Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 21. siječnja 2021.[1]

Spojeni predmeti C-721/19 i C-722/19

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Sloboda poslovnog nastana – Slobodno pružanje usluga – Ograničenja – Direktiva 2014/23/EU – Članci 3. i 43. – Javna nabava – Postupci odabira koncesionara – Instant lutrija – Nacionalno zakonodavstvo kojim se propisuje obnova koncesije bez provedbe postupka javne nabave – Promjena uvjeta koncesije – Značajne izmjene – Pravo pristupa pravnoj zaštiti"

1. Među oblicima igara na sreću odobrenih u Italiji nalazi se takozvana „nacionalna instant lutrija"[2] čije se priređivanje 2009. dodjeljivalo sustavom upravne koncesije. Javni naručitelj je ponuditelja kojem je dodijeljena koncesija birao u postupku javne nabave koji je uređen kriterijem ekonomski najpovoljnije ponude.

2. Uredbom sa zakonskom snagom br. 78/2009[3] uspostavljen je sustav koncesije za nacionalnu instant lutriju u kojem je moguće odabrati najviše četiri koncesionara. Trajanje koncesije bilo je devet godina i mogla se obnoviti samo jednom na jednako dugo razdoblje.

3. U postupku javne nabave sudjelovao je samo jedan ponuditelj, Lotterie Nazionali Srl (u daljnjem tekstu: Lotterie Nazionali), koji je imenovan isključivim koncesionarom.

[1] Izvorni jezik: španjolski

[2] Riječ je o takozvanoj „Zagrebi i osvoji" lutriji u kojoj sudionici odmah mogu saznati rezultat svoje uplate. Nakon kupnje srećke nasumična dobitna kombinacija, koja je otisnuta i skrivena, otkriva se struganjem određenog dijela same srećke.

[3] Decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, „Provvedimenti anticrisi, nonche' proroga di termini" (Uredba sa zakonskom snagom br. 78/2009 od 1. srpnja 2009. „Mjere za borbu protiv krize i produljenje rokova") (GURI br. 150 od 1. srpnja 2009.), koji je nakon izmjena pretvoren u Legge 3 agosto 2009, n. 102 (Zakon br. 102 od 3. kolovoza 2009.) (GURI br. 179 od 4. kolovoza 2009.; u daljnjem tekstu: Uredba sa zakonskom snagom br. 78/2009).

4. Dvije godine prije isteka prvotnog razdoblja (2010./2019.) novom zakonskom odredbom, Uredbom sa zakonskom snagom br. 148/2017 [4], naložilo se javnom naručitelju da odobri „nastavak postojeće koncesije […] sve do krajnjeg roka predviđenog […] aktom o koncesiji" [5], odnosno do 2028.

5. Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) dvoji o usklađenosti nastavka koncesije tijekom tog razdoblja, bez provedbe novog postupka javne nabave, s pravom na slobodno pružanje usluga i slobodom poslovnog nastana (članci 49. i 56. UFEU-a), kao i s Direktivom 2014/23/EU [6].

6. Osim toga, postavlja pitanje mogu li se gospodarski subjekti iz tog sektora koji nisu sudjelovali u prvotnom postupku javne nabave protiviti obnovi i pritom tražiti pokretanje novog postupka javne nabave.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2014/23

7. U skladu s člankom 3. („Načelo jednakog postupanja, nediskriminacije i transparentnosti"):

„1. Javni naručitelji i naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način.

[…]"

8. Člankom 43. („Izmjena ugovora tijekom njihova trajanja") propisuje se:

„1. Koncesije je moguće mijenjati bez novog postupka dodjele koncesije u skladu s ovom Direktivom u svim sljedećim slučajevima:

(a) ako su izmjene, bez obzira na njihovu novčanu vrijednost, predviđene u prvotnoj dokumentaciji o koncesiji putem jasnih, preciznih i nedvosmislenih revizijskih klauzula, koje mogu uključivati klauzule o izmjeni cijene, ili putem opcija. Takve klauzule moraju navesti opseg i prirodu mogućih izmjena ili opcija, kao i uvjete u kojima se mogu upotrijebiti. Njima se ne smiju predviđati izmjene ili opcije koje bi izmijenile ukupnu prirodu koncesije;

[…]

(e) ako izmjene, bez obzira na njihovu vrijednost, nisu značajne u smislu stavka 4.

[…]

[4] Decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, „Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili" (Uredba sa zakonskom snagom br. 148/2017 od 16. listopada 2017. „Hitne odredbe o financijskim pitanjima i osnovnim potrebama") (GURI br. 242 od 16. listopada 2017.), koji je nakon izmjena pretvoren u Legge del 4 dicembre 2017, n. 172 (Zakon br. 172 od 4. prosinca 2017.) (GURI br. 284 od 5. prosinca 2017.; u daljnjem tekstu: Uredba sa zakonskom snagom br. 148/17).

[5] U nekim odlomcima odluka kojima se upućuju zahtjevi za prethodnu odluku (na primjer u točki 12. podtočki c.8) sud koji je uputio zahtjev tvrdi da je nastavak koncesije u biti jednak njezinoj obnovi (*rinnovo*) ili produljenju.

[6] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji (SL 2014., L 94, str. 1. i ispravci SL 2015., L 114, str. 24., SL 2018., L 82, str. 17. i SL 2018., L 181, str. 88.)

4. Izmjena koncesije tijekom njezina trajanja smatra se značajnom u smislu stavka 1. točke (e) ako njome koncesija postaje bitno različita po svojoj naravi od one prvotno zaključene. U svakom slučaju, ne dovodeći u pitanje stavke 1. i 2., izmjena se smatra značajnom ako je ispunjen jedan ili više sljedećih uvjeta:

(a) izmjenom se unose uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka dodjele koncesije, dopustili prihvaćanje podnositelja zahtjeva osim onih koji su prvotno odabrani ili prihvaćanje ponude različite od ponude koja je izvorno prihvaćena ili bi privukli dodatne sudionike u postupak dodjele koncesije;

(b) izmjenom se mijenja gospodarska ravnoteža koncesije u prilog koncesionara na način koji nije bio predviđen u prvobitnoj koncesiji;

[…]

5. Novi postupak dodjele koncesije zahtijeva se u skladu s ovom Direktivom za druge izmjene odredaba koncesije za vrijeme njezina trajanja, osim onih navedenih u stavcima 1. i 2.”.

B. Talijansko pravo

1. Uredba sa zakonskom snagom br. 78/2009

9. Članak 21. („Dodjela koncesija za igre”) glasi kako slijedi:

„1. Kako bi se osigurala zaštita prevladavajućih javnih interesa u poslovima prikupljanja uplata, kada su oni povjereni subjektima izvan javne uprave, organizacija tih poslova uvijek se dodjeljuje koncesijom, koja se, u skladu s načelima i pravilima Zajednice te nacionalnim pravilima, obično dodjeljuje većem broju subjekata odabranih putem otvorenih, konkurentnih i nediskriminirajućih postupaka. Slijedom toga, […] Ministero dell’economia e delle finanze-Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (Ministarstvo gospodarstva i financija – Samostalna uprava za državne monopole, Italija) pokreće postupke koji su potrebni kako bi se pravodobno dodijelila koncesija, koja se također odnosi na prikupljanje uplata na daljinu navedenih lutrija, najkvalificiranijim priređivačima igara, nacionalnima i onima iz Zajednice, u svakom slučaju ne više od četvorici priređivača, koji ispunjavaju odgovarajuće zahtjeve moralne, tehničke i gospodarske pouzdanosti.

[…]

3. Odabir posredstvom postupka javne nabave za dodjelu koncesije temelji se na kriteriju ekonomski najpovoljnije ponude, u okviru kojeg se prednost daje sljedećim kriterijima: (a) povećanje iznosa ponuda ponuđenih u odnosu na unaprijed određenu osnovu, kojim se u svakom slučaju osigurava prihod koji ukupno nije manji od 500 milijuna eura za 2009. i 300 milijuna eura za 2010., neovisno o konačnom broju uspješnih ponuditelja;

[…]

4. Koncesije iz stavka 1. koje se eventualno mogu obnoviti najviše jedanput, mogu trajati najviše devet godina, podijeljenih na dva razdoblja u trajanju od pet i četiri godine. Nastavak koncesije za

drugo razdoblje uvjetovan je pozitivnom ocjenom tijeka prireĎivanja koju donosi davatelj koncesije, tijekom prvog polugodišta pete godine koncesije."

2. Uredba sa zakonskom snagom br. 148/2017

10. Članak 20. stavak 1. glasi:

„Na temelju članka 21. stavaka 3. i 4. Uredbe sa zakonskom snagom br. 78 od 1. srpnja 2009., izmijenjene i pretvorene u Zakon br. 102 od 3. kolovoza 2009., Agenzia delle dogane e dei monopoli (Agencija za carine i monopole, Italija; u daljnjem tekstu: ADM) odobrava nastavak postojeće koncesije koja se odnosi na prikupljanje uplata, čak i na daljinu, nacionalne instant lutrije sve do krajnjeg roka predviđenog člankom 4. stavkom 1. akta o koncesiji, na način koji osigurava nove dodatne prihode u državni proračun u visini od 50 milijuna eura za 2017. i 750 milijuna eura za 2018.".

II. Činjenice, nacionalni postupak i prethodna pitanja

11. Pozivima objavljenim u *Službenom listu Europske unije* od 15. kolovoza 2009. i od 2. travnja 2010., Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (Samostalna uprava za državne monopole, Italija) pokrenuo je „postupak odabira za dodjelu koncesije za prireĎivanje javne igre na sreću, takozvane ‚nacionalne instant lutrije'" [7].

12. U dokumentaciji za nadmetanje navedeno je sljedeće [8]:

– Neizravna organizacija aktivnosti prikupljanja uplata uvijek se dodjeljuje koncesijom.

– Koncesije se u pravilu dodjeljuju većem broju subjekata, kojih ne smije biti više od četiri i koji se odabiru završetkom otvorenih, konkurentnih i nediskriminirajućih postupaka.

– Svaki koncesionar treba platiti naknadu, ovisno o postotku prihoda.

– Odabir koncesionarâ temelji se na načelu ekonomski najpovoljnije ponude a među njegovim kriterijima uzima se u obzir povećanje ponuda u odnosu na unaprijed određenu osnovu kako bi se u svakom slučaju osigurao prihod koji ukupno nije manji od 500 milijuna eura za 2009. i 300 milijuna eura za 2010., neovisno o konačnom broju uspješnih ponuditelja.

– Koncesije koje se eventualno mogu obnoviti najviše jedanput, mogu trajati najviše devet godina, podijeljenih na dva razdoblja u trajanju od pet i četiri godine. Nastavak koncesije za drugo razdoblje uvjetovan je pozitivnom ocjenom tijeka prireĎivanja koncesionara koju donosi davatelj koncesije tijekom prvog polugodišta pete godine koncesije.

13. U postupku javne nabave sudjelovao je samo Lotterie Nazionali, koji je postao isključivi uspješni ponuditelj.

[7] U skladu s odlukama kojima se upućuju zahtjevi za prethodnu odluku (točka 3.1.), na temelju ugovora od 14. listopada 2003., taj je oblik lutrije do 31. svibnja 2010. prireĎivalo privremeno udruženje poduzeća Lottomatica (koje je kasnije postalo Lotterie Nazionali). Lottomatica Holding Srl nadzire Lotterie Nazionali i vlasnik je 64 % njegova temeljnog kapitala.

[8] U dokumentaciji je u biti preuzet sadržaj članka 21. Uredbe sa zakonskom snagom br. 78/2009.

14. Nakon isteka prvog podrazdoblja od pet godina ADM [9] odobrio je nastavak koncesije za drugo podrazdoblje od četiri godine do 30. rujna 2019.

15. Lotterie Nazionali je 26. srpnja 2017. zatražio od ADM-a aktivaciju odredbe koja se odnosi na nastavak koncesije na novo razdoblje od devet godina.

16. ADM je u obavijesti od 19. rujna 2017. zaključio da je zatraženi nastavak u skladu s javnim interesom.

17. Članak 20. stavak 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/2017 stupio je na snagu 16. listopada 2017.

18. U skladu s tom odredbom, ADM je u obavijesti od 1. prosinca 2017. kao krajnji rok koncesije utvrdio 30. rujna 2028., nakon što je koncesionar službeno prihvatio uvjete navedene u članku 20. stavku 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/17. Loterie Nazionali prihvatio je te uvjete istoga dana.

19. Društva Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd i Magellan Robotech Limited (u daljnjem tekstu: društva žalitelji) pobijala su tu odluku pred Tribunalom amministrativo regionale del Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) koji je njihove zahtjeve odbio presudama br. 9734/2018 i br. 9730/2018, obje od 4. listopada 2018.

20. Društva žalitelji podnijeli su protiv prvostupanjskih presuda žalbu pred Consiglio di Stato (Državno vijeće). ADM i Lotterie Nazionali također su podnijeli incidentalnu žalbu u pogledu odbijenih prigovora nedopuštenosti.

21. Consiglio di Stato (Državno vijeće) „djelomičnim nepravomoćnim presudama" br. 6079 i br. 6080 od 3. studenoga 2019. odbio je incidentalne žalbe koje su podnijeli ADM i Lotterie Nazionali te je, što se tiče merituma, doveo u pitanje da je članak 20. stavak 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/17 u skladu s pravom Unije.

22. U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće) uputio Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li pravo Unije, konkretno pravo poslovnog nastana i slobode pružanja usluga (članak 49. i sljedeći te članak 56. i sljedeći UFEU-a), i načela [prava Unije] pravne sigurnosti, nediskriminacije, transparentnosti i nepristranosti, slobode tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, legitimnih očekivanja i koherentnosti te, u slučajevima u kojima se smatraju primjenjivima, članke 3. i 43. Direktive 2014/23/EU, tumačiti na način da im se protivi propis poput onoga iz članka 20. stavka 1. Decreta Leggea 16.10.2017, n. 148 (Uredba sa zakonskom snagom br. 148 od 16. listopada 2017.) i naknadno donesenih provedbenih akata kojim je propisano da *„1. Na temelju članka 21. stavaka 3. i 4. Decreto-leggea 1°luglio 2009, n. 78 (Uredba sa zakonskom snagom br. 78 od 1. srpnja 2009.), izmijenjenog i pretvorenog u zakon Leggeom 3 agosto 2009, n. 102 (Zakon br. 102 od 3. kolovoza 2009.), Agenzia delle dogane e dei monopoli (Agencija za carine i monopole, Italija) odobrava nastavak postojeće koncesije koja se odnosi na prikupljanje uplata, čak i na daljinu,*

[9] ADM je sljednik Samostalne uprave za državne monopole.

nacionalne instant lutrije sve do krajnjeg roka predviđenog člankom 4. stavkom 1. akta o koncesiji, na način koji osigurava nove dodatne prihode u državni proračun u visini od 50 milijuna eura za 2017. i 750 milijuna eura za 2018. godinu”, u situaciji u kojoj:

– članak 21. stavak 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 78 od 1. srpnja 2009. koja je izmijenjena i pretvorena u zakon Zakonom br. 102 od 3. kolovoza 2009., propisuje da se predmetne koncesije obično dodjeljuju većem broju subjekata odabranih u otvorenim, konkurentnim i nediskriminirajućim postupcima;

– članak 21. stavak 4. navedene uredbe sa zakonskom snagom propisuje da se koncesije iz stavka 1. mogu eventualno obnoviti najviše jedanput;

– društva žalitelji nisu sudjelovala u postupku nadmetanja pokrenutom 2010.;

– konkretan postojeći odnos uspostavljen je od početka s jednim koncesionarom, po provođenju javnog postupka, u kojem je podnesena samo jedna ponuda;

– nastavak postojeće koncesije konkretno bi uzrokovao to da bi se takav odnos nastavio isključivo s tim jednim koncesionarom umjesto obnovom s većim brojem subjekata, a da se pritom ne provede dodatan postupak nadmetanja?

2. Treba li pravo Unije, konkretno pravo poslovnog nastana i slobode pružanja usluga (članak 49. i sljedeći te članak 56. i sljedeći UFEU-a), i načela [prava Unije] pravne sigurnosti, nediskriminacije, transparentnosti i nepristranosti, slobode tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, legitimnih očekivanja i koherentnosti te, u slučajevima u kojima se smatraju primjenjivima, članke 3. i 43. Direktive 2014/23/EU, tumačiti na način da im se protivi propis poput onoga iz članka 20. stavka 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 148 od 16. listopada 2017. koja na temelju članka 21. stavaka 3. i 4. Uredbe sa zakonskom snagom br. 78 od 1. srpnja 2009., koja je izmijenjena i pretvorena u zakon Zakonom br. 102 od 3. kolovoza 2009., propisuje da *„Agencija za carine i monopole odobrava nastavak postojeće koncesije koja se odnosi na prikupljanje uplata, čak i na daljinu, nacionalne instant lutrije sve do krajnjeg roka predviđenog člankom 4. stavkom 1. akta o koncesiji, na način koji osigurava nove dodatne prihode u državni proračun u visini od 50 milijuna eura za 2017. i 750 milijuna eura za 2018.*”, odnosno:

– nastavkom jedine postojeće koncesije, umjesto eventualnim obnovama više koncesija iz članka 21. stavka 4. Uredbe sa zakonskom snagom br. 78 od 1. srpnja 2009., koja je izmijenjena i pretvorena u zakon Zakonom br. 102 od 3. kolovoza 2009., a da se pritom ne provodi novo nadmetanje;

– u trenutku prije isteka koncesije: Uredba sa zakonskom snagom br. 148 iz 2017. stupila je na snagu 16. listopada 2017., odnosno istog dana kad je objavljena u talijanskoj Gazzetti Ufficiale (Službeni list), dok je koncesija trebala isteći 30. rujna 2019.;

– na način koji osigurava nove dodatne prihode u državni proračun u visini od 50 milijuna eura za 2017. i 750 milijuna eura za 2018., čime se mijenjaju određeni aspekti u pogledu načina i rokova plaćanja naknade za koncesiju, kao i, potencijalno, aspekti u pogledu ukupnog iznosa dugovanih plaćanja s obzirom na njihovu skupoću, konkretno, promjene rokova plaćanja koji se pomiču ranije u odnosu na vrijeme predviđeno izvornom

koncesijom, s obzirom na to da je, prema tumačenju žalitelja, financijska vrijednost vremena objektivna i općepoznata činjenica?

3. Treba li pravo Unije, konkretno pravo poslovnog nastana i slobode pružanja usluga (članak 49. i sljedeći te članak 56. i sljedeći UFEU-a), i načela [prava Unije] pravne sigurnosti, nediskriminacije, transparentnosti i nepristranosti, slobode tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, legitimnih očekivanja i koherentnosti te, u slučajevima u kojima se smatraju primjenjivima, članke 3. i 43. Direktive 2014/23/EU, tumačiti na način da mu se protivi propis poput onog iz provedbenih akata navedene uredbe sa zakonskom snagom i, konkretno, izvješća Agencije za carine i monopole [protokol br.] 0133677 od 1. prosinca 2017., koji u utvrđenoj provedbi članka 20. stavka 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 148 od 16. listopada 2017. i u skladu s onim što je predviđeno člankom 4. prvim odlomkom ugovora o koncesiji za priređivanje nacionalne instant lutrije, kojim je predviđena mogućnost obnove te koncesije najviše jedanput, ponovno određuje krajnji rok koncesije do 30. rujna 2028.; u svakom slučaju ne dovodeći u pitanje ono što je predviđeno istim člankom 4. s obzirom na podjelu trajanja koncesije na dva razdoblja, od pet i četiri godine (dakle, nakon isteka prvog razdoblja od pet godina koje počinje 1. listopada 2019., nastavak za dodatne četiri godine do isteka 30. rujna 2028. uvjetovan je pozitivnom ocjenom o tijeku priređivanja koju će Agencija za carine i monopole iznijeti do 30. ožujka 2024.); koji propisuje da je društvo dužno uplatiti iznos od 50 milijuna eura do 15. prosinca 2017.; iznos od 300 milijuna eura do 30. travnja 2018. i iznos od 450 milijuna eura do 31. listopada 2018.;

   – što se predvidjelo prije isteka izvornog roka isteka te koncesije (izvješće Agencije za carine i monopole [protokol br.] 0133677 doneseno je 1. prosinca 2017., dok je ugovor o koncesiji trebao isteći 30. rujna 2019.);

   – čime se osiguralo […] ranije plaćanje iznosa od 800 milijuna eura u ranijim rokovima (50 milijuna eura do 15. prosinca 2017.; 300 milijuna eura do 30. travnja 2018.; 450 milijuna eura do 31. listopada 2018.) u odnosu na istek ugovora (30. rujna 2019.);

   – čime se odredila […] potencijalna izmjena ukupnog iznosa dugovanog plaćanja s obzirom na njegovu skupoću, zato što je, prema tumačenju žalitelja, financijska vrijednost vremena objektivna i općepoznata činjenica?

4. Treba li pravo Unije, konkretno pravo poslovnog nastana i slobode pružanja usluga (članak 49. i sljedeći te članak 56. i sljedeći UFEU-a), i načela [prava Unije] pravne sigurnosti, nediskriminacije, transparentnosti i nepristranosti, slobode tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, legitimnih očekivanja i koherentnosti te, u slučajevima u kojima se smatraju primjenjivima, članke 3. i 43. Direktive 2014/23/EU, tumačiti na način da im se protivi takav propis, čak i u slučaju da gospodarski subjekti iz tog sektora koji su trenutačno zainteresirani za ulazak na tržište […] nisu sudjelovali u postupku nadmetanja koji je prvotno pokrenut za dodjelu koncesije koja je istjecala i koja je nastavljena s koncesionarom kojem je koncesija istjecala, na temelju opisanih novih ugovornih uvjeta, odnosno […] dolazi li do eventualnog ograničavanja pristupa tržištu […] samo u slučaju njihova stvarnog sudjelovanja u izvornom postupku nadmetanja?”

III. Postupak pred Sudom

23. Tajništvo Suda zaprimilo je zahtjeve za prethodnu odluku 23. rujna 2019. S obzirom na njihovu povezanost, Sud ih je odlučio spojiti.

24. Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, talijanska vlada i Komisija podnijeli su pisana očitovanja te su svi u pisanom obliku odgovorili na pitanja Suda.

IV. Analiza

A. Uvodna pojašnjenja

25. Dvojbe koje Consiglio di Stato (Državno vijeće) iznosi u odlukama kojima se upućuju zahtjevi za prethodnu odluku prije svega se odnose na materijalne aspekte spora, a na njih se pak odnose prvo, drugo i treće prethodno pitanje.

26. Suprotno tomu, četvrto se pitanje prije odnosi na postupovni aspekt, odnosno bi li na spor utjecala činjenica da društva žalitelji, „gospodarski subjekti iz tog sektora koji su trenutačno zainteresirani za ulazak na tržište", nisu sudjelovali u prvotnom postupku javne nabave.

27. Nakon analize prvog prethodnog pitanja iznijet ću svoja razmišljanja o drugom i trećem pitanju, koja smatram da je bolje ispitati zajedno zbog njihove uske povezanosti.

28. Prije toga treba pojasniti koje se pravilo prava Unije primjenjuje na ove predmete i koji je opći okvir koji se uspostavlja sudskom praksom Suda i Direktivom 2014/23 u pogledu promjena uvjeta koncesija.

29. Isto tako, treba napomenuti da u sporu nije istaknut nijedan prigovor kojim bi se pobijao talijanski propis jer se njime na taj oblik lutrije primjenjuje koncesija, a o čijoj je usklađenosti s pravom Unije Sud već odlučivao [10].

30. U ovom sporu nisu predmet rasprave ni opravdanost ukupnog trajanja koncesije (prvotnih devet godina i eventualno novih devet godina) [11] ni drugi aspekti koncesije [12].

[10] Presuda od 19. prosinca 2018., Stanley International Betting i Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; u daljnjem tekstu: Stanley International Betting i Stanleybet Malta, t. 66.): „[…] Sud [je] potvrdio da se u sektoru igara na sreću može primjenjivati sustav koncesija, smatrajući da on može biti djelotvoran mehanizam za nadzor gospodarskih subjekata koji su aktivni u tom sektoru s ciljem sprečavanja iskorištavanja tih djelatnosti u kriminalne ili prijevarne svrhe (vidjeti u tom smislu presudu od 12. rujna 2013., Biasci i dr., C-660/11 i C-8/12, EU:C:2013:550, t. 24. i navedenu sudsku praksu)".

[11] Ukupno trajanje koncesije mogao bi biti relevantan čimbenik. U skladu sa sudskom praksom, „koncesijom koja može trajati do 15 godina može se otežati ili čak onemogućiti poduzećima sa sjedištem u drugim državama članicama da ostvare slobode zajamčene člancima 43. i 49. UFEU-a" (presuda od 9. rujna 2010., Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, t. 46.)).

[12] Iz tumačenja presuda koje je u prvom stupnju donio Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Okružni upravni sud za Lacij) proizlazi da je svojedobno pobijan prvi postupak javne nabave i da je Sisal u njemu intervenirao, a Consiglio di Stato (Državno vijeće) konačno je donio odluku u presudi br. 1705/2010.

B. Primjenjivi pravni okvir

31. U skladu s člankom 54. Direktive 2014/23, ona se „ne primjenjuje na dodjelu koncesija za koje se prikupljaju ponude ili su dodijeljene prije 17. travnja 2014.”. Budući da je prvotna koncesija za nacionalnu instant lutriju dodijeljena 2010., u početku se činilo [13] da se tom odredbom isključuje primjena Direktive 2014/23 na spor [14].

32. Već pretpostavljam da, neovisno o odgovoru na tu dvojbu, u svakom slučaju treba uzeti u obzir sudsku praksu Suda o utjecaju članaka 49. i 56. UFEU-a, koji se odnose na slobodu poslovnog nastana i slobodno pružanje usluga, na pravila o javnoj nabavi.

33. Osobito, u toj se sudskoj praksi iz tih dviju odredbi UFEU-a izvode posljedice o tome kad značajne izmjene ugovora o javnoj nabavi u načelu mogu zahtijevati novi postupak javne nabave. Taj se kriterij primjenjuje i na ugovore o koncesiji za usluge [15].

34. Ako zbog postojanja značajnih izmjena uvjeta koncesije na nju treba primijeniti novi postupak javne nabave, treba ga provesti na temelju važećih pravila na dan objave poziva na nadmetanje, a ne pravila koja su bila na snazi kad je dodijeljena prvotna koncesija [16].

35. Na temelju te pretpostavke, da su promjene uvjeta koncesije za instant lutriju, koje su uvedene Uredbom sa zakonskom snagom br. 148/17, toliko značajne da zahtijevaju provedbu novog postupka javne nabave, na taj bi se postupak primjenjivala *ratione temporis* Direktiva 2014/23 [17].

36. Taj kriterij može vrijediti za slučajeve produljenja, poput produljenja koje je predmet spora, iako su se predvidjela u izvornom ugovoru o koncesiji. Ako odobrenje produljenja na novo i dugo razdoblje (od devet godina) ovisi o ocjeni *ad casum* javnog naručitelja, koja nije automatska [18], čini mi se logičnijim da treba primijeniti pravni okvir koji je na snazi na dan tog odobrenja.

37. U svakom slučaju, člancima 3. i 43. Direktive 2014/23 samo se u zakonodavni tekst uključuje sudska praksa Suda u području ugovora o javnoj nabavi:

– U članku 3. odražavaju se načela jednakog postupanja, nediskriminacije i transparentnosti koja pridonose „glavnom cilju pravila Zajednice u području ugovora o javnoj nabavi da se osigura

[13] Presuda Stanley International Betting i Stanleybet Malta, točka 34.: „[…] prema ustaljenoj sudskoj praksi uspostavljenoj u području javne nabave, a koja se po analogiji primjenjuje i u području koncesija za usluge, načelno [je] primjenjiva direktiva koja je na snazi u trenutku kada javni naručitelj odabere vrstu postupka koji će se provoditi i konačno razriješi pitanje je li potrebno prethodno nadmetanje za sklapanje ugovora o javnoj nabavi”.

[14] U ovom predmetu nije riječ o isključivo unutarnjoj situaciji: koncesija zbog svojih obilježja ima određenu prekograničnu dimenziju koja nadilazi nacionalnu i dva društva žalitelja imaju sjedište izvan Italije.

[15] Presuda od 13. travnja 2010., Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, t. 37.): „Kako bi se osigurala transparentnost postupaka i jednako postupanje prema ponuditeljima, značajne izmjene, uvedene u ključne odredbe ugovora o koncesiji za usluge, u određenim slučajevima mogu zahtijevati dodjelu novog ugovora o koncesiji kad imaju bitno drukčije značajke od onih koje ima prvotni ugovor o koncesiji”.

[16] Presuda od 18. rujna 2019., Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756, t. 60.): „[…] mjerodavno zakonodavstvo Unije jest ono koje je bilo na snazi na dan te [bitne] izmjene”. Talijanska vlada u svojem odgovoru na pitanja Suda smatra da ta sudska praksa, koja se odnosi na Direktivu 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, nije primjenjiva jer Direktiva 2014/23 sadržava posebno pravilo (članak 54.) koje se nije nalazilo u prvonavedenoj direktivi. Ne slažem se s tim argumentom koji je kružne prirode jer se nalogom iz navedenog članka 54. pretpostavlja da nije bilo značajnih izmjena.

[17] Uredba sa zakonskom snagom br. 148/17 i posljedična ADM-ova obavijest uslijedile su nakon krajnjeg roka za prenošenje Direktive 2014/23 (18. travnja 2016., u skladu s člankom 51. stavkom 1.).

[18] U svojim odgovorima na pitanja Suda, Stanleybet Malta, Magellan Robotech i Komisija ističu da nije postojala nikakva *obveza* nastavka koncesije.

slobodno pružanje usluga i njihovo otvaranje nenarušenom tržišnom natjecanju u svim državama članicama”[19].

– Članak 43., u dijelu kojim se uređuje izmjena koncesije tijekom njezina trajanja, temelji se isto tako na ustaljenim kriterijima sudske prakse[20], u skladu s kojima „načelno, bitna izmjena ugovora o koncesiji […] mora imati za posljedicu provođenje novog postupka za tako izmijenjen ugovor”[21].

38. Posljedično, u skladu sa sudskom praksom koja se odnosi na poštovanje slobode poslovnog nastana ili slobodnog pružanja usluga ili s člancima 3. i 43. Direktive 2014/23, ishod je s materijalnog aspekta isti.

39. Što se tiče neprimjene *ratione materiae* koja bi proizašla iz uvodne izjave 35. Direktive 2014/23[22], na koju upućuje Lotterie Nazionali[23], dovoljno je navesti da je u ovom predmetu proveden natječajni postupak javne nabave koji je objavljen.

C. Opća pravila o izmjenama koncesije

40. Prema prethodno navedenoj sudskoj praksi suda, člankom 43. Direktive 2014/23 razlikuju se izmjene koncesije koje se mogu provesti „bez novog postupka” (stavci 1. i 2.) i ostale izmjene. Potonje se izmjene kvalificiraju kao *značajne*.

41. Stavak 5. tog članka iscrpan je u dijelu u kojem se propisuje da se „[n]ovi postupak dodjele koncesije zahtijeva […] u skladu s ovom Direktivom za druge izmjene odredaba koncesije za vrijeme njezina trajanja, osim onih navedenih u stavcima 1. i 2.”.

42. Ključ za razjašnjenje kad je izmjena značajna i zahtijeva pokretanje novog postupka utvrđen je u stavku 4. članku 43. Direktive 2014/23: „[i]zmjena koncesije tijekom njezina trajanja smatra se značajnom […] ako njome koncesija postaje bitno različita po svojoj naravi od one prvotno zaključene”.

[19] Presuda od 19. lipnja 2008., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 31. i 32.)

[20] Tako proizlazi iz uvodne izjave 75. Direktive 2014/23: „[…] potrebno je pojasniti uvjete u kojima izmjene koncesije tijekom njezinog izvršavanja zahtijevaju pokretanje novog postupka dodjele koncesije, uzimajući u obzir relevantnu sudsku praksu Suda Europske unije”.

[21] Presuda od 18. rujna 2019., Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756, t. 59.). Ta presuda i presuda od 11. srpnja 2013., Komisija/Nizozemska (C-576/10, EU:C:2013:510, t. 54.) odnosi se na izmjenu bitnih odredbi ugovora. Logično je da se prihvaćaju manje ili slučajne izmjene i da zbog njih provedba novog postupka javne nabave nije nužna. Tako je potkrepljeno uvodnom izjavom 75. Direktive 2014/23: „Izmjene koncesije čiji su rezultat neznatne izmjene vrijednosti ugovora do određene razine uvijek bi trebale biti moguće bez potrebe provođenja novog postupka koncesije”.

[22] „Primjereno je iz područja primjene ove Direktive isključiti koncesije koje se odnose na aktivnosti lutrija dodijeljene gospodarskom subjektu od strane države članice na temelju isključivog prava dodijeljenog postupkom bez objave u javnosti u skladu s primjenjivim nacionalnim pravom, propisima ili objavljenim upravnim odredbama u skladu s UFEU-om. To isključenje opravdano je dodjelom isključivog prava gospodarskom subjektu čime natječajni postupak postaje neprimjenjiv, kao i potrebom za zadržavanje mogućnosti da države članice reguliraju sektor kockanja na nacionalnoj razini vezano uz njihove obveze u smislu zaštite javnog reda i društvenog poretka”.

[23] Točka 9. njegovih pisanih očitovanja

43. Stavkom 4. preciznije se određuje to opće pravilo te se predviđaju četiri slučaja značajnih izmjena, od kojih dva mogu biti relevantna u ovom predmetu:

– „[I]zmjenom se unose uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka dodjele koncesije, […] privukli dodatne sudionike u postupak dodjele koncesije” [24].

– „[I]zmjenom se mijenja gospodarska ravnoteža koncesije u prilog koncesionara na način koji nije bio predviđen u prvobitnoj koncesiji” [25].

D. Prvo prethodno pitanje

44. Consiglio di Stato (Državno vijeće), nakon što je istaknuo da društva žalitelji nisu sudjelovala u postupku javne nabave koji je proveden u skladu s Uredbom sa zakonskom snagom br. 78/2009, tvrdi da razlog iz kojeg nisu u njemu sudjelovala može biti da je obnova koncesije bila samo eventualna jer je ovisila o izvršavanju diskrecijske ovlasti dodijeljene Upravi.

45. Ta diskrecijska ovlast, dodaje, prestala je Uredbom sa zakonskom snagom br. 148/17, koja je stupila na snagu čak dvije godine prije isteka (prvog) razdoblja od devet godina navedenog u aktu o koncesiji.

46. Eventualna neusklađenost s europskim propisima temeljila bi se stoga na tome da je zakonodavac iz 2017. pravnim aktom uklonio svaku mogućnost diskrecijske ovlasti upravnog tijela u pogledu odluke da se zadrži koncesija ili da se pokrene novi postupak javne nabave.

47. Prema mojem mišljenju, prvo treba istaknuti da je nastavak koncesije tijekom dodatnog razdoblja od devet godina već bio naveden u izvornom aktu koji je pak bio u skladu s Uredbom sa zakonskom snagom br. 78/2009.

48. Taj je podatak važan jer je *aktivacijom* te odredbe poštovan navedeni akt jednostavnom primjenom jedne od odredbi prvotnog ugovora o koncesiji.

49. Kao što ću to kasnije objasniti, ostvarivanje mogućnosti produljenja koncesije još samo jednom tijekom novog razdoblja od devet godina nije promijenilo izvorni model koji je bio u skladu sa sustavom više koncesionara (kojim su predviđena čak četiri moguća uspješna ponuditelja koncesije).

50. Taj je model kao takav ostao nepromijenjen. Međutim, budući da je, kad je proveden 2010., *de facto* samo jedan gospodarski subjekt sudjelovao u postupku javne nabave i tako postao isključivi koncesionar, njemu je morala biti produljena koncesija za dodatnih devet godina, utvrđen u izvornom ugovoru.

51. Međutim, točno je da je, također na temelju izvornog ugovora, davatelj koncesije trebao pozitivno ocijeniti koncesionarov tijek prirediванja kako bi omogućio prelazak u novo razdoblje od devet godina.

[24] Tu je mogućnost predvidio Sud u presudi od 7. rujna 2016., Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, t. 29.): „smanjenj[e] opsega predmeta tog ugovora može kao posljedicu imati da on postane dostupan većem broju gospodarskih subjekata”.

[25] Da je to pravilo izvedeno iz sudske prakse može se vidjeti u presudi od 19. lipnja 2008., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 37.).

52. Neovisno o onome što ću objasniti u pogledu posebnih uvjeta propisanih ponuditelju kako bi mu se odobrio nastavak koncesije na novih devet godina, smatram da nije važno to što se taj nastavak odredio Uredbom sa zakonskom snagom nakon što je davatelj koncesije potvrdio da je u skladu s javnim interesom.

53. Naime, ADM je u obavijesti od 19. rujna 2017. [26] pozitivno ocijenio tijek priređivanja kojim se dotad bavio Lotterie Nazionali te je naveo razloge iz kojih je bilo važno da to društvo, u skladu s izvornim ugovorom, nastavi s koncesijom na novih devet godina. ADM je pri provedbi te ocjene iskoristio diskrecijsku ovlast za ocjenu na koju upućuje Consiglio di Stato (Državno vijeće).

54. U toj je obavijesti navedeno da je nastavak koncesije s Lotteriem Nazionali, osim što ide u prilog javnim interesima s gospodarskog stajališta, opravdan jer je ocjena postupanja tog društva bila pozitivna [27].

55. Stoga je Uredbom sa zakonskom snagom br. 148/17 potkrepljena prikladnost da se nastavi s koncesijom koju je ADM u okviru svoje diskrecijske ovlasti već ocijenio.

56. Neovisno o razlozima da se taj nastavak naloži na temelju zakonodavne odluke a ne akta javne uprave davatelja koncesije, ponavljam da je točno da je potonji davatelj koncesije, prije donošenja Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/17, već pozitivno ocijenio koncesionarov tijek priređivanja i istaknuo javni interes za nastavak koncesije.

1. Više koncesionara i isključivi koncesionar

57. U nekoliko odlomaka odluka kojima se upućuju zahtjevi za prethodnu odluku, kao i u nekim očitovanjima onih koji se protive nastavku koncesije u korist Lotterija Nazionali [28], navedeno je da bi taj nastavak podrazumijevao promjenu sustava više koncesionara u sustav isključivog koncesionara.

58. Već sam istaknuo da je mogućnost više koncesionara, iz Uredbe sa zakonskom snagom br. 78/2009, i dalje bila na snazi kad je odobren nastavak koncesije, a da pritom nije zamijenjena modelom isključivog koncesionara na temelju Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/17.

59. Također sam objasnio da, ako je u okviru ovog spora riječ o isključivom koncesionaru, to nije zbog primjene nekog pravila, nego zbog isključivo činjenične okolnosti da je u postupku javne nabave sudjelovao samo jedan natjecatelj.

60. Sa stajališta prava Unije, bilo koja od tih dviju mogućnosti načelno može biti valjana, kao što je to potvrdio Sud [29]. Odabir isključivog koncesionara na normativnoj razini modela ipak bi zahtijevao da se njime dosljedno nastoji postići legitimni cilj.

[26] Obavijest je bila odgovor na zahtjev koji je 26. srpnja 2017. podnijelo društvo koncesionar kako bi ishodilo obnovu koncesije.

[27] Prema ADM-ovu mišljenju, koncesionar je održavao tražene razine prikupljanja, učinkovito je obavljao organizaciju, uzimajući u obzir upute samog ADM-a, fizičkom distribucijskom mrežom nacionalne instant lutrije te je s posebnom pažnjom pristupio pravilnom i pravodobnom plaćanju naknade državi, kao i premije za potrošače.

[28] Zagovaratelji potrebe za novim postupkom javne nabave tvrde da je Uredbom sa zakonskom snagom br. 148/17, kad je njome propisana obnova koncesije, uveden model isključivog koncesionara.

[29] Presuda Stanley International Betting i Stanleybet Malta, točka 53. i izreka: „[…] članke 49. i 56. UFEU-a treba tumačiti na način da im se ne protivi nacionalni propis […] koji za koncesiju za priređivanje lota predviđa model s isključivim koncesionarom – za razliku od ostalih lutrijskih igara, igara prognoze i klađenja kod kojih se primjenjuje model s više koncesionara – pod uvjetom da nacionalni sud utvrdi da se nacionalnim propisom stvarno nastoji dosljedno i sustavno ostvariti opravdane ciljeve na koje se dotična država članica poziva”.

61. Ne smatram da je nužno ići u tom smjeru kako bi se ispitala opravdanost modela isključivog koncesionara jer, ponavljam, u ovom slučaju nije riječ o tom modelu.

62. Točno je da se ADM-ova obavijest od 19. rujna 2017. odnosi na sustav isključivog koncesionara kojem je ta javna agencija tada davala prednost [30]. Međutim, riječ je o razmatranjima koja je ADM iznio podredno za slučaj da ne dođe, kao što je on sam zagovarao, do nastavka koncesije s Lotteriem Nazionali [31].

63. Stoga smatram da rasprava o (nepostojećoj) promjeni modela nije primjerena. Nije bila volja talijanskog zakonodavca, kao ni donošenjem Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/17, da koncesije za priređivanje nacionalne instant lutrije otad slijede model isključivog koncesionara. U toj je Uredbi sa zakonskom snagom jednostavno odlučeno da se nastavi koncesija, u skladu s odredbama izvornog akta, s društvom koje je bilo uspješni ponuditelj nakon što je jedino sudjelovalo u postupku javne nabave pokrenutom u okviru modela više koncesionara.

E. Drugo i treće prethodno pitanje

64. Consiglio di Stato (Državno vijeće) priznaje da Uredba sa zakonskom snagom br. 148/17 zadržala „istu pravnu osnovu (*causa petendi*) i predmet prvotne koncesije (*petitum*)”. Konkretno, ukupan iznos koji Lotterie Nazionali treba platiti na ime drugog razdoblja od devet godina odgovara iznosu navedenom u izvornom aktu (800 milijuna eura).

65. Međutim, u odlukama kojima se upućuju zahtjevi za prethodnu odluku ističe se *promjena* koja utječe na „način[e] i rokov[e] plaćanja naknade za koncesiju”: predvidjeti za 2017. (50 milijuna eura) i za 2018. (750 milijuna eura) [32] plaćanje navedene naknade.

66. Sud koji je uputio zahtjev dodaje da ta okolnost može značiti „[…] potencijaln[u] izmjen[u] ukupnog iznosa dugovanog plaćanja s obzirom na njegovu skupoću, zato što je, prema tumačenju žalitelja, financijska vrijednost vremena objektivna i općepoznata činjenica”.

67. Oni koji zagovaraju da taj novi način plaćanja nije značio značajnu izmjenu tvrde da je iznos koji je koncesionar trebao platiti bio jednak (800 milijuna eura) u okviru dodjele iz 2010. i obnove iz 2017. Osim toga, ranije plaćanje bilo bi štetnije za koncesionara, s obzirom na to da ga izvršava čak i prije početka drugog razdoblja od devet godina.

68. Kako bi se odgovorilo na dvojbe koje iznosi Consiglio di Stato (Državno vijeće) treba: (a) usporediti važeći način plaćanja u prvom razdoblju koncesije s onim iz drugog razdoblja i (b) ako se na temelju te usporedbe pokaže da je došlo do neke promjene, kvalificirati je kao značajnu ili ne.

1. Usporedba načina plaćanja

69. U okviru prvotne koncesije prihodi u korist davatelja koncesije procijenjeni su na barem 500 milijuna eura u prvoj godini (2009.) i 300 milijuna eura u drugoj (2010.).

[30] Točka 64. očitovanja talijanske vlade

[31] Tvrdio je konkretno da, ako se ne prihvati rješenje koje se odnosi na odabir nastavka koncesije, ključni elementi novog postupka javne nabave moraju se urediti posebnim pravilom.

[32] Predviđene su tri obročne otplate: 50 milijuna eura do 15. prosinca 2017., 300 milijuna eura do 30. travnja 2018. i 450 milijuna eura do 31. listopada 2018.

70. U skladu s raspodjelom plaćanja uvedenom Uredbom sa zakonskom snagom br. 148/17, kao što je to već navedeno, ti prihodi u korist državnog proračuna iznosili su 50 milijuna eura za prvu godinu (2017.) i 750 milijuna eura za drugu (2018.), čime se zapravo predvidjelo plaćanje naknade koja odgovara razdoblju obnove koncesije.

71. Stoga su novi uvjeti plaćanja podrazumijevali da:

– Prvi obrok (50 milijuna eura) za obnovljeno razdoblje predstavljao je jednu desetinu predviđenog obroka (500 milijuna eura) za prvi obrok plaćanja u odredbama koje se primjenjuju na dodjelu iz 2010.

– Suprotno tomu, drugi obrok (750 milijuna eura) za obnovljeno razdoblje bio je više nego dvostruko veći od istovjetnog obroka (300 milijuna eura) za izvornu koncesiju.

72. Stoga je došlo do izmjene ritma kojim je koncesionar morao plaćati svoj doprinos, a ne do promjene u njegovu iznosu ili podjeli na dva uzastopna obroka plaćanja.

73. Može se pretpostaviti da bi, kao što to ističe Komisija [33], smanjenje iznosa prvog plaćanja (50 milijuna eura) omogućilo koncesionaru da se bolje *pripremi* za plaćanja drugog obroka (750 milijuna eura) sljedeće godine. Iako bi potonji drugi obrok bio više nego dvostruko veći od istovjetnog obroka utvrđenog Uredbom sa zakonskom snagom br. 78/2009, koncesionar bi otpočetka mogao računati na prihode od vlastite koncesije pa se ne može isključiti da bi na temelju sustava ostvario dobit u cjelini.

74. Međutim, točno je da bi plaćanje naknade za obnovljeno razdoblje dvije godine unaprijed moglo samo po sebi uzrokovati financijske poteškoće za koncesionara koje su istovjetne poteškoćama s kojima se bilo koji gospodarski subjekt mora suočiti kako bi unaprijed platio naknade za prihode koje će tek ostvariti [34].

2. Značajna izmjena?

75. Zanemarujući zasad ostale okolnosti plaćanja naknade, dogovor o nastavku koncesije s Lotteriem Nazionali na novih devet godina nije predstavljalo nikakvu (ni materijalnu ni manju) izmjenu same koncesije jer je, ponavljam, bio u skladu s izvornim ugovorom.

76. Drukčije bi bilo da obnova koncesije nije bila već prvotno predviđena u navedenom ugovoru. U tom slučaju, produljenje *ex lege* ili samostalnom odlukom javnog naručitelja na novih devet godina nakon završetka koncesije, neovisno o postupcima javne nabave, nedvojbeno bi podrazumijevalo značajnu izmjenu ugovora o koncesiji [35].

77. Stoga se raspravom samo nastoji ocijeniti razlikuje li se *značajno* način plaćanja u drugom razdoblju koncesije od načina plaćanja koji se primjenjuje u prvom razdoblju.

[33] Točke 47. do 49. njezinih očitovanja

[34] Na to upućuju Lotterie Nazionali (posljednja podtočka točke 32. i posljednja točka druge alineje točke 35. njegovih očitovanja) i Lottomatica (točka 4.3. njegovih očitovanja). Međutim, ne može se isključiti da je Lotterie Nazionali pristao unaprijed platiti jer mu je to u konačnici i odgovaralo. U suprotnom bi bilo logično smatrati da nije pretpostavio da će doći do nastavka koncesije.

[35] Tako je to Sud potvrdio u pogledu obnova ili produljenja talijanskih koncesija u presudama od 13. rujna 2007., Komisija/Italija (C-260/04, EU:C:2007:508) u pogledu koncesija za organizaciju i prikupljanje oklada na konjske utrke; od 14. srpnja 2016., Promoimpresa (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558) u pogledu koncesija na javnom dobru i od 18. rujna 2019., Komisija/Italija (C-526/17, EU:C:2019:756) u pogledu koncesija za javne radove.

78. Podsjetit ću da su za oba razdoblja ostali nepromijenjeni, osim „pravne osnove (*causa petendi*) i predmeta koncesije (*petitum*)”, naknada koju je trebao platiti koncesionar i zahtjev da se plaćanje izvrši u dva obroka za prvu i drugu godinu svakog od tih razdoblja.

79. Promjena do koje je zapravo došlo odnosila se na djelomični iznos tih dvaju obroka, koji se razlikovao u već navedenim uvjetima, i na ranije plaćanje 2017. i 2018. u odnosu na početak novog razdoblja koncesije koje je započinjalo 2019. [36].

80. Ovisno o ocjeni suda koji je uputio zahtjev, koji je u najboljem položaju da odluči o tom pitanju, s obzirom na njegovu upoznatost sa sporom, ne smatram da se izmjena iznosâ svakog obroka može kvalificirati kao značajna jer, s obzirom na njezine prednosti i nedostatke za koncesionara i davatelja koncesije, ne čini se da mijenja financijsku ravnotežu koncesije u prilog davatelju koncesije toliko da bi zahtijevala provedbu novog postupka javne nabave.

81. Samo bi se na temelju detaljnije ekonomske analize moglo razjasniti je li ono što se na prvi pogled pokazalo kao nedostatak za koncesionara (ranije plaćanje kad Lotterie Nazionali još nije mogao primati vlastite prihode iz drugog razdoblja koncesije) zaista nedostatak ili bi mu, paradoksalno, moglo donijeti koristi ili pak samo održava u cjelini izvornu financijsku ravnotežu.

82. U ADM-ovoj obavijesti od 19. rujna 2017., prilikom navođenja prednosti nastavka koncesije s njezinim nositeljem tijekom drugog razdoblja od devet godina, ne zanemaruje se da je bilo i drugih gospodarskih subjekata koji su bili spremni zauzeti njegovo mjesto [37]. U odlukama kojima se upućuju zahtjevi za prethodnu odluku upućuje se, isto tako, na „gospodarsk[e] subjekt[e] iz tog sektora koji su trenutačno zainteresirani za ulazak na tržište”.

83. Međutim, očekivanja društava žalitelja ne mogu prevladati u odnosu na nespornu činjenicu da je za prvotnu koncesiju predviđena *ab initio* njezina eventualna obnova, bez tržišnog natjecanja s trećim osobama, na drugo razdoblje od devet godina. Ta očekivanja mogu otkriti svoju potencijalnu snagu nakon isteka tog razdoblja od devet godina (koje se ne može produljiti).

84. Lottomatica Holding i Lotterie Nazionali pak tvrde [38] da je prijevremeno donošenje odluke 2017. o nastavku koncesije opravdano jer, da to nije tako, bilo bi potrebno imati dovoljno vremena za provedbu novog postupka javne nabave i koncesionara 30. rujna 2019.

85. Na sudu je koji je uputio zahtjev da razjasni je li postojao taj razlog ili neki drugi da se započne komunikacija s koncesionarom prije isteka prvog razdoblja od devet godina i da se tada odluči o nastavku koncesije u drugom razdoblju istog trajanja.

86. U svakom slučaju, smatram da taj čimbenik nije važan pri utvrđivanju mogu li se promjene plaćanja naknade kvalificirati kao značajne izmjene koncesije. U tom pogledu važno je uzeti u obzir sadržaj tih promjena, a ne trenutak u kojem ih je davatelj koncesije odlučio uvesti.

[36] U skladu s člankom 20. stavkom 1. Uredbe sa zakonskom snagom br. 148/17, cilj je bio „osiguravanj[e] novih i dodatnih prihoda u državni proračun […] za 2017. i […] za 2018.”, odnosno osiguravanje likvidnosti tijekom tih dviju godina umjesto da se čeka isplata naknade u 2019. i 2020.

[37] Lottomatica i Lotterie Nazionali u svojim očitovanjima (točke 4.2. i 26.) priznaju da je postojao interes trećih osoba za dobivanje koncesije kad opravdavaju to da se postupak obnove unaprijed predviđa, s obzirom na broj sporova koji nastaju u okviru postupaka javne nabave u sektoru igara na sreću u Italiji. Društva žalitelji, kad su saznali da je donesena Uredba sa zakonskom snagom br. 148/17, odmah su se obratila ADM-u kako bi mu izrazila svoj interes za koncesiju (dopisi Sisala od 31. listopada i 9. studenoga 2017. i Stanleybeta Malta od 8. studenoga 2017., priloženi njihovim očitovanjima).

[38] Točke 4.2. i 26. njihovih pisanih očitovanja redom

87. Vremenske okolnosti u kojima je ADM donio tu odluku mogle bi utjecati na druge elemente njegova sudskog nadzora (na primjer, otkrivanjem eventualne zlouporabe ovlasti), ali ne smatram da su važne za ocjenu je li došlo do značajne izmjene uvjetâ koncesije.

88. Ukratko, budući da se u sporu samo želi razjasniti može li se izmjena slijeda plaćanja smatrati značajnom jer „njome koncesija postaje bitno različita po svojoj naravi od one prvotno zaključene” (članak 43. stavak 4. Direktive 2014/23), moj je odgovor niječan iako ponavljam da sud koji je uputio zahtjev donosi konačnu odluku.

F. Četvrto prethodno pitanje

89. Svojim posljednjim prethodnim pitanjem Consiglio di Stato (Državno Vijeće) u biti želi znati mogu li društva tužitelji, iako nisu sudjelovala u prvotnom postupku javne nabave „koja je nastavljena s koncesionarom kojem je koncesija istjecala, na temelju opisanih novih ugovornih uvjeta [u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku]”, pobijati obnovu koncesije.

90. Consiglio di Stato (Državno Vijeće) smatra da su ta društva mogla imati legitimni interes ne za ponovnu provedbu postupka javne nabave, nego za to da javni naručitelj izvrši svoju diskrecijsku ovlast nakon završetka prvog razdoblja koncesije[39]. Stoga u tu svrhu ne bi bilo važno jesu li sudjelovala u postupku javne nabave 2010.

91. Kao pravilo, prema mišljenju Suda, „[u] načelu, sudjelovanje u postupku javne nabave može, s obzirom na članak 1. stavak 3. Direktive 89/665, valjano biti uvjet čije se ispunjenje zahtijeva za dokazivanje da predmetna osoba ima interes dobiti predmetni ugovor ili može pretrpjeti štetu zbog navodne nezakonitosti odluke o dodjeli navedenog ugovora”[40].

92. Međutim, to se opće pravilo ne može, prema mojem mišljenju, primijeniti na ovaj spor, u kojem se ne nastoji razjasniti imaju li subjekti koji nisu u postupku odabira koncesionara sudjelovali kao ponuditelji pravo pobijati (prvotnu) odluku o dodjeli koncesije. Ovdje se raspravlja o tome jesu li se društva žalitelji u okviru obnove koncesije mogla pozvati na svoj interes da se za tu obnovu provede postupak javne nabave i tako se natjecati za njezinu dodjelu.

93. Odgovor je povezan s već razmotrenim meritornim pitanjima, odnosno s time jesu li promjene u sustavu plaćanja naknade za drugo razdoblje koncesije dovoljno velike da bi značajno promijenile prvotne uvjete te koncesije.

94. Stoga, kako bi se utvrdilo jesu li te izmjene bile značajne, što bi dovelo do obveze da se provede novi postupak javne nabave u kojem bi mogli sudjelovati, zainteresiranim subjektima treba priznati mogućnost da pokrenu sudski postupak u kojem bi se to provjerilo.

[39] Tako proizlazi iz podtočke c.9. točke 12. odluka kojima se upućuje zahtjev za prethodnu odluku

[40] Presuda od 28. studenoga 2018., Amt Azienda Trasporti e Mobilità i dr. (C-328/17, EU:C:2018:958, t. 46.)

V. Zaključak

95. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na pitanje koje je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće) odgovori na sljedeći način:

„Članke 49. i 56. UFEU-a, kao i članke 3. i 43. Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji treba tumačiti na način da:

1. Kad se izvornim ugovorom o koncesiji za priređivanje nacionalnih instant lutrija i njihovo upravljanje predviđa nastavak koncesije za drugo razdoblje od devet godina u korist istog koncesionara, navedenim se člancima ne protivi to da se ta mjera naloži na temelju pravila sa snagom zakona, nakon što davatelj koncesije potvrdi da je nastavak koncesije u skladu s javnim interesom i izvornim ugovorom.

2. Neovisno o provjeri koju treba provesti sud koji je uputio zahtjev, nisu značajne, u smislu članka 43. Direktive 2014/23, izmjene uvjeta koncesije kojima se, s obzirom na to da imaju istu osnovu, isti pravni predmet, isti iznos naknade i njezino plaćanje u dva obroka, samo mijenjaju djelomični iznosi koje koncesionar treba uplatiti u okviru svakog od tih obroka.

3. Gospodarski subjekti zainteresirani za dobivanje koncesije imaju pravo pobijati nastavak koncesije u korist koncesionara na temelju toga da uvjeti koji se primjenjuju na taj nastavak predstavljaju značajnu izmjenu prvotne koncesije. U tu svrhu nije važno to što ti gospodarski subjekti nisu sudjelovali u prvotnom postupku javne nabave”.