Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 21 de janeiro de 2021 [1]

Processos apensos C-721/19 e C-722/19

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

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Liberdade de estabelecimento — Livre prestação de serviços — Restrições — Diretiva 2014/23/UE — Artigos 3.º e 43.º — Contratação pública — Procedimentos de seleção do concessionário — Lotarias instantâneas — Legislação nacional que prevê a renovação da concessão sem concurso — Alteração das condições da concessão — Modificações substanciais — Direito de acesso ao sistema das vias de recurso»

1. Entre as modalidades de jogos de fortuna e azar autorizadas em Itália figura a chamada «lotaria nacional instantânea» [2], cuja angariação de apostas era adjudicada, em 2009, através do sistema de concessão administrativa. A entidade adjudicante selecionava o adjudicatário da concessão no âmbito de um concurso público, regulado pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa.

2. O Decreto-Lei n.º 78/2009 [3] instituiu um sistema de concessão da lotaria nacional instantânea no qual podiam ser escolhidos até quatro concessionários. A duração da concessão era de nove anos, renováveis uma única vez pelo mesmo período.

[1] Língua original: espanhol.

[2] São lotarias do tipo «raspadinha» nas quais os participantes podem ficar a saber de imediato o resultado da sua aposta. Após a compra de um boletim, a combinação aleatória vencedora, impressa e oculta, é revelada ao raspar-se uma determinada área do próprio boletim.

[3] Decreto legge n.º 78/2009, de 1 de julho de 2009, que aprova «Medidas de luta contra a crise, e prorrogação dos prazos» (GURI n.º 150, de 1 de julho de 2009), convertido, com alterações, na legge n.º 102 (Lei n.º 102), de 3 de agosto de 2009 (GURI n.º 179, de 4 de agosto de 2009; a seguir «Decreto-Lei n.º 78/2009)».

3. Apenas um proponente participou no concurso, a Lotterie Nazionali Srl (a seguir «Lotterie Nazionali»), que foi designado concessionário único.

4. Dois anos antes do termo do período inicial (2010/2019), uma nova disposição legislativa, o Decreto-Lei n.º 148/2017 [4], ordenou à entidade adjudicante que autorizasse a «prorrogação da relação contratual de concessão existente […] até ao último prazo previsto no […] ato de concessão» [5], ou seja, até 2028.

5. O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) duvida que a prorrogação da relação contratual de concessão durante esse período, sem a abertura de um novo concurso público, seja conforme com o direito à livre prestação de serviços e com a liberdade de estabelecimento (artigos 49.º e 56.º TFUE), bem como com a Diretiva 2014/23/UE [6].

6. Pergunta-se também se os operadores do setor que não tenham participado no concurso original podem opor-se à renovação, exigindo a abertura de um novo processo de concurso.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União. Diretiva 2014/23

7. Nos termos do artigo 3.º («Princípio da igualdade de tratamento, não-discriminação e transparência»):

«1. As autoridades e entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

[…]»

8. O artigo 43.º («Modificação de contratos durante o seu período de vigência») dispõe:

«1. As concessões podem ser modificadas sem novo procedimento de concessão, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão dos valores, ou opções claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global da concessão;

[…]

[4] Decreto legge n.º 148/2017, de 16 de outubro de 2017, que aprova «Disposições urgentes em matéria financeira e por exigências inadiáveis» (GURI n.º 242, de 16 de outubro de 2017), convertido na legge n.º 172 (Lei n.º 172), de 4 de dezembro de 2017 (GURI n.º 284, de 5 de dezembro de 2017; a seguir «Decreto-Lei n.º 148/17)».

[5] Em certas passagens dos despachos de reenvio [por exemplo, no n.º 12, alínea c.8)], o tribunal *a quo* afirma que a prorrogação da relação contratual de concessão é, em substância, equiparada à sua renovação (*rinnovo*).

[6] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).

e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4.

[…]

4. A modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial na aceção do n.º 1, alínea e), caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.os 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma das seguintes condições:

a) A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;

b) A modificação altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial;

[…]

5. As modificações das disposições de uma concessão durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.os 1 e 2 obrigam a novo procedimento de concessão nos termos da presente diretiva».

B. Direito italiano

1. Decreto-Lei n.º 78/2009

9. O artigo 21.º («Adjudicação de concessões em matéria de jogo») tem a seguinte redação:

«1. A fim de garantir a proteção de interesses públicos superiores nas atividades de angariação [de apostas] de jogos, quando adjudicadas a entidades externas à administração pública, a gestão dessas atividades é sempre confiada em concessão adjudicada, no respeito dos princípios e das normas comunitárias e nacionais, por regra, a uma pluralidade de entidades selecionadas mediante procedimentos abertos, competitivos e não discriminatórios. Por conseguinte, […] o Ministério da Economia e das Finanças —Administração Autónoma dos Monopólios do Estado dará início aos procedimentos necessários para assegurar tempestivamente a adjudicação da concessão, relativa igualmente à angariação à distância das referidas lotarias, aos operadores de jogos mais qualificados, nacionais e comunitários, limitados a um máximo de quatro e que preencham os requisitos de idoneidade e fiabilidade moral, técnica e económica.

[…]

3. A seleção por concurso público para a adjudicação da concessão baseia-se no critério da proposta economicamente mais vantajosa, no âmbito do qual é dada prioridade aos seguintes critérios: a) o aumento do montante das propostas relativamente a uma base predefinida, que assegure, em qualquer caso, receitas globais não inferiores a 500 milhões de euros em 2009 e 300 milhões de euros em 2010, independentemente do número final de adjudicatários;

[…]

4. As concessões referidas no n.º 1, eventualmente renováveis uma única vez, têm a duração máxima de nove anos, subdivididos em dois períodos de cinco e quatro anos, respetivamente. A prorrogação da concessão no segundo período está subordinada à avaliação positiva do desempenho da gestão, por parte da entidade adjudicante, a comunicar no primeiro semestre do quinto ano de concessão».

2. Decreto-Lei n.º 148/2017

10. O artigo 20.º, n.º 1, enuncia:

«Em expressa aplicação do artigo 21.º, n.ºs 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 78, de 1 de julho de 2009, convertido, com alterações, na Lei n.º 102, de 3 de agosto de 2009, a Agenzia delle dogane e dei monopoli autoriza a prorrogação da relação contratual de concessão existente relativa à angariação, inclusivamente à distância, das lotarias nacionais instantâneas, até ao último prazo previsto no artigo 4.º, n.º 1, do ato de concessão, de modo a assegurar receitas novas e mais elevadas para o orçamento de Estado no valor de 50 milhões de euros em 2017 e 750 milhões de euros em 2018».

II. Matéria de facto, tramitação nacional do processo e questões prejudiciais

11. Por anúncios publicados no *Jornal Oficial da União Europeia* de 15 de agosto de 2009 e de 2 de abril de 2010, a Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (Administração Autónoma dos Monopólios do Estado, Itália) deu início ao «procedimento de seleção para a adjudicação da concessão da angariação das apostas dos jogos públicos denominados "lotarias nacionais instantâneas"» [7].

12. No caderno de encargos, previa-se que [8]:

– A gestão indireta das atividades de angariação de apostas dos jogos seria sempre atribuída sob o regime de concessão.

– As concessões seriam adjudicadas normalmente a uma pluralidade de entidades, cujo número não devia ser superior a quatro, que seriam selecionadas mediante procedimentos abertos, competitivos e não discriminatórios.

– Cada concessionário estaria sujeito ao pagamento de uma contrapartida, correspondente a uma proporção das receitas.

– A seleção dos concessionários baseava-se no princípio da proposta economicamente mais vantajosa e, entre os seus critérios, seria considerado o aumento das propostas relativamente a uma base predefinida, para assegurar, em qualquer caso, receitas globais não inferiores a 500 milhões de euros em 2009 e 300 milhões de euros em 2010, independentemente do número final de adjudicatários.

– As concessões, eventualmente renováveis uma única vez, teriam uma duração de nove anos, subdividida em dois períodos de cinco e quatro anos. A prorrogação da concessão para o

[7] Segundo os despachos de reenvio (n.º 3.1), por contrato celebrado em 14 de outubro de 2003, esta modalidade de lotaria tinha sido explorada, até 31 de maio de 2010, pelo agrupamento temporário de empresas Lottomatica (que passou a Lotterie Nazionali). A Lottomatica Holding Srl controla a Lotterie Nazionali, detendo 64% do seu capital social.

[8] O caderno de encargos reproduzia, em substância, as disposições do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 78/2009.

segundo período ficava subordinada à avaliação positiva do desempenho da gestão do concessionário, a que a Administração devia proceder durante o primeiro semestre do quinto ano.

13. Só a Lotterie Nazionali, a quem a concessão foi adjudicada de forma exclusiva, apresentou uma proposta no concurso.

14. Após o primeiro subperíodo de cinco anos, a Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Agência Aduaneira e dos Monopólios, Itália; a seguir «ADM») [9] autorizou a sua prorrogação para o segundo subperíodo, de quatro anos, até 30 de setembro de 2019.

15. Em 26 de julho de 2017, a Lotterie Nazionali pediu à ADM a ativação da cláusula relativa à prorrogação da concessão por um novo período de nove anos.

16. Por nota de 19 de setembro de 2017, a ADM concluiu que a prorrogação pedida era conforme ao interesse público.

17. Em 16 de outubro de 2017, entrou em vigor o artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 148/2017.

18. Em conformidade com esta disposição, a ADM, por nota de 1 de dezembro de 2017, fixou o termo da concessão em 30 de setembro de 2028, após aceitação formal pelo concessionário das condições especificadas no artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 148/17. A Loterie Nazionali aceitou essas condições no mesmo dia.

19. As sociedades Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd e Magellan Robotech Limited (a seguir «sociedades recorrentes») impugnaram essa decisão no Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional para o Lácio, Itália), que julgou improcedentes os seus pedidos pelas sentenças n.ºs 9730/2018 e 9734/2018, ambas de 4 de outubro de 2018.

20. As sociedades recorrentes interpuseram recurso das decisões de primeira instância no Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional). A ADM e a Lotterie Nazionali impugnaram-nas também, a título subordinado, no que respeita às questões prévias de inadmissibilidade julgadas improcedentes.

21. Pelos «acórdãos parciais não definitivos» n.ºs 6079 e 6080, de 3 de novembro de 2019, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) negou provimento aos recursos subordinados da ADM e da Lotterie Nazionali e, quanto ao mérito, pôs em dúvida a conformidade do artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 148/17, com o direito da União.

22. Neste contexto, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigos 49.º e seguintes e 56.º e seguintes TFUE), bem como os princípios [de direito da União Europeia] da segurança jurídica, da não discriminação, da transparência e imparcialidade, da livre concorrência, da proporcionalidade, da confiança legítima e da coerência, bem como — se forem considerados aplicáveis — os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23/UE, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação como a do

[9] A ADM tinha sucedido à Administração Autónoma dos Monopólios do Estado.

artigo 20.º, n.º 1, do decreto legge n.º 148 (Decreto-Lei n.º 148), de 16 de outubro de 2017, e dos respetivos atos de execução, que dispõe que "1. Em aplicação do artigo 21.º, n.ºs 3 e 4, do decreto legge n.º 78 (Decreto-Lei n.º 78), de 1 de julho de 2009, convertido, com alterações, na legge n.º 102 (Lei n.º 102), de 3 de agosto de 2009, a Agenzia delle dogane e dei monopoli (Agência Aduaneira e dos Monopólios) autoriza a prorrogação da relação contratual de concessão existente, relativa à angariação, inclusivamente à distância, das lotarias nacionais instantâneas, até ao último prazo previsto no artigo 4.º, n.º 1, do ato de concessão, de modo a assegurar receitas novas e mais elevadas para o orçamento de Estado no valor de 50 milhões de euros em 2017 e 750 milhões de euros em 2018", numa situação em que:

– o artigo 21.º, n.º 1, do decreto legge n.º 78 (Decreto-Lei n.º 78), de 1 de julho de 2009, convertido, com alterações, na legge n.º 102 (Lei n.º 102), de 3 de agosto de 2009, previu a adjudicação das concessões em análise, por regra, a uma pluralidade de entidades selecionadas através de procedimentos abertos, competitivos e não discriminatórios;

– o artigo 21.º, n.º 4, do referido decreto, previu que as concessões referidas no n.º 1 são eventualmente renováveis uma única vez;

– [a sociedade recorrente] não particip[ou] no concurso organizado em 2010;

– a relação específica existente foi celebrada inicialmente com um único concessionário, na sequência de um concurso público, no qual apenas foi apresentada uma proposta;

– a prorrogação da relação contratual de concessão existente, implicaria — em concreto — que tal relação prosseguiria exclusivamente com esse concessionário único sem concurso ulterior, em vez de ser renovada com uma pluralidade de entidades?

2) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigo 49.º e seguintes e artigo 56.º e seguintes TFUE), bem como os princípios [de direito da União Europeia] da segurança jurídica, da não discriminação, da transparência e imparcialidade, da livre concorrência, da proporcionalidade, da confiança legítima e da coerência, bem como — se forem considerados aplicáveis — os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23/UE, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação, como a do artigo 20.º, n.º 1, do decreto legge n.º 148 (Decreto-Lei n.º 148), de 16 de outubro de 2017, que, em expressa aplicação do artigo 21.º, n.ºs 3 e 4, do decreto legge n.º 78 (Decreto-Lei n.º 78), de 1 de julho de 2009, convertido, com alterações, na legge n.º 102 (Lei n.º 102), de 3 de agosto de 2009, dispõe que "a Agenzia delle dogane e dei monopoli autoriza a prorrogação da relação contratual de concessão existente relativa à angariação, inclusivamente à distância, das lotarias nacionais instantâneas, até ao último prazo previsto no artigo 4.º, n.º 1, do ato de concessão, de modo a assegurar receitas novas e mais elevadas para o orçamento de Estado no valor de 50 milhões de euros em 2017 e 750 milhões de euros em 2018", fazendo-o:

– através da prorrogação temporária da única relação contratual de concessão existente, em vez de se proceder à eventual renovação mediante uma pluralidade de concessões conforme previsto no artigo 21.º, n.º 4, do decreto legge n.º 78 (Decreto-Lei n.º 78), de 1 de julho de 2009 convertido, com alterações, na Legge n.º 102 (Lei n.º 102), de 3 de [agosto] de 2009, e sem a abertura de um novo concurso;

– num momento anterior à caducidade da concessão: o Decreto-Lei n.º 148 de 2017 entrou em vigor em 16 de outubro de 2017, ou seja, no mesmo dia da publicação na Gazzetta Ufficiale italiana (Jornal Oficial), ao passo que a concessão deveria ter caducado em 30 de setembro de 2019 seguinte;

– de modo a assegurar receitas novas e mais elevadas para o orçamento de Estado no valor de 50 milhões de euros em 2017 e 750 milhões de euros em 2018, modificando assim alguns aspetos relativos às modalidades e ao prazo de pagamento do preço da concessão, bem como, potencialmente, ao montante global do pagamento devido do ponto de vista da sua onerosidade, em especial com as alterações dos prazos de pagamento, antecipando-os relativamente ao previsto na concessão inicial, tendo em consideração — segundo a argumentação d[a recorrente] — o facto objetivo e conhecido do valor do tempo em termos financeiros?

3) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigos 49.º e seguintes e 56.º e seguintes TFUE), bem como os princípios [de direito da União Europeia] da segurança jurídica, da não discriminação, da transparência e imparcialidade, da livre concorrência, da proporcionalidade, da confiança legítima e da coerência, bem como — se forem considerados aplicáveis — os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23/UE, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação, como a dos atos de execução do referido decreto e, em especial, da comunicação da Agenzia delle Dogane e dei Monopoli [Protocolo n.º] 0133677, de 1 de dezembro de 2017, que, em execução expressa do disposto no artigo 20.º, n.º 1, do decreto legge n.º 148 (Decreto-Lei n.º 148), de 16 de outubro de 2017, e com base no disposto no artigo 4.º, primeiro parágrafo, do contrato de concessão para a gestão das lotarias instantâneas, que prevê a possibilidade de renovação da mesma por uma única vez, redefine o último prazo da relação contratual de concessão para 30 de setembro de 2028; ressalva, em todo o caso, o disposto no mesmo artigo 4.º quanto à subdivisão da duração da concessão em dois períodos de 5 e 4 anos respetivamente (portanto, uma vez decorrido o primeiro período de 5 anos a contar de 1 de outubro de 2019, a prorrogação para o quadriénio seguinte até à data de caducidade em 30 de setembro de 2028 fica subordinada à avaliação positiva, por parte da Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, do desempenho da gestão, que será comunicada até 30 de março de 2024); e dispõe que a sociedade deve pagar um montante de 50 milhões de euros até 15 de dezembro de 2017, um montante de 300 milhões de euros até 30 de abril de 2018 e um montante de 450 milhões de euros até 31 de outubro de 2018:

– prevendo isso, antes de decorrido o prazo inicial da mesma concessão (a comunicação da Agenzia delle Dogane e dei Monopoli [Protocolo n.º] 0133677, foi emitida em 1 de dezembro de 2017, ao passo que o contrato de concessão deveria ter caducado em 30 de setembro de 2019 seguinte);

– assegurando desse modo […] o pagamento antecipado de 800 milhões de euros (50 milhões de euros até 15 de dezembro de 2017; 300 milhões de euros até 30 de abril de 2018; 450 milhões de euros até 31 de outubro de 2018) relativamente a essa data de caducidade (30 de setembro de 2019);

– determinando assim […] a potencial alteração do montante global do pagamento devido, do ponto de vista da sua onerosidade, tendo em consideração — segundo a argumentação d[a recorrente] — o facto objetivo e conhecido do valor do tempo em termos financeiros?

4) Deve o direito da União, em particular o direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigos 49.º e seguintes e 56.º e seguintes TFUE), bem como os princípios [de direito da União Europeia] da segurança jurídica, da não discriminação, da transparência e imparcialidade, da livre concorrência, da proporcionalidade, da confiança legítima e da coerência, bem como — se forem considerados aplicáveis — os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23/UE, ser interpretado no sentido de que se opõe a essa regulamentação mesmo na hipótese de os operadores do setor atualmente interessados em entrar no mercado […] não terem participado no concurso inicialmente organizado para a adjudicação da concessão que devia ter caducado e que foi prorrogada com o concessionário cessante, nas novas condições contratuais descritas, ou se […] a eventual restrição no acesso ao mercado […] se verifica apenas na hipótese da sua participação efetiva no concurso inicial?»

III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

23. Os pedidos de decisão prejudicial foram registados no Tribunal de Justiça em 23 de setembro de 2019. Tendo em conta a sua conexão, o Tribunal de Justiça decidiu apensá-los.

24. Apresentaram observações escritas a Lotterie Nazionali, a Lottomatica Holding, a Sisal, a Stanleybet Malta, a Magellan Robotech, o Governo italiano e a Comissão, que responderam por escrito às questões que lhes foram submetidas pelo Tribunal de Justiça.

IV. Apreciação

A. Precisões preliminares

25. As dúvidas expressadas pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) nos despachos de reenvio dizem sobretudo respeito aos aspetos materiais do litígio, sobre os quais incidem as primeira a terceira questões prejudiciais.

26. Em contrapartida, a quarta questão tem uma natureza mais processual, na medida em que com a mesma se pergunta se tem alguma importância para o litígio o facto de as sociedades recorrentes, «operadores do setor atualmente interessados em entrar no mercado», não terem participado no concurso original.

27. Após efetuar a análise da primeira questão prejudicial, centrarei as minhas reflexões nas segunda e terceira, cujo exame conjunto me parece preferível, dada a sua estreita relação.

28. A título preliminar, importa determinar que norma do direito da União se aplica nesses processos e qual o regime geral que tanto a jurisprudência do Tribunal de Justiça como a Diretiva 2014/23 instituem, no que respeita à modificação das condições das concessões.

29. Devo também dizer que, no litígio, não foi levantada nenhuma objeção destinada a contestar a regulamentação italiana relativa à sujeição deste tipo de lotaria a um regime de concessão, sobre cuja compatibilidade com o direito da União o Tribunal de Justiça já se pronunciou [10].

30. No presente litígio também não está em causa a justificação da duração total da concessão (nove anos iniciais, mais outros nove eventualmente) [11] nem outros aspetos do seu regime [12].

B. Quadro jurídico aplicável

31. Nos termos do artigo 54.º da Diretiva 2014/23, esta «não se aplica às concessões objeto de proposta ou adjudicadas antes de 17 de abril de 2014». Tendo a concessão originária da lotaria nacional instantânea sido adjudicada em 2010, concluir-se-ia, em princípio [13], que esta disposição exclui a aplicação da Diretiva 2014/23 ao litígio [14].

32. Afirmo, desde já, que, independentemente da resposta a esta dúvida, importa, em todo o caso, ter em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça no que diz respeito à incidência dos artigos 49.º e 56.º TFUE, referentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, nas regras relativas aos contratos públicos.

33. Em especial, essa jurisprudência extrai destas duas disposições do TFUE consequências para a questão de saber quando é que as modificações substanciais de um contrato público podem, em princípio, exigir um novo concurso. Este critério é também aplicável aos contratos de concessão de serviços [15].

34. Se, em face de modificações substanciais das condições de uma concessão, esta deva ser objeto de novo concurso, terá de reger-se pelas regras em vigor na data em que a concessão for anunciada e não pelas regras em vigor no momento da adjudicação da concessão originária [16].

[10] Acórdão de 19 de dezembro de 2018, Stanley International Betting e Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; a seguir «Acórdão Stanley International Betting e Stanleybet Malta», n.º 66): «o Tribunal de Justiça validou o recurso a um sistema de concessões no setor dos jogos de fortuna e azar, considerando que este pode constituir um mecanismo eficaz para controlar os operadores ativos no setor dos jogos de fortuna e azar com a finalidade de prevenir a exploração destas atividades com fins criminosos ou fraudulentos (v., neste sentido, Acórdão de 12 de setembro de 2013, Biasci e o., C-660/11 e C-8/12, EU:C:2013:550, n.º 24 e jurisprudência aí referida)».

[11] A duração total de uma concessão poderia constituir um fator relevante. Segundo a jurisprudência, uma «concess[ão] de uma duração que pode ir até quinze anos é suscetível de perturbar ou até impedir o exercício das liberdades garantidas pelos artigos 43.º CE e 49.º CE» [Acórdão de 9 de setembro de 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, n.º 46)].

[12] Resulta da leitura das sentenças proferidas em primeira instância pelo Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional para o Lácio) que houve uma contestação, em que interveio a Sisal, contra o primeiro concurso, que o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu a título definitivo no seu Acórdão n.º 1705/2010.

[13] Acórdão Stanley International Betting e Stanleybet Malta, n.º 34: «segundo jurisprudência constante, estabelecida em matéria de concursos públicos e aplicável por analogia em matéria de concessão de serviços, a diretiva aplicável é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e dirime definitivamente a questão de saber se há ou não obrigação de proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público».

[14] Neste processo, não se pode falar de uma situação puramente interna: a concessão, em razão das suas características, evidencia uma dimensão transfronteiriça certa, superior à nacionalidade, e duas das sociedades recorrentes têm a sua sede fora de Itália.

[15] Acórdão de 13 de abril de 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, n.º 37): «Tendo em vista assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações substanciais introduzidas nas disposições essenciais de um contrato de concessão de serviços podem exigir, em certas hipóteses, a adjudicação de um novo contrato de concessão quando apresentem características significativamente diferentes das do contrato inicial […]».

[16] Acórdão de 18 de setembro de 2019, Comissão/Itália (C-526/17, EU:C:2019:756, n.º 60): «[…] a legislação da União aplicável é a que está em vigor na data dessa alteração [substancial]». Na sua resposta às questões do Tribunal de Justiça, o Governo italiano considera que esta jurisprudência, relativa à Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços não é aplicável uma vez que a Diretiva 2014/23 contém uma regra especial (o artigo 54.º) que não figurava na Diretiva 2004/18/CE. Não partilho deste argumento, que tem caráter circular, dado que o mandato do referido artigo 54.º pressupõe que não tenha havido modificações substanciais.

35. Com base nesta premissa, se as modificações das condições da concessão da lotaria instantânea introduzida pelo Decreto-Lei n.º 148/17 fossem substanciais, a ponto de exigirem um novo concurso, ser-lhe-ia aplicável *ratione temporis* a Diretiva 2014/23 [17].

36. O mesmo critério é aplicável aos casos de prorrogações como a que está aqui em causa, mesmo que tivessem sido visadas no título originário. Se a adjudicação da prorrogação por um novo e longo período (de nove anos) depende de uma avaliação *ad casum* da entidade adjudicante, sem caráter automático [18], parece-me mais razoável que deva ser conforme com o quadro regulamentar em vigor na data em que ocorre.

37. Em todo o caso, os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23 limitam-se a incorporar num texto legislativo a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de contratos públicos:

– O artigo 3.º reflete os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, que servem o «objetivo principal das regras comunitárias em matéria de contratos públicos [de] assegurar a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros» [19].

– O artigo 43.º, ao regulamentar a modificação da concessão durante o seu período de vigência, inspira-se igualmente em critérios jurisprudenciais consolidados [20], segundo os quais, «em princípio, uma alteração substancial de um contrato de concessão […] deve dar lugar a um novo procedimento de adjudicação relativo ao contrato alterado» [21].

38. Por conseguinte, quer em conformidade com a jurisprudência relativa ao respeito da liberdade de estabelecimento ou da livre prestação de serviços, quer em conformidade com os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23, substancialmente o resultado será mesmo.

39. Quanto à não aplicação *ratione materiae* que decorreria do considerando 35 da Diretiva 2014/23 [22], a que se refere a Lotterie Nazionali [23], basta observar que, no caso em apreço, houve um processo concorrencial de adjudicação que foi publicitado.

[17] O Decreto-Lei n.º 148/17 e a subsequente nota da ADM são posteriores à data-limite de transposição da Diretiva 2014/23 (18 de abril de 2016, em conformidade com o seu artigo 51.º, n.º 1).

[18] Nas suas respostas às questões do Tribunal de Justiça, a Stanleybet Malta, a Magellan Robotech e a Comissão sublinham que não havia qualquer obrigação de prosseguir a relação contratual de concessão.

[19] Acórdão de 19 de junho de 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, n.ºs 31 e 32).

[20] O considerando 75 da Diretiva 2014/23 confirma-o: «[é] […] necessário clarificar as condições em que as modificações de uma concessão durante a sua execução exigem um novo procedimento de adjudicação da concessão, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia».

[21] Acórdão de 18 de setembro de 2019, Comissão/Itália (C-526/17, EU:C:2019:756, n.º 59). Tanto nesse acórdão como no de 11 de julho de 11 de julho de 2013, Comissão/Países Baixos (C-576/10, EU:C:2013:510, n.º 54), trata-se da modificação dos aspetos essenciais do contrato. Faz sentido que sejam admissíveis modificações menores ou acidentais e que estas não tornem indispensável um novo concurso. O considerando 75 da Diretiva 2014/23 confirma-o: «[a]s modificações da concessão que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado nível desse valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de concessão».

[22] «Importa excluir do âmbito de aplicação da presente diretiva as concessões relacionadas com a exploração de lotarias adjudicadas por um Estado-Membro a um operador económico com base num direito exclusivo concedido através de um procedimento não publicitado nos termos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais publicadas aplicáveis em conformidade com o TFUE. Esta exclusão justifica-se pela concessão de um direito exclusivo a um operador económico, tornando inaplicável um procedimento de apelo à concorrência, bem como pela necessidade de preservar a possibilidade de os Estados-Membros regularem o setor do jogo a nível nacional por força das suas obrigações em termos de proteção da ordem pública e social».

[23] N.º 9 das suas observações escritas.

C. Regulamentação geral das modificações da concessão

40. Seguindo a linha jurisprudencial acima referida, o artigo 43.º da Diretiva 2014/23 distingue entre as modificações da concessão que podem ocorrer «sem novo procedimento» (n.os 1 e 2) e as outras modificações. Estas últimas são qualificadas de *substanciais*.

41. O n.º 5 deste artigo é explícito ao dispor que «[a]s modificações das disposições de uma concessão durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.os 1 e 2 obrigam a novo procedimento de concessão nos termos da presente diretiva».

42. O elemento central para determinar se uma modificação é essencial e exige a abertura de um novo procedimento encontra-se previsto no n.º 4 do artigo 43.º da Diretiva 2014/23: «[a] modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial […] caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente».

43. Como concretização desta regra geral, o mesmo n.º 4 prevê quatro hipóteses de modificações substanciais, duas das quais podem ser relevantes no caso presente:

– «A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento inicial de adjudicação da concessão, […] teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão» [24].

– «A modificação altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial» [25].

D. Primeira questão prejudicial

44. O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), após ter salientado que as sociedades recorrentes não participaram no concurso organizado nos termos do Decreto-Lei n.º 78/2009, declara que o motivo da sua abstenção poderia ter sido o facto de a renovação da concessão ser apenas eventual, uma vez que dependia do exercício de um poder discricionário conferido à Administração.

45. Acrescenta que esse poder discricionário foi eliminado pelo Decreto-Lei n.º 148/17, que, além disso, entrou em vigor dois anos antes do termo do (primeiro) período de nove anos marcado pelo ato de concessão.

46. Entende, por conseguinte, a que eventual incompatibilidade com a regulamentação europeia reside no facto de o legislador de 2017 ter eliminado, através de um ato normativo, qualquer possibilidade de discricionariedade administrativa quanto à decisão de manter a relação de concessão ou de organizar um novo concurso.

[24] Esta hipótese foi considerada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 7 de setembro de 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, n.º 29): uma «redução importante do seu objeto pode ter como consequência a sua colocação ao alcance de um mais amplo número de operadores económicos».

[25] A origem jurisprudencial desta regra pode ser encontrada no Acórdão de 19 de junho de 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, n.º 37).

47. Na minha opinião, o primeiro elemento que importa salientar consiste no facto de a prorrogação da relação contratual de concessão durante um período suplementar de nove anos já constar do ato originário, que, por sua vez, estava em conformidade com o Decreto-Lei n.º 78/2009.

48. Este elemento é importante porque, ao *ativar* esta previsão, esse ato era respeitado, pela simples aplicação de uma das previsões do acordo de concessão originário.

49. Como desenvolverei mais adiante, o exercício do poder de prorrogar a concessão, uma só vez, durante o novo período de nove anos, não modificou o modelo originário, que era conforme com o sistema de concessionário múltiplo (abrangia até quatro potenciais adjudicatários da concessão).

50. Enquanto tal, esse modelo manteve-se intacto. Ora, como ao pô-lo em prática durante o ano de 2010, *de facto*, apenas um operador económico se tinha proposto a concurso, tornando-se, por conseguinte, concessionário único, a prorrogação da relação contratual de concessão durante os nove anos suplementares, que estava prevista no título originário, devia ser-lhe atribuída.

51. No entanto, é verdade que, também nos termos do título originário, devia ser a Administração concedente a avaliar positivamente o desempenho da gestão do concessionário, a fim de facilitar a passagem para o período posterior de nove anos.

52. Não obstante o que explicarei quanto às condições específicas impostas ao proponente para obter a prorrogação da relação contratual de concessão por nove anos, parece-me indiferente que essa prorrogação tenha sido decidida por decreto-lei, após a Administração concedente ter confirmado que respeitava o interesse público.

53. Com efeito, a ADM, numa nota de 19 de setembro de 2017 [26], avaliou positivamente o desempenho da gestão da Lotterie Nazionali até então e expôs as razões pelas quais era pertinente prorrogar com esta sociedade, em conformidade com o título originário, a relação contratual de concessão por nove anos. Ao proceder a essa avaliação, a ADM utilizou o seu poder discricionário de apreciação, a que se refere o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional).

54. Nessa nota explica-se que a prorrogação da relação contratual de concessão com a Lotterie Nazionali, além de beneficiar os interesses públicos no plano económico, se justificava pelo facto de a avaliação do desempenho dessa sociedade ser positiva [27].

55. Por conseguinte, o Decreto-Lei n.º 148/17 confirmou a oportunidade de se prorrogar a relação contratual de concessão que a ADM já tinha equacionado de forma discricionária.

56. Independentemente das razões para que essa prorrogação fosse determinada por decisão legislativa e não por ato da entidade administrativa pública concedente, a verdade é que esta última já tinha avaliado positivamente, antes da adoção do Decreto-Lei n.º 148/17, o desempenho da gestão do concessionário e tinha aferido o interesse público na prorrogação da relação contratual de concessão.

[26] A nota respondia ao pedido apresentado, em 26 de julho de 2017, pela sociedade concessionária para obter a renovação da concessão.

[27] Segundo a ADM, o concessionário tinha mantido os níveis de receitas exigidos; tinha gerido eficazmente, segundo as indicações fornecidas pela própria ADM, a rede de distribuição física da lotaria nacional instantânea; e tinha procedido com especial atenção ao pagamento correto e atempado da contrapartida devida ao Estado, bem como dos prémios dos consumidores.

1. Concessionário múltiplo e concessionário único

57. Em diversas passagens dos despachos de reenvio, bem como em certas observações dos que se opõem à prorrogação da relação contratual de concessão em benefício da Lotterie Nazionali [28], defende-se que essa prorrogação equivaleria a transformar um sistema de concessionário múltiplo num sistema de concessionário único.

58. Já afirmei que a opção pelo concessionário múltiplo, que constava do Decreto-Lei n.º 78/2009, se mantinha em vigor quando a prorrogação da relação contratual de concessão foi autorizada, sem que, enquanto tal, tivesse sido substituída por um modelo de concessionário único pelo Decreto-Lei n.º 148/17.

59. Expliquei igualmente que a ocorrência de um concessionário único no âmbito deste litígio não decorria da aplicação de uma norma mas sim de uma circunstância puramente factual: apenas um candidato participou no concurso público.

60. Na perspetiva do direito da União, em princípio, qualquer uma dessas opções poderia ser válida, como o Tribunal de Justiça confirmou [29]. No entanto, a escolha, no plano normativo, do modelo de concessionário único exigiria que com este se prossiga, de forma coerente, um objetivo legítimo.

61. Não me parece necessário prosseguir este raciocínio para encontrar a justificação para um modelo de concessionário único, uma vez que esse modelo não ocorre no caso em apreço.

62. É verdade que a nota da ADM de 19 de setembro de 2017 se refere ao sistema de concessionário único, que essa agência pública considerava então preferível [30]. No entanto, são considerações que a ADM fazia a título subsidiário, para a eventualidade de não ser possível manter a prorrogação da relação contratual de concessão com a Lotterie Nazionali como ela própria preconizava [31].

63. Por conseguinte, a discussão sobre uma (inexistente) mudança de modelo parece-me despropositada. A vontade do legislador italiano, também com a adoção do Decreto-Lei n.º 148/17, não foi que as concessões de exploração da lotaria nacional instantânea fossem, daí em diante, conformes com o modelo de concessionário único. Nesse decreto-lei, optou-se simplesmente pela prorrogação da relação contratual de concessão, segundo as cláusulas do ato originário, com a sociedade adjudicatária na sequência de esta ter sido a única proponente num concurso lançado sob o modelo de concessionário múltiplo.

[28] Os defensores da necessidade de um novo concurso sustentam que o Decreto-Lei n.º 148/17, ao ordenar a renovação da concessão, deu lugar a um modelo de concessionário único.

[29] Acórdão Stanley International Betting e Stanleybet Malta, n.º 53 e dispositivo: «os artigos 49.º e 56.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional […] que prevê um modelo de concessionário único para a concessão da gestão do serviço do jogo do loto, mas não para outros jogos, concursos de prognósticos e apostas, aos quais se aplica um modelo de vários concessionários, desde que o órgão jurisdicional nacional estabeleça que a regulamentação nacional prossegue efetivamente, de forma coerente e sistemática, os objetivos legítimos invocados pelo Estado-Membro em causa».

[30] N.º 64 das observações do Governo italiano.

[31] Em especial, declarava que se a solução de optar pela prorrogação da relação contratual de concessão não fosse escolhida, os elementos essenciais do novo concurso deveriam ser regulados por uma regulamentação específica.

E. Segunda e terceira questões prejudiciais

64. O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) reconhece que o Decreto-Lei n.º 148/17 manteve «o mesmo título jurídico (*causa petendi*) e o objeto negocial (*petitum*)» originários. Em especial, o montante total a pagar pela Lotterie Nazionali a título do segundo período de nove anos corresponde ao que figura no ato originário (800 milhões de euros).

65. No entanto, nos despachos de reenvio é salientada uma modificação que diz respeito «às modalidades e ao prazo de pagamento do preço da concessão»: antecipar para 2017 (50 milhões de euros) e para 2018 (750 milhões de euros) [32] o referido pagamento.

66. O tribunal *a quo* acrescenta que essa circunstância poderia determinar «a potencial alteração do montante global do pagamento devido, do ponto de vista da sua onerosidade, tendo em consideração — segundo a argumentação d[a recorrente] — o facto objetivo e conhecido do valor do tempo em termos financeiros».

67. Quem defende que esta nova modalidade de pagamento não constituía uma modificação substancial alega que, tanto na adjudicação de 2010 como na renovação de 2017, o montante devido pelo concessionário era idêntico (800 milhões de euros). Além disso, o pagamento antecipado seria mais oneroso para o concessionário, uma vez que o seu pagamento é devido antes do início do segundo período de nove anos.

68. A resposta às dúvidas do Consiglo di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) exige: a) a comparação entre as modalidades de pagamento em vigor no primeiro e segundo períodos da concessão; e b) determinar se, em caso de essa comparação indicar a existência de uma modificação, esta deve ou não ser qualificada de substancial.

1. Comparação das modalidades de pagamento

69. Na concessão originária, as receitas a favor da Administração concedente ascenderiam a, pelo menos, 500 milhões de euros no primeiro ano (2009) e a 300 milhões de euros para o segundo (2010).

70. Segundo a repartição dos pagamentos introduzida pelo Decreto-Lei n.º 148/17, essas mesmas receitas a favor do orçamento do Estado eram de 50 milhões de euros para o primeiro ano (2017) e 750 milhões de euros para o segundo (2018), o que, na realidade, constituía uma antecipação do pagamento devido relativo ao período da renovação da concessão.

71. Por conseguinte, as novas condições de pagamento implicavam que:

– A primeira fração (50 milhões de euros) do período renovado representava um décimo da prevista (500 milhões de euros) para a primeira fração de pagamento nas disposições aplicáveis à concessão de 2010.

– Em contrapartida, a segunda fração (750 milhões de euros) para o período renovado excedia em mais do dobro a fração correspondente (300 milhões de euros) da concessão originária.

[32] Previam-se três frações: 50 milhões de euros antes de 15 de dezembro de 2017; 300 milhões de euros antes de 30 de abril de 2018; e 450 milhões de euros antes de 31 de outubro de 2018.

72. Por conseguinte, ocorreu uma modificação do ritmo de pagamento da contribuição devida pelo concessionário, e não do seu montante ou da sua divisão em duas frações sucessivas.

73. É razoável supor que, como salienta a Comissão [33], a redução do montante do primeiro pagamento (50 milhões de euros) permitiria ao concessionário preparar-se melhor para o pagamento da segunda fração (750 milhões de euros) relativa ao ano seguinte. Apesar de este último constituir mais do dobro do montante correspondente previsto no Decreto-Lei n.º 78/2009, o concessionário poderia contar, desde o início, com as receitas provenientes da própria concessão, pelo que não é de excluir que, no seu conjunto, o sistema o beneficiasse.

74. No entanto, é verdade que a antecipação em dois anos do pagamento do preço da concessão devido pelo período renovado era suscetível de gerar, por si só, inconvenientes financeiros para o concessionário, análogos àqueles a que qualquer operador económico deve fazer face para antecipar os seus pagamentos como contrapartida de receitas futuras [34].

2. Modificação substancial?

75. Abstraindo, por agora, das outras circunstâncias relativas ao pagamento do preço da concessão, decidir a prorrogação da relação contratual de concessão com a Lotteria Nazionali por mais nove anos não constituía nenhuma modificação (nem substancial nem menor) da própria concessão, uma vez que era conforme com o título originário.

76. A situação seria diferente se a renovação da concessão não tivesse sido prevista, desde o início, no referido título. Nesta hipótese, prorrogar, seja *ex lege*, seja por decisão autónoma da entidade adjudicante, durante nove anos, uma concessão que chegou ao seu termo, sem um concurso público, implicaria sem dúvida uma modificação substancial do contrato de concessão [35].

77. Por conseguinte, a discussão limita-se à questão de saber se a modalidade de pagamento aplicável ao segundo período de concessão divergia *substancialmente* da aplicável ao primeiro.

78. Recorde-se que, para os dois períodos, além do «título jurídico (*causa petendi*) e o objeto negocial (*petitum*)», se mantêm inalterados o pagamento do preço da concessão a efetuar pelo concessionário, bem como a exigência de que este fosse feito em duas frações, relativas ao primeiro e ao segundo ano de cada um desses períodos.

79. Na realidade, a modificação imposta foi a que dizia respeito ao montante parcial destas duas frações, nos termos já expostos, bem como a antecipação, nos anos de 2017 e 2018, desses pagamentos em relação ao início do novo período de concessão que começava em 2019 [36].

33 N.os 47 a 49 das suas observações.

34 É o que sugerem a Lotterie Nazionali (n.º 32, último parágrafo, e n.º 35, segundo travessão, último ponto, das suas observações) e a Lottomatica (n.º 4.3 das suas observações). No entanto, não se pode excluir que, se a Lotterie Nazionali aceitou pagar antecipadamente, foi porque lhe convinha. Caso contrário, faz sentido pensar que não teria assumido a prorrogação da relação contratual de concessão.

35 O Tribunal de Justiça confirmou-o, no que diz respeito a renovações ou prorrogações de concessões italianas, nos Acórdãos de 13 de setembro de 2007, Comissão/Itália (C-260/04, EU:C:2007:508), quanto a concessões para a gestão e a angariação de apostas hípicas; de 14 de julho de 2016, Promoimpresa (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558), quanto a concessões de bens do domínio público; e de 18 de setembro de 2019, Comissão/Itália (C-526/17, EU:C:2019:756), quanto a uma concessão de obras públicas.

36 Nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 148/17, tratava-se, por conseguinte, de «assegurar receitas novas e mais elevadas para o orçamento de Estado […] em 2017 e […] em 2018», isto é, fornecer liquidez já ao longo destes dois anos, em vez de esperar pela receção da contrapartida em 2019 e em 2020.

80. Sem prejuízo da apreciação do tribunal de reenvio, que está em melhores condições para se pronunciar sobre este ponto, tendo em conta o seu conhecimento do litígio, não penso que a modificação dos montantes de cada fração possa ser qualificada de substancial, uma vez que, analisadas as suas vantagens e os seus inconvenientes para o concessionário e para a Administração concedente, não se afigura que alterasse o equilíbrio financeiro da concessão, em benefício deste, ao ponto de exigir um novo concurso.

81. Só uma análise económica mais aprofundada permitiria determinar se o que aparenta constituir um inconveniente para o concessionário (a antecipação dos pagamentos, quando a Lotterie Nazionali ainda não estava em condições de obter as receitas próprias do segundo período de concessão) o era, *de facto*, ou se, pelo contrário, poderia de alguma forma beneficiá-lo, ou se, simplesmente, no seu conjunto, conservava o equilíbrio financeiro originário.

82. A nota da ADM de 19 de setembro de 2017, referindo-se às vantagens da prorrogação da relação contratual de concessão com o seu titular, durante um segundo período de nove anos, não esquece que havia outros operadores dispostos a ocupar o seu lugar [37]. Os despachos de reenvio referem-se igualmente aos «operadores do setor atualmente interessados em entrar no mercado».

83. No entanto, as expectativas das sociedades recorrentes não podem prevalecer sobre o facto, inegável, de que a concessão originária visava, *ab initio*, a sua eventual renovação, sem concorrência com terceiros, durante um segundo período de nove anos. Essas expectativas podem desenvolver todo o seu potencial no termo desse período (não renovável) de nove anos.

84. Por seu turno, a Lottomatica Holding e a Lotterie Nazionali alegam [38], que a antecipação, em 2017, da decisão de prorrogar a relação contratual de concessão se justificava uma vez que, se assim não fosse, teria sido necessário um período suficiente para lançar um novo concurso e ter um concessionário em 30 de setembro de 2019.

85. Cabe ao tribunal de reenvio determinar se existia esse motivo ou qualquer outro motivo para iniciar contactos com o concessionário antes do termo do primeiro período de nove anos e para decidir, então, a prorrogação da relação contratual de concessão para o segundo período, de igual duração.

86. Em todo o caso, considero que este fator é irrelevante para a questão de saber se as alterações impostas ao pagamento da contrapartida podem ser qualificadas de modificações substanciais da concessão. O que importa, a este respeito, é ter em conta o conteúdo dessas modificações e não o momento em que a Administração concedente decidiu impô-las.

87. As circunstâncias temporais em que a ADM adotou essa decisão poderiam condicionar outros elementos da sua fiscalização jurisdicional (por exemplo, por revelarem um eventual desvio de poder), mas não as considero relevantes para apreciar se houve modificação substancial das condições da concessão.

[37] O interesse de terceiros no acesso à concessão é reconhecido pela Lottomatica e pela Lotterie Nazionali nas suas observações (n.os 4.2 e 26, quando justificam que o processo de renovação seja antecipado, tendo em conta o número de litígios surgidos no âmbito dos concursos públicos no setor do jogo em Itália. As sociedades recorrentes, tendo tomado conhecimento de que o Decreto-Lei n.º 148/17, tinha sido adotado, dirigiram-se rapidamente à ADM para lhe manifestarem o seu interesse na concessão (cartas da Sisal de 31 de outubro e de 9 de novembro de 2017, e da Stanleybet Malta, de 8 de novembro de 2017, anexas às suas observações).

[38] N.os 4.2 e 26 das suas observações escritas, respetivamente.

88. Em suma, estando o litígio circunscrito a decidir a questão de saber se a modificação da sequência dos pagamentos poderia ser considerada substancial, «caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente» (artigo 43.º, n.º 4, da Diretiva 2014/23), a minha opinião é negativa, insistindo embora que cabe ao tribunal *a quo* a última palavra sobre esse ponto.

F. Quarta questão prejudicial

89. Com a sua última questão prejudicial, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) pretende saber, no essencial, se as sociedades recorrentes, embora não tendo participado no concurso originário para a adjudicação da concessão «que foi prorrogada com o concessionário cessante, nas novas condições contratuais descritas [no despacho de reenvio]», podem impugnar a renovação da concessão.

90. O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) entende que essas sociedades poderiam ter um interesse legítimo não na renovação do concurso, mas sim em que a Administração adjudicante exerça o seu poder discricionário, após o termo do primeiro período de concessão [39]. Por conseguinte, para estes efeitos seria irrelevante que tivessem participado ou não no concurso de 2010.

91. Em regra, segundo o Tribunal de Justiça, «[à] luz do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, a participação num procedimento de adjudicação de concurso público pode, em princípio, validamente constituir uma condição cuja satisfação é exigida para que a pessoa em causa possua interesse na obtenção do contrato público ou possa vir a sofrer danos em consequência da natureza alegadamente ilegal da decisão de adjudicação» [40].

92. Ora, na minha opinião, esta regra geral não é aplicável a este litígio, em que não está em causa esclarecer se quem não participou como proponente no procedimento de seleção do concessionário tem legitimidade para agir contra a decisão (inicial) de adjudicação. A questão que aqui se coloca é a de saber se, no âmbito da renovação da concessão, as sociedades recorrentes podiam invocar o seu interesse em que essa renovação fosse sujeita a concurso e, assim, optar pela sua adjudicação.

93. A resposta está relacionada com as questões de fundo já abordadas, ou seja, com a questão de saber se as modificações no regime de pagamento do preço da concessão para o seu segundo período eram suficientemente significativas para alterar de modo substancial os termos originários dessa concessão.

94. Ora, para verificar se essas modificações tinham ou não natureza substancial, o que implicaria a obrigação de proceder a um novo concurso no qual poderiam participar, há que reconhecer aos operadores interessados a faculdade de agirem jurisdicionalmente no sentido de obterem essa verificação.

[39] É o que decorre da alínea c.9) do n.º 12 dos despachos de reenvio.

[40] Acórdão de 28 de novembro de 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e o. (C-328/17, EU:C:2018:958, n.º 46).

V. Conclusão

95. Atendendo ao exposto, proponho que se responda ao Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) nos seguintes termos:

«Os artigos 49.º e 56.º TFUE, bem como os artigos 3.º e 43.º da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, devem ser interpretados no sentido de que:

1) Quando o título originário de uma concessão para a angariação das apostas das lotarias nacionais instantâneas prevê a prorrogação da relação contratual de concessão durante um segundo período de nove anos, em benefício do mesmo concessionário, esses artigos não se opõem a que essa medida seja determinada por uma norma com força de lei, após a administração concedente ter confirmado que a prorrogação da relação respeitava o interesse público e era conforme com o título originário.

2) Sem prejuízo da verificação que compete ao órgão jurisdicional de reenvio, não têm natureza substancial, na aceção do artigo 43.º da Diretiva 2014/23, as modificações das condições de uma concessão que, conservando o mesmo título, o mesmo objeto jurídico, o mesmo montante do preço da concessão e o seu pagamento em duas frações, se limitam a alterar os montantes parciais devidos pelo concessionário em cada uma dessas frações.

3) Os operadores interessados em obter a exploração da concessão têm legitimidade para impugnar a prorrogação da relação contratual de concessão em benefício do concessionário, com base no facto de as condições a que essa prorrogação está sujeita constituírem uma modificação substancial da concessão originária. Para estes efeitos, é irrelevante que esses operadores não tenham participado no concurso inicial.»