, su pakeitimais, į 2009 m. rugpjūčio 3 d. Įstatymą Nr. 102, 21 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad atitinkamos koncesijos paprastai bus suteikiamos keliems subjektams, atrinktiems vykdant atviras, konkurencingas ir nediskriminacines viešųjų pirkimų procedūras,

– minėto dekreto 21 straipsnio 4 dalyje numatyta, kad 1 dalyje nurodytos koncesijos gali būti pratęsiamos tik vieną kartą,

– 2010 m. paskelbtame konkurse bendrovės pareiškėjos nedalyvavo,

– konkreti galiojanti koncesija buvo nuo pat pradžių suteikta vieninteliam koncesininkui, surengus viešojo pirkimo procedūrą, per kurią buvo pateiktas tik vienas pasiūlymas,

– galiojančios koncesijos pratęsimas konkrečiai reikštų, kad šią veiklą toliau vykdytų tik šis vienintelis koncesininkas (neskelbiant kito konkurso), užuot suteikus teisę ją tęsti keliems subjektams?

2. Ar Sąjungos teisė, būtent įsisteigimo teisė ir laisvė teikti paslaugas (SESV 49 ir paskesni straipsniai ir 56 ir paskesni straipsniai), taip pat [Europos Sąjungos] teisinio saugumo, nediskriminavimo, skaidrumo ir nešališkumo, konkurencijos laisvės, proporcingumo, teisėtų lūkesčių ir suderinamumo principai ir, kai taikytini, Direktyvos 2014/23/ES 3 ir 43 straipsniai turi būti aiškinami taip, kad jais draudžiama tokia nuostata, kaip įtvirtinta 2017 m. spalio 16 d. Dekreto įstatymo Nr. 148 20 straipsnio 1 dalyje, kurioje, vadovaujantis 2009 m. liepos 1 d. Dekreto įstatymo Nr. 78, pertvarkyto, su pakeitimais, į 2009 m. rugpjūčio 3 d. Įstatymą Nr. 102, 21 straipsnio 3 ir 4 dalimis, nustatyta, kad „*1. Muitinės ir monopolijų agentūra suteikia leidimą pratęsti suteiktą koncesiją, susijusią su įmokų iš nacionalinių momentinių loterijų veiklos rinkimu, įskaitant nuotoliniu būdu, kol baigsis koncesijos akto 4 straipsnio 1 dalyje numatytas maksimalus terminas, siekiant užtikrinti, kad į valstybės biudžetą būtų surinkta daugiau naujų pajamų, t. y. 50 mln. eurų 2017 m. ir 750 mln. eurų 2018 m.*“, atsižvelgiant į tai, kad:

– pratęsiama vieninteliam koncesininkui suteikta galiojanti koncesija vietoj galimų keletui koncesininkų suteiktinų koncesijų pagal 2009 m. liepos 1 d. Dekreto įstatymo Nr. 78, pertvarkyto, su pakeitimais, į 2009 m. rugpjūčio 3 d. Įstatymą Nr. 102, 21 straipsnį ir neskelbiant naujo konkurso,

– 2017 m. Dekretas įstatymas Nr. 148 įsigaliojo 2017 m. spalio 16 d., t. y. tą pačią dieną, kai buvo paskelbtas Italijos *Gazzetta ufficiale* (Oficialusis leidinys), o koncesija būtų baigusi galioti 2019 m. rugsėjo 30 d.,

– siekiant užtikrinti, kad į valstybės biudžetą būtų surinkta daugiau naujų pajamų, t. y. 50 mln. eurų 2017 m. ir 750 mln. eurų 2018 m., iš dalies pakeičiami tam tikri aspektai, susiję su atlygio už koncesiją mokėjimo tvarka ir terminu, ir potencialiai – bendra mokėjimo suma, atsižvelgiant į šios veiklos atlygintinumą, visų pirma pakeičiant mokėjimo terminus, kurie paankstinti, palyginti su pirmine koncesija, turint omenyje – kaip teigia pareiškėjos – objektyvų ir žinomą faktą, kad laikas turi finansinę vertę?

3. Ar Sąjungos teisė, būtent įsisteigimo teisė ir laisvė teikti paslaugas (SESV 49 ir paskesni straipsniai bei 56 ir paskesni straipsniai), taip pat [Europos Sąjungos] teisinio saugumo, nediskriminavimo, skaidrumo ir nešališkumo, konkurencijos laisvės, proporcingumo, teisėtų lūkesčių ir suderinamumo principai ir, kai taikytini, Direktyvos 2014/23/ES 3 ir 43 straipsniai turi būti aiškinami taip, kad jais draudžiama tokia nuostata, kaip įtvirtinta minėto dekreto įgyvendinimo aktuose, visų pirma 2017 m. gruodžio 1 d. Muitinės ir monopolijų agentūros pranešime (protokolo Nr.) 0133677, pagal kurį, taikant 2017 m. spalio 16 d. Dekreto įstatymo Nr. 148 20 straipsnio 1 dalį ir remiantis koncesijos sutarties dėl momentinių loterijų veiklos valdymo 4 straipsnio pirma pastraipa, kur numatytas jos galiojimo pratęsimas ne daugiau nei vieną kartą, perkeliamas galutinis koncesijos galiojimo terminas į 2028 m. rugsėjo 30 d., bet kuriuo atveju paisant tame pačiame 4 straipsnyje numatytų nuostatų dėl koncesijos termino padalijimo į du laikotarpius atitinkamai 5 ir 4 metų (atitinkamai pirmojo 5 metų laikotarpio nuo 2019 m. spalio 1 d. pabaigoje, prieš pratęsiant koncesiją papildomam ketverių metų laikotarpiui iki 2028 m. rugsėjo 30 d., Muitinės ir monopolijų agentūra turi pateikti teigiamą valdymo kokybės įvertinimą, kuris turi būti atliktas ne vėliau kaip iki 2024 m. kovo 30 d.), ir nustatoma, kad bendrovė turi sumokėti 50 mln. eurų sumą iki 2017 m. gruodžio 15 d., 300 mln. eurų sumą iki 2018 m. balandžio 30 d. ir 450 mln. eurų sumą iki 2018 m. spalio 31 d., atsižvelgiant į tai, kad:

   – šios sąlygos numatytos dar nepasibaigus minėtos koncesijos pirminiam terminui (Muitinės ir monopolių agentūros pranešimas (protokolo Nr.) 0133677 buvo priimtas 2017 m. gruodžio 1 d., o koncesijos sutarties galiojimas turėjo baigtis 2019 m. rugsėjo 30 d.),

   – taip užtikrinamas <…> 800 mln. eurų mokėjimas ankstesniais terminais (50 mln. eurų iki 2017 m. gruodžio 15 d.; 300 mln. eurų iki 2018 m. balandžio 30 d.; 450 mln. eurų iki 2018 m. spalio 31 d.), palyginti su minėtu terminu (2019 m. rugsėjo 30 d.),

   – nustatoma <…>, kad bendras mokėtinos sumos dydis gali būti keičiamas, turint omenyje veiklos atlygintinumą, atsižvelgiant į – kaip teigia pareiškėjos – objektyvų ir žinomą faktą, kad laikas turi finansinę vertę?

4. Ar Sąjungos teisė, būtent įsisteigimo teisė ir laisvė teikti paslaugas (SESV 49 ir paskesni straipsniai ir 56 ir paskesni straipsniai), taip pat [Europos Sąjungos] teisinio saugumo, nediskriminavimo, skaidrumo ir nešališkumo, konkurencijos laisvės, proporcingumo, teisėtų lūkesčių ir suderinamumo principai ir, kai taikytini, Direktyvos 2014/23/ES 3 ir 43 straipsniai turi būti aiškinami taip, kad pagal juos draudžiama tokia nuostata tuo atveju, kai atitinkamame sektoriuje veiklą vykdantys ūkio subjektai, norintys patekti į rinką <…>, nedalyvavo pirminėje viešojo pirkimo procedūroje, vykdytoje pasibaigusiai koncesijai suteikti ir pratęstai su esamu koncesininku pagal aprašytas naujas sutartines sąlygas, arba <…> ar galimas patekimo į rinką ribojimas <…> taikomas tik tuo atveju, kai jie faktiškai dalyvavo pirminėje viešojo pirkimo procedūroje?“

III. Procesas Teisingumo Teisme

23. Prašymai priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teisme užregistruoti 2019 m. rugsėjo 23 d. Atsižvelgdamas į tai, kad prašymai tarpusavyje susiję, Teisingumo Teismas nutarė juos sujungti.

24. Rašytines pastabas pateikė *Lotterie Nazionali*, *Lottomatica Holding*, *Sisal*, *Stanleybet Malta*, *Magellan Robotech*, Italijos vyriausybė ir Komisija; visos jos raštu atsakė į Teisingumo Teismo joms pateiktus klausimus.

IV. Vertinimas

A. Pirminiai patikslinimai

25. Abejonės, kurias *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) pateikia nutartyse dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, visų pirma susijusios su materialiniais ginčo aspektais, kurie nagrinėjami pirmajame–trečiajame prejudiciniuose klausimuose.

26. Atvirkščiai, ketvirtasis klausimas yra labiau procesinio pobūdžio, nes svarstoma, ar ginčui kokią nors įtaką darytų tai, kad bendrovės pareiškėjos, „atitinkamame sektoriuje veiklą vykdantys ūkio subjektai, norintys patekti į rinką“, nedalyvavo pirminėje viešųjų pirkimo procedūroje.

27. Išanalizavęs pirmąjį prejudicinį klausimą, sujungsiu savo argumentus dėl antrojo ir trečiojo klausimų, kurie, manau, turėtų būti nagrinėjami kartu dėl savo glaudaus ryšio.

28. Pirmiausia reikia nurodyti, kuri Sąjungos teisės norma taikytina šioje byloje ir kokia yra Teisingumo Teismo jurisprudencijoje ir Direktyvoje 2014/23 įtvirtinta bendra tvarka, susijusi su koncesijų sąlygų keitimu.

29. Taip pat turiu pažymėti, kad nagrinėjamu atveju nebuvo pareikšta jokio prieštaravimo, siekiant užginčyti Italijos teisės aktus dėl tokio tipo loterijų koncesijos sistemos, dėl kurios suderinamumo su Sąjungos teise Teisingumo Teismas jau yra priėmęs sprendimų [10].

30. Taip pat šioje byloje neginčijama bendra koncesijos trukmė (iš pradžių devyneri metai, prireikus dar devyneri galimi) [11] ar kiti jos sistemos aspektai [12].

[10] 2018 m. gruodžio 19 d. Sprendimo *Stanley International Betting ir Stanleybet Malta* (C-375/17, EU:C:2018:1026; toliau – Sprendimas *Stanley International Betting ir Stanleybet Malta*) 66 punktas: „Teisingumo Teismas yra pripažinęs pagrįstu koncesijų sistemos taikymą azartinių lošimų srityje, konstatuodamas, kad tokia sistema gali būti veiksminga kontroliuojant šiame sektoriuje veikiančius operatorius, siekiant, kad ši veikla nebūtų naudojama kriminaliniams tikslams ar sukčiavimui (šiuo klausimu žr. 2013 m. rugsėjo 12 d. Sprendimo *Biasci ir kt.*, C-660/11 ir C-8/12, EU:C:2013:550, 24 punktą ir nurodytą jurisprudenciją)“.

[11] Koncesijos trukmė galėtų būti reikšmingas veiksnys. Pagal jurisprudenciją, „suteikus koncesijas laikotarpiui, kuris gali siekti penkiolika metų, gali būti kliudoma ar net draudžiama kitose valstybėse narėse esantiems subjektams naudotis EB 43 ir 49 straipsniais garantuojamomis laisvėmis“ (2010 m. rugsėjo 9 d. Sprendimo *Engelmann* (C-64/08, EU:C:2010:506) 46 punktas).

[12] Iš *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* (Lacijaus regiono administracinis teismas) pirmojoje instancijoje priimtų sprendimų matyti, kad dėl pirmojo konkurso vyko ginčas, kuriame dalyvavo *Sisal*, dėl kurio *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) priėmė galutinį Sprendimą Nr. 1705/2010.

B. Taikytinas teisinis pagrindas

31. Pagal Direktyvos 2014/23 54 straipsnį ši direktyva „netaikoma koncesijų, dėl kurių konkursai vyko arba kurios buvo suteiktos anksčiau nei 2014 m. balandžio 17 d., suteikimui“. Kadangi pirminė koncesija dėl nacionalinės momentinės loterijos buvo suteikta 2010 m., iš principo [13] atrodytų, jog tokia nuostata neleidžia šiam ginčui taikyti Direktyvos 2014/23 [14].

32. Kad ir kaip būtų atsakyta į šį klausimą, iš pradžių norėčiau pažymėti, jog bet kuriuo atveju reikia atsižvelgti į Teisingumo Teismo jurisprudenciją dėl SESV 49 ir 56 straipsnių, susijusių su įsisteigimo laisve ir laisve teikti paslaugas, poveikio viešųjų pirkimų taisyklėms.

33. Visų pirma šioje jurisprudencijoje, kiek tai susiję su šiomis dviem SESV nuostatomis, daroma išvada, kad, atliekant esminius viešojo pirkimo sutarties pakeitimus, iš esmės gali reikėti rengti naują konkursą. Ši taisyklė taip pat taikoma ir paslaugų koncesijos sutartims [15].

34. Jei dėl esminių koncesijos sąlygų pakeitimų turi būti rengiamas naujas konkursas, turi būti taikomos jo paskelbimo dieną galiojančios taisyklės, o ne tos, kurios galiojo suteikiant pirminę koncesiją [16].

35. Remiantis šia prielaida, jei Dekretu įstatymu Nr. 148/17 nustatyti koncesijos dėl momentinės loterijos sąlygų pakeitimai būtų tokie esminiai, kad reikėtų naujo konkurso, Direktyva 2014/23 tam konkursui būtų taikoma *ratione temporis* [17].

36. Ta pati taisyklė gali būti taikoma pratęsimams, kaip antai tiems, dėl kurių kilo ginčas, net jeigu jie buvo numatyti pirminiame teisės akte. Nors pratęsimo naujam laikotarpiui dar devyneriems metams leidimas priklauso nuo perkančiosios organizacijos įvertinimo *ad casum ir* nėra automatiškas [18], man atrodo logiškiau, kad turi būti laikomasi tą pratęsimo dieną galiojusios reguliavimo sistemos.

[13] Sprendimo *Stanley International Betting ir Stanleybet Malta* 34 punktas: „Pagal viešojo pirkimo srityje suformuotą ir pagal analogiją paslaugų koncesijai taikomą jurisprudenciją iš principo taikytina direktyva, galiojanti tuo momentu, kai perkančioji organizacija pasirenka procedūrą, kurią taikys, ir galutinai išsprendžia klausimą, ar privaloma iš anksto skelbti konkursą viešojo pirkimo sutarčiai sudaryti“.

[14] Šiuo atveju negalima kalbėti apie išimtinai vidaus situaciją: koncesija dėl savo savybių rodo tam tikrą, viršesnį nei nacionalinį, tarpvalstybinį pobūdį, dviejų iš bendrovių pareiškėjų buveinės yra ne Italijoje.

[15] 2010 m. balandžio 13 d. Sprendimo *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182) 37 punktas: „Siekiant užtikrinti procedūrų skaidrumą ir vienodą požiūrį į konkurso dalyvius, dėl paslaugų koncesijos sutarties pagrindinių sąlygų esminių pakeitimų gali tam tikrais atvejais būti reikalaujama sudaryti naują koncesijos sutartį, jeigu jie numato iš esmės skirtingas sąlygas, nei nustatytosios pirminėje koncesijos sutartyje“.

[16] 2019 m. rugsėjo 18 d. Sprendimo *Komisija / Italija* (C-526/17, EU:C:2019:756) 60 punktas: „<…> taikomi Sąjungos teisės aktai, galioję tokio [esminio] pakeitimo dieną“. Atsakydama į Teisingumo Teismo klausimus Italijos vyriausybė nurodo, kad ši jurisprudencija, susijusi su 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo, netaikytina, nes Direktyvoje 2014/23 yra speciali taisyklė (54 straipsnis), kurios pirma nurodytoje direktyvoje nebuvo. Nesutinku su šiuo argumentu, kuris yra žiedinio pobūdžio, nes minėto 54 straipsnio nuostatose daroma prielaida, kad esminių pakeitimų nebuvo.

[17] Dekretas įstatymas Nr. 148/17 ir vėlesnis ADM raštas buvo priimti jau pasibaigus galutiniam Direktyvos 2014/23 perkėlimo į nacionalinę teisę terminui (pagal jos 51 straipsnio 1 dalį – 2016 m. balandžio 18 d.).

[18] Atsakydamos į Teisingumo Teismo klausimus, *Stanleybet Malta*, *Magellan Robotech* ir Komisija pažymi, kad nebuvo jokios *pareigos* tęsti koncesiją.

37. Bet kuriuo atveju Direktyvos 2014/23 3 ir 43 straipsniai tik atspindi Teisingumo Teismo jurisprudenciją dėl viešojo pirkimo sutarčių:

– 3 straipsnyje numatyti lygiateisiškumo, nediskriminavimo ir skaidrumo principai, kurie skirti „pagrindiniam Bendrijos taisyklių viešųjų pirkimų srityje tikslui – užtikrinti laisvą paslaugų judėjimą, atvirą ir neiškraipytą konkurenciją visose valstybėse narėse“ [19].

– 43 straipsnis, reglamentuojantis sutarčių keitimą jų galiojimo laikotarpiu, taip pat grindžiamas jurisprudencijoje suformuotomis taisyklėmis [20], pagal kurias „iš principo, siekiant atlikti esminį <…> koncesijos sutarties pakeitimą, turi būti rengiamas naujas konkursas dėl taip pakeičiamos sutarties“ [21].

38. Taigi, tiek remiantis jurisprudencija, susijusia su įsisteigimo laisve ar laisve teikti paslaugas, tiek Direktyvos 2014/23 3 ir 43 straipsniais, rezultatas iš esmės yra tas pats.

39. Kalbant apie *ratione materiae* netaikymą, numatytą Direktyvos 2014/23 35 konstatuojamojoje dalyje [22], kuriuo remiasi *Lotterie Nazionali* [23], užtenka pasakyti, kad šiuo atveju buvo paskelbta konkurencija pagrįsta viešojo pirkimo procedūra.

C. Bendrosios nuostatos dėl koncesijos pakeitimų

40. Pagal pirma nurodytą jurisprudenciją Direktyvos 2014/23 43 straipsnyje daromas skirtumas tarp koncesijos pakeitimų, kurie gali būti atlikti „nevykdant naujos <…> procedūros“ (1 ir 2 dalys) ir visų kitų pakeitimų. Pastarieji laikytini *esminiais*.

41. To straipsnio 5 dalis yra imperatyvi, kiek joje numatyta, kad „koncesijos galiojimo laikotarpiu darant kitus jos nuostatų pakeitimus, nei numatyti 1 ir 2 dalyse, reikalaujama vykdyti naują koncesijos suteikimo procedūrą pagal šią direktyvą“.

42. Pagrindinis kriterijus, leidžiantis nustatyti, kada pakeitimas yra esminis ir dėl jo reikia pradėti naują procedūrą, nurodytas Direktyvos 2014/23 43 straipsnio 4 dalyje: „koncesijos keitimas jos galiojimo laikotarpiu laikomas esminiu <…>, kai dėl jo koncesijos pobūdis, palyginti su pirmine koncesija, iš esmės pasikeičia“.

[19] 2008 m. birželio 19 d. Sprendimo *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) 31 ir 32 punktai.

[20] Direktyvos 2014/23 75 konstatuojamojoje dalyje numatyta: „būtina paaiškinti sąlygas, kuriomis dėl koncesijos pakeitimų jos vykdymo laikotarpiu būtina nauja koncesijos suteikimo procedūra, atsižvelgiant į atitinkamą Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktiką“.

[21] 2019 m. rugsėjo 18 d. Sprendimo *Komisija / Italija* (C-526/17, EU:C:2019:756) 59 punktas. Tiek šiame sprendime, tiek 2013 m. liepos 11 d. Sprendimo Komisija / Nyderlandai (C-576/10, EU:C:2013:510) 54 punkte kalbama apie esminių sutarties aspektų pakeitimus. Logiška, kad nedideli ar atsitiktiniai pakeitimai yra priimtini ir dėl to naujas konkursas nėra būtinas. Direktyvos 2014/23 75 konstatuojamoji dalis tai patvirtina: „Visada ir neorganizuojant naujos koncesijos procedūros turėtų būti galima daryti koncesijos pakeitimus, dėl kurių nežymiai iki tam tikros vertės padidėtų sutarties vertė“.

[22] „Tikslinga šios direktyvos netaikyti su loterijų veikla susijusioms koncesijoms, kurias valstybė narė suteikia ekonominės veiklos vykdytojui remdamasi išimtine teise, suteikta pagal neviešą procedūrą vadovaujantis taikytinais nacionaliniais įstatymais arba kitais paskelbtais teisės aktais pagal SESV. Tas direktyvos netaikymas grindžiamas tuo, kad ekonominės veiklos vykdytojui suteikiama išimtinė teisė, konkurso procedūra tampa netaikytina ir reikia, kad valstybės narės tebeturėtų galimybę reguliuoti azartinių lošimų sektorių nacionaliniu lygiu, siekdamos vykdyti savo pareigas saugoti viešąją ir socialinę tvarką“.

[23] Rašytinių pastabų 9 punktas.

43. Sukonkretinant šią bendrąją taisyklę, 4 dalyje nurodomos keturios esminių pakeitimų prielaidos, iš kurių šiai bylai gali būti reikšmingos dvi:

– „pakeitimu nustatomos sąlygos, dėl kurių, jeigu jos būtų buvusios įtrauktos į pirminę koncesijos suteikimo procedūrą, <…> koncesijos suteikimo procedūra būtų pritraukusi papildomų dalyvių“ [24],

– „pakeitimu koncesininko naudai pakeičiama koncesijos ekonominė pusiausvyra taip, kaip nebuvo numatyta pirminėje koncesijoje“ [25].

D. Pirmasis prejudicinis klausimas

44. *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba), pažymėjusi, kad bendrovės pareiškėjos pagal Dekretą įstatymą Nr. 78/2009 organizuotame konkurse nedalyvavo, teigia, jog jų nedalyvavimo priežastis galėjo būti ta, kad koncesijos pratęsimas buvo tik galimas, ir tai priklausė nuo institucijai suteiktos diskrecijos įgyvendinimo.

45. Ji priduria, kad ši diskrecija buvo panaikinta Dekretu įstatymu Nr. 148/17, kuris, beje, įsigaliojo likus dvejiems metams iki koncesijos akte nustatyto (pirmojo) devynerių metų laikotarpio pabaigos.

46. Taigi galimas nesuderinamumas su Europos teisės aktais būtų tas, kad įstatymų leidėjas 2017 m. teisės aktu panaikino bet kokią administracinės diskrecijos galimybę spręsti dėl to, ar tęsti koncesiją, ar organizuoti naują konkurso procedūrą.

47. Mano nuomone, pirma reikia nurodyti tai, kad koncesijos pratęsimas dar devynerių metų laikotarpiui jau buvo numatytas pirminiame teisės akte, kuris savo ruožtu atitiko Dekretą įstatymą Nr. 78/2009.

48. Ši informacija yra svarbi, nes, *taikant* nurodytą nuostatą, minėtas aktas buvo įgyvendintas tiesiog taikant vieną iš pirminės koncesijos sutarties nuostatų.

49. Kaip nurodysiu vėliau, naudojimasis teise pratęsti koncesiją vieną kartą naujam devynerių metų laikotarpiui nepakeitė pradinio modelio, kuris buvo pritaikytas kelių koncesininkų sistemai (buvo galimi ne daugiau kaip keturi koncesininkai).

50. Šis modelis išliko nepakitęs. Vis dėlto, kadangi jį įgyvendinant 2010 m. konkurse *de facto* dalyvavo tik vienas ekonominės veiklos vykdytojas ir dėl to jis tapo vieninteliu koncesininku, koncesija turėjo būti pratęsta dar devyneriems metams, kaip buvo numatyta pirminiame dokumente, jo naudai.

51. Tiesa, remiantis taip pat pirminiu teisės aktu, koncesiją suteikianti institucija turėjo teigiamai įvertinti koncesininko valdymo kokybę, kad galėtų lengvai pratęsti koncesiją dar devyneriems metams.

[24] Šį atvejį Teisingumo Teismas aptarė 2016 m. rugsėjo 7 d. Sprendimo *Finn Fronge* (C-549/14, EU:C:2016:634) 29 punkte: „Dėl sutarties sąlygų pakeitimo, kuriuo gerokai susiaurinamas jos dalykas, ji gali tapti prieinama didesniam skaičiui ūkio subjektų“.

[25] Ši taisyklė jurisprudencijoje pirmą kartą paminėta 2008 m. birželio 19 d. Sprendimo *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) 37 punkte.

52. Nepažeidžiant to, ką paaiškinsiu apie konkrečias konkurso dalyviui nustatytas sąlygas, leidžiančias koncesiją pratęsti kitiems devyneriems metams, manau, kad neturi reikšmės tai, kad šis pratęsimas nustatytas priimant dekretą įstatymą, koncesiją suteikiančiai institucijai patvirtinus, kad tai atitinka viešąjį interesą.

53. Iš tiesų ADM 2017 m. rugsėjo 19 d. rašte [26] teigiamai įvertino *Lotterie Nazionali* iki tol vykdyto valdymo kokybę ir nurodė priežastis, kodėl koncesiją tikslinga pratęsti su šia bendrove dar devyneriems metams pagal pirminį teisės aktą. Atlikdama šį vertinimą ADM pasinaudojo vertinimo diskrecija, kurią nurodo *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba).

54. Tame rašte nurodyta, kad koncesijos santykių su *Lotterie Nazionali* tęsimas, be to, kad ekonomiškai buvo naudingas viešojo intereso sumetimais, buvo pateisinamas dėl šios bendrovės veiklos teigiamo įvertinimo [27].

55. Dekretu įstatymu Nr. 148/17 patvirtinta, kad koncesijos santykius, kuriuos ADM įvertino pasinaudodama savo diskrecija, buvo galima tęsti.

56. Kad ir kokios būtų priežastys, dėl kurių tokiam pratęsimui būtinas teisėkūros sprendimas, o ne koncesiją suteikiančios viešosios institucijos aktas, tiesa ta, kad pastaroji, kartoju, dar prieš Dekreto įstatymo Nr. 148/17 priėmimą koncesininko veiklos valdymą buvo įvertinusi teigiamai, todėl viešojo intereso sumetimais buvo naudinga pratęsti koncesiją.

1. Koncesininkų grupė ir vienintelis koncesininkas

57. Keliose nutarčių dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą vietose, taip pat kai kuriose subjektų, prieštaraujančių koncesijos su *Lotterie Nazionali* [28] pratęsimui, pastabose teigiama, kad dėl tokio pratęsimo koncesininkų grupės modelis būtų pakeistas į vienintelio koncesininko modelį.

58. Jau minėjau, kad koncesininkų daugeto variantas, kuris buvo numatytas Dekrete įstatyme Nr. 78/2009, vis dar galiojo, kai buvo leista tęsti koncesiją, jo nepakeičiant vienintelio koncesininko modeliu pagal Dekretą įstatymą Nr. 148/17.

59. Taip pat paaiškinau, kad nors šio ginčo atveju buvo galima kalbėti apie vienintelį koncesininką, taip įvyko ne dėl tam tikros taisyklės taikymo, o dėl visiškai faktinės aplinkybės: viešajame pirkime dalyvavo tik vienas kandidatas.

60. Sąjungos teisės požiūriu, kaip jau yra patvirtinęs Teisingumo Teismas, bet kuris iš abiejų variantų iš principo galėtų būti tinkamas. [29] Tačiau pasirinkus vienintelio koncesininko modelį reglamentavimo etape, juo turėtų būti nuosekliai siekiama teisėto tikslo.

[26] Raštu atsakyta į bendrovės koncesininkės 2017 m. liepos 26 d. prašymą atnaujinti koncesiją.

[27] ADM teigimu, koncesininkas išlaikė reikiamą lėšų surinkimo lygį; pagal ADM nurodymus veiksmingai valdė nacionalinės momentinės loterijos fizinį platinimo tinklą; ypatingą dėmesį skyrė valstybei mokėtino atlygio bei vartotojams priklausančių laimėjimų teisingam mokėjimui laiku.

[28] Būtinybės rengti naują konkursą šalininkai teigia, kad Dekretas įstatymas Nr. 148/17, nurodžius atnaujinti koncesiją, atvėrė kelią vienintelio koncesininko modeliui.

[29] Sprendimo *Stanley International Betting ir Stanleybet Malta* 53 punktas ir rezoliucinė dalis: „SESV 49 ir 56 straipsniai turi būti aiškinami kaip nedraudžiantys tokių nacionalinės teisės aktų, <...>, pagal kuriuos numatoma, kad, kitaip nei kitų lošimų ir lažybų atveju, kur taikomas koncesininkų daugeto modelis, loto paslaugos valdymo koncesija suteikiama tik vienam koncesininkui, jei nacionalinis teismas nustato, kad laisvą paslaugų teikimą ribojančiais nacionalinės teisės aktais iš tiesų nuosekliai ir sistemiškai įgyvendindami atitinkamos valstybės narės nurodyti tikslai“.

61. Nemanau, kad būtina rinktis šią kryptį, siekiant išnagrinėti vienintelio koncesininko modelio pateisinimą, nes, kartoju, nagrinėjamu atveju tai nebuvo tas modelis.

62. Tiesa, kad 2017 m. rugsėjo 19 d. ADM rašte nurodoma vienintelio koncesininko sistema, kurią ši valstybinė įstaiga tuo metu laikė geresne [30]. Vis dėlto tai yra argumentai, kuriuos ADM teikė papildomai tuo atveju, jei, kaip ji pati nurodė, nebūtų tikslinga pratęsti koncesijos su *Lotterie Nazionali* [31].

63. Taigi diskusija dėl (neegzistuojančio) modelio pakeitimo man atrodo netinkama. Italijos teisės aktų leidėjas, taip pat ir priimdamas Dekretą įstatymą Nr. 148/17, nesiekė, kad nacionalinės momentinės loterijos veiklos koncesijos nuo šiol atitiktų vienintelio koncesininko modelį. Šiame dekrete įstatyme tiesiog buvo nuspręsta tęsti koncesiją pagal pirminio teisės akto sąlygas su bendrove, su kuria buvo sudaryta sutartis po to, kai ji vienintelė dalyvavo taikant kelių koncesininkų modelį surengtame konkurse.

E. Antrasis ir trečiasis prejudiciniai klausimai

64. *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) pripažįsta, kad Dekrete įstatyme Nr. 148/17 nurodytas tas pats pirminės koncesijos „teisinis pagrindas (*causa petendi*) ir dalykas *(petitum)*“. Konkrečiai tariant, visa suma, kurią *Lotterie Nazionali* turi sumokėti už antrąjį devynerių metų laikotarpį, sutampa su suma, nurodyta pirminiame teisės akte (800 mln. eurų).

65. Nutartyse dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą vis dėlto minimas *pakeitimas*, kuris turi įtakos „už koncesiją mokėtino atlygio mokėjimo tvarkai ir terminui“: numatomas išankstinis šio atlygio mokėjimas 2017 m. (50 mln. eurų) ir 2018 m. (750 mln. eurų) [32].

66. Ši aplinkybė, priduria teismas *a quo*, galėtų reikšti <…> „kad bendras mokėtinos sumos dydis gali būti keičiamas, turint omenyje veiklos atlygintinumą, atsižvelgiant į – kaip teigia pareiškėjos – objektyvų ir žinomą faktą, kad laikas turi finansinę vertę“.

67. Tie, kurie laikosi pozicijos, kad ši nauja mokėjimo tvarka nereiškia esminio pakeitimo, teigia, jog tiek suteikiant koncesiją 2010 m., tiek ją atnaujinant 2017 m., suma, kurią koncesininkas turėjo sumokėti, buvo ta pati (800 mln. eurų). Be to, paankstintas mokėjimas būtų žalingesnis koncesininkui, nes jo mokėjimas numatytas dar neprasidėjus antrajam devynerių metų laikotarpiui.

68. Atsakant į *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) klausimus, reikia: a) palyginti pirmuoju ir antruoju koncesijos laikotarpiais galiojusią mokėjimo tvarką; ir b) jei atlikus šį palyginimą būtų nustatyti kokie nors pakeitimai, išsiaiškinti, ar juos laikyti esminiais.

1. Mokėjimo tvarkos palyginimas

69. Pirminės koncesijos atveju koncesiją suteikiančiai institucijai pervestinos pajamos pirmaisiais metais (2009 m.) buvo mažiausiai 500 mln. eurų, antraisiais metais (2010 m.) – 300 mln. eurų.

30 Italijos vyriausybės pastabų 64 punktas.

31 Visų pirma, teigė, kad, jei nebūtų priimta sprendimo pratęsti koncesijos, naujo konkurso esmines nuostatas reikėtų įtvirtinti tam tikroje specialioje normoje.

32 Nustatytos trys įmokos: 50 mln. eurų iki 2017 m. gruodžio 15 d., 300 mln. eurų iki 2018 m. balandžio 30 d. ir 450 mln. eurų iki 2018 m. spalio 31 d.

70. Remiantis Dekrete įstatyme Nr. 148/17 nustatytu mokėjimų paskirstymu, kaip jau nurodžiau, tos pačios pajamos į valstybės biudžetą pirmaisiais metais (2017 m.) sudarė 50 mln. eurų, o antraisiais metais (2018 m.) – 750 mln. eurų; taip iš tiesų buvo paankstintas atlygio už koncesijos atnaujinimą už atitinkamą laikotarpį mokėjimas.

71. Taigi naujosios mokėjimo sąlygos reiškė, kad:

– pirmoji atnaujinto laikotarpio įmoka (50 mln. eurų) sudarė dešimtadalį tos sumos, kuri buvo numatyta (500 mln. eurų) pirmajai mokėjimo daliai pagal 2010 m. koncesijai taikomas nuostatas,

– kita vertus, antroji atnaujinto laikotarpio įmoka (750 mln. eurų) daugiau nei dvigubai viršijo pirminės koncesijos ekvivalentą (300 mln. eurų).

72. Taigi pasikeitė koncesininko įnašo mokėjimo intensyvumas, bet ne jo dydis ar padalijimas į dvi nuoseklias dalis.

73. Tikėtina, kaip pažymi Komisija[33], kad, sumažinus pirmosios įmokos dydį (50 mln. eurų), koncesininkas gali geriau *pasiruošti* antrosios dalies (750 mln. eurų) mokėjimui kitais metais. Nors pastaroji suma daugiau nei dvigubai viršija atitinkamą dalį, nustatytą Dekrete įstatyme Nr. 78/2009, koncesininkas nuo pat pradžių gali tikėtis pajamų, gaunamų iš pačios koncesijos, todėl neatmestina, kad ši sistema, kaip visuma, jam būtų naudinga.

74. Vis dėlto tiesa, kad už atnaujintą laikotarpį mokėtino atlygio paankstinimas dvejais metais pats savaime gali sudaryti finansinių sunkumų koncesininkui, lygiaverčių tiems, su kuriais susiduria bet kuris ekonominės veiklos vykdytojas, turintis iš anksto atlikti mokėjimus už pajamas, kurias gaus ateityje[34].

2. Esminis pakeitimas?

75. Neatsižvelgiant į kitas aplinkybes, susijusias su atlygio mokėjimu, koncesijos su *Lotteria Nazionali* pratęsimas dar devyneriems metams nereiškė jokio koncesijos pakeitimo (nei esminio, nei nereikšmingo), nes tai, kartoju, atitiko pirminį teisės aktą.

76. Būtų kitaip, jei minėtame akte koncesijos atnaujinimas nebūtų buvęs numatytas nuo pat pradžių. Tokiu atveju pasibaigusios koncesijos pratęsimas devyneriems metams *ex lege* ar atskiru perkančiosios organizacijos sprendimu, netaikant konkurso procedūrų, neabejotinai reikštų esminį koncesijos sutarties pakeitimą[35].

77. Taigi diskusija apsiriboja vertinimu, ar mokėjimo tvarka, taikyta antruoju laikotarpiu, *iš esmės* skyrėsi nuo taikytos pirmuoju laikotarpiu.

[33] Pastabų 47–49 punktai.

[34] Taip teigia *Lotterie Nazionali* (pastabų 32 punkto paskutinė pastraipa ir 35 punkto antros įtraukos paskutinė dalis) ir *Lottomatica* (pastabų 4 punkto 3 papunktis). Tačiau negalima atmesti galimybės, kad jei *Lotterie Nazionali* sutiko mokėti anksčiau, jai tai galiausiai buvo palanku. Priešingu atveju, logiška manyti, kad ji nebūtų sutikusi tęsti koncesijos.

[35] Kalbant apie Italijos koncesijų atnaujinimą ar pratęsimą, Teisingumo Teismas tai patvirtino 2007 m. rugsėjo 13 d. Sprendime *Komisija / Italija* (C-260/04, EU:C:2007:508), kiek tai susiję su koncesijomis dėl žirgų lenktynių lažybų sumų rinkimo ir valdymo; 2016 m. liepos 14 d. Sprendime *Promoimpresa* (C-458/14 ir C-67/15, EU:C:2016:558), kiek tai susiję su viešojo turto koncesijomis; ir 2019 m. rugsėjo 18 d. Sprendime *Komisija / Italija* (C-526/17, EU:C:2019:756), kiek tai susiję su viešosiomis darbų koncesijomis.

78. Priminsiu, kad abiem laikotarpiais „teisinis pagrindas *(causa petendi)* ir koncesijos dalykas *(petitum)*“ liko nepakitę, kaip ir koncesininko mokamas atlygis bei reikalavimas, kad mokėjimas būtų atliekamas dviem dalimis, atitinkančiomis kiekvieno iš tų laikotarpių pirmuosius ir antruosius metus.

79. Iš tiesų nustatytas pakeitimas buvo susijęs su šių dviejų mokėjimų dalinėmis sumomis, kurios, kaip jau buvo paaiškinta, skyrėsi, bei šių mokėjimų paankstinimu 2017 m. ir 2018 m., palyginti su naujuoju koncesijos laikotarpiu, kuris prasidėjo 2019 m. [36].

80. Su sąlyga, kad vertinimą atliks prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, kuris yra tinkamiausias priimti sprendimą šiuo klausimu, atsižvelgdamas į jo susipažinimą su byla, nemanau, kad kiekvienos dalies sumų pakeitimas galėtų būti traktuojamas kaip esminis, nes, vertinant jo privalumus ir trūkumus koncesininkui bei koncesiją suteikiančiai institucijai, neatrodo, kad tai pakeitė koncesijos finansinę pusiausvyrą koncesininko naudai tiek, kad reikėtų rengti naują konkursą.

81. Tik nuodugnesnė ekonominė analizė leistų suprasti, ar tai, kas, atrodo, yra trūkumas koncesininkui (mokėjimų paankstinimas, kai *Lotterie Nazionali* dar negalėjo gauti pajamų iš antrojo laikotarpio koncesijos), toks ir buvo, ar – paradoksalu – galėjo duoti jai naudos, o gal apskritai tiesiog išsaugojo pirminę finansinę pusiausvyrą.

82. 2017 m. rugsėjo 19 d. rašte vertindama privalumus, kuriuos lemtų koncesijos su koncesininku pratęsimas antram devynerių metų laikotarpiui, ADM neatmeta galimybės, kad buvo kitų ūkio subjektų, pasiruošusių užimti jo vietą [37]. Nutartyse dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą taip pat nurodomi „šiame sektoriuje veiklą vykdantys ūkio subjektai, norintys patekti į rinką“.

83. Vis dėlto bendrovių pareiškėjų lūkesčiai negali būti laikomi svarbesniais už neginčijamą faktinę aplinkybę, kad pirminėje koncesijoje buvo numatyta *ab initio*, jog ji gali būti pratęsta antram devynerių metų laikotarpiui, nekonkuruojant su trečiosiomis šalimis. Šie lūkesčiai galės būti visapusiai pagrįsti pasibaigus šiam (neatnaujinamam) devynerių metų laikotarpiui.

84. *Lottomatica Holding* ir *Lotterie Nazionali* savo ruožtu tvirtina [38], kad sprendimo tęsti koncesiją priėmimas anksčiau, t. y. 2017 m., buvo pagrįstas, nes priešingu atveju būtų reikėję turėti pakankamai laiko naujam konkursui surengti, taip pat atrinkti koncesininką 2019 m. rugsėjo 30 d.

85. Būtent prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi išsiaiškinti, ar buvo šis, ar kuris nors kitas motyvas, pateisinantis kreipimąsi į koncesininką dar nepasibaigus pirmam devynerių metų laikotarpiui ir priimtą sprendimą koncesiją pratęsti antram tokios pačios trukmės laikotarpiui.

[36] Pagal Dekreto įstatymo Nr. 148/17 20 straipsnio 1 dalį taip buvo siekiama *„užtikrinti, kad į valstybės biudžetą būtų surinkta daugiau naujų pajamų, <...> 2017 m. ir <...> 2018 m.“, t. y. užtikrinti likvidumą jau per tuos dvejus metus, užuot laukus atlygio sumokėjimo 2019 m. ir 2020 m*.

[37] Tai, kad trečiosios šalys buvo suinteresuotos siekti koncesijos, *Lottomatica* ir *Lotterie Nazionali* pripažįsta savo pastabose (atitinkamai 4 punkto 2 dalis ir 26 punktas), kai grindžia, kad atnaujinimo procesas būtų numatytas, atsižvelgiant į ginčų skaičių, kurių kyla viešojo pirkimo konkursuose Italijos lošimų sektoriuje. Žinodamos, kad buvo priimtas Dekretas įstatymas Nr. 148/17, bendrovės pareiškėjos neatidėliodamos kreipėsi į ADM, norėdamos pranešti apie savo suinteresuotumą dėl koncesijos (2017 m. spalio 31 d. ir 2017 m. lapkričio 9 d. *Sisal* pranešimai bei 2017 m. lapkričio 8 d. *Stanleybet Malta* pranešimas, pridėti prie jų pastabų).

[38] Jų rašytinių pastabų atitinkamai 4 punkto 2 dalis ir 26 punktas.

86. Bet kuriuo atveju manau, kad šis veiksnys neturi reikšmės vertinant, ar nustatyti atlygio mokėjimo pakeitimai gali būti kvalifikuojami kaip esminiai koncesijos pakeitimai. Šiuo klausimu svarbu atsižvelgti į tokių pakeitimų turinį, o ne į momentą, kada koncesiją suteikianti institucija nusprendė juos nustatyti.

87. Laikotarpis, kada ADM priėmė tokį sprendimą, galėtų turėti įtakos kitiems jo teisminės kontrolės aspektams (pavyzdžiui, atskleidžiant galimą piktnaudžiavimą įgaliojimais), bet jo nelaikau reikšmingu vertinant, ar koncesijos sąlygų pakeitimas buvo esminis.

88. Trumpai tariant, kiek tai susiję su diskusija, ar mokėjimų sekos pakeitimas galėtų būti laikomas esminiu, kai „dėl jo koncesijos pobūdis, palyginti su pirmine koncesija, iš esmės pasikeičia“ (Direktyvos 2014/23 43 straipsnio 4 dalis), mano nuomonė yra neigiama, nors, kartoju, šiuo klausimu paskutinį žodį tars teismas *a quo*.

F. Ketvirtasis prejudicinis klausimas

89. Savo paskutiniu prejudiciniu klausimu *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba), trumpai tariant, siekia išsiaiškinti, ar bendrovės pareiškėjos, nepaisant to, kad nedalyvavo pirminėje viešojo pirkimo procedūroje dėl koncesijos, „kuri buvo tęsiama su esamu koncesininku pagal [nutartyse dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą] aprašytas naujas sutartines sąlygas“, gali užginčyti koncesijos atnaujinimą.

90. *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba) nuomone, šios bendrovės galėtų remtis ne teisėtu interesu atnaujinti viešojo pirkimo procedūrą, bet teisėtu interesu, kad koncesiją suteikusi institucija būtų pasinaudojusi diskrecija pasibaigus pirmajam koncesijos laikotarpiui [39]. Todėl šiuo tikslu nebūtų svarbu, ar jos dalyvavo 2010 m. konkurse.

91. Paprastai, Teisingumo Teismo nuomone, „dalyvavimas sutarties sudarymo procedūroje iš esmės gali būti tinkama sąlyga pagal Direktyvos 89/665 1 straipsnio 3 dalį, kurią būtina įvykdyti, kad atitinkamas asmuo galėtų įrodyti suinteresuotumą sudaryti nagrinėjamą sutartį arba kad jis gali patirti žalos dėl tariamai neteisėto sprendimo sudaryti minėtą sutartį“ [40].

92. Vis dėlto, mano nuomone, ši bendroji taisyklė netaikytina šiam ginčui, kur nesvarbu nustatyti, ar koncesininko atrankoje nedalyvavę asmenys turi teisę ginčyti sprendimą (pirminį) sudaryti sutartį. Šiuo atveju svarbu išsiaiškinti, ar atnaujinant koncesiją bendrovės pareiškėjos galėjo remtis savo suinteresuotumu, kad atliekant tokį atnaujinimą būtų surengtas konkursas, taigi pasirenkama sudaryti sutartį su jomis.

93. Atsakymas yra susijęs su jau nagrinėtais esminiais klausimais, t. y. ar atlygio už antrąjį koncesijos laikotarpį mokėjimo tvarkos pakeitimų pakako, kad pirminės šios koncesijos sąlygos būtų iš esmės pakeistos.

94. Vadinasi, tam, kad būtų nustatyta, ar šie pakeitimai buvo esminiai, o dėl jų kiltų pareiga surengti naują konkursą, kuriame atitinkami subjektai galėtų dalyvauti, jie turi turėti teisę pradėti teisminį procesą, per kurį tai būtų patikrinta.

[39] Tai matyti iš nutarčių dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 12 punkto 9c papunkčio.

[40] 2018 m. lapkričio 28 d. Sprendimo *Amt Azienda Trasporti e Mobilità ir kt.* (C-328/17, EU:C:2018:958) 46 punktas.

V. Išvada

95. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau taip atsakyti *Consiglio di Stato* (Valstybės Taryba, Italija):

SESV 49 ir 56 straipsniai bei 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/23/ES dėl koncesijos sutarčių suteikimo 3 ir 43 straipsniai turi būti aiškinami taip:

1) kai pirminis teisės aktas dėl koncesijos dėl nacionalinių momentinių loterijų veiklos valdymo numato koncesijos pratęsimą antram devynerių metų laikotarpiui su tuo pačiu koncesininku, pagal minėtus straipsnius nedraudžiama, kad tokia priemonė būtų nustatyta įstatymo galią turinčia norma po to, kai koncesiją suteikianti institucija patvirtino, jog santykių pratęsimas atitinka viešąjį interesą ir pirminį teisės aktą;

2) su sąlyga, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas tai patikrins, tam tikri koncesijos sąlygų pakeitimai negali būti laikomi esminiais, kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2014/23 43 straipsnį, jei išlaikant tą patį teisinį pagrindą, teisės objektą, atlygio sumą ir jo mokėjimą dviem etapais keičiamos tik dalinės sumos, kurias koncesininkas turi sumokėti per kiekvieną iš šių etapų;

3) ūkio subjektai, suinteresuoti pasinaudoti koncesija, turi teisę ginčyti koncesijos pratęsimą su koncesininku, remdamiesi tuo, kad sąlygos, kurios taikomos tokiam pratęsimui, iš esmės pakeičia pirminę koncesiją. Šiuo tikslu nesvarbu, kad šie ūkio subjektai nedalyvavo pirminėje viešojo pirkimo procedūroje.