Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 21. Januar 2021 [1]

**Verbundene Rechtssachen C-721/19 und C-722/19**

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

(Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato [Staatsrat, Italien])

„Vorabentscheidungsverfahren – Niederlassungsfreiheit – Freier Dienstleistungsverkehr – Beschränkungen – Richtlinie 2014/23/EU – Art. 3 und 43 – Öffentliche Auftragsvergabe – Verfahren zur Auswahl von Konzessionsnehmern – Sofortlotterien – Nationale Regelung, die die Erneuerung einer Konzession ohne Durchführung einer Ausschreibung anordnet – Änderung der Konzessionsbedingungen – Wesentliche Änderungen – Recht auf Zugang zum Nachprüfungsverfahren"

1. Zu den in Italien genehmigten Arten von Glücksspielen gehört die sogenannte „nationale Sofortlotterie" [2], für deren Betrieb im Jahr 2009 eine Konzession erteilt wurde. Der öffentliche Auftraggeber wählte den Konzessionsnehmer in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren aus, das auf dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots beruhte.

2. Durch das Gesetzesdekret Nr. 78/2009 [3] wurde für die nationale Sofortlotterie ein System für die Konzessionsvergabe eingeführt, bei dem bis zu vier Konzessionsnehmer ausgewählt werden konnten. Die Konzession hatte eine Laufzeit von neun Jahren und konnte einmalig um denselben Zeitraum verlängert werden.

[1] Originalsprache: Spanisch.

[2] Es handelt sich um Lotterien des Typs „Rubbellose", bei denen die Teilnehmer das Ergebnis ihrer Wette sofort erfahren können. Nach dem Kauf des Loses wird die aufgedruckte, verdeckte prämierte Zufallskombination durch Abrubbeln eines bestimmten Feldes auf dem Los freigelegt.

[3] Gesetzesdekret Nr. 78/2009 vom 1. Juli 2009 über „Maßnahmen zur Bekämpfung der Krise und Verlängerung von Fristen" (GURI Nr. 150 vom 1. Juli 2009), das durch das Gesetz Nr. 102 vom 3. August 2009 (GURI Nr. 179 vom 4. August 2009) mit Änderungen in ein Gesetz umgewandelt wurde (im Folgenden: Gesetzesdekret Nr. 78/2009).

3. An der Ausschreibung nahm nur ein Bieter, die Lotterie Nazionali Srl (im Folgenden: Lotterie Nazionali), teil, an die die einzige Konzession vergeben wurde.

4. Zwei Jahre vor Ablauf des ursprünglichen Zeitraums (2010/2019) wurde der öffentliche Auftraggeber durch einen neuen Rechtsakt, das Gesetzesdekret Nr. 148/2017 [4], verpflichtet, „die Fortsetzung des bestehenden Konzessionsverhältnisses … bis zu dem in … der Konzessionsurkunde vorgesehenen Endtermin“ [5], also bis 2028, zu genehmigen.

5. Der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) bezweifelt, dass die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses über diesen Zeitraum, ohne ein neues Ausschreibungsverfahren zu eröffnen, mit dem Recht auf freien Dienstleistungsverkehr und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV und 56 AEUV) und der Richtlinie 2014/23/EU [6] vereinbar ist.

6. Außerdem fragt er, ob Wirtschaftsteilnehmer des Sektors, die an der ursprünglichen Ausschreibung nicht teilgenommen haben, der Erneuerung widersprechen und die Eröffnung eines neuen Ausschreibungsverfahrens verlangen können.

## I. Rechtlicher Rahmen

### *A. Unionsrecht. Richtlinie 2014/23*

7. Art. 3 („Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz“) sieht vor:

„(1) Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und in nichtdiskriminierender Weise und wahren in ihrem Handeln Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

…“

8. Art. 43 („Vertragsänderungen während der Vertragslaufzeit“) bestimmt:

„(1) Konzessionen können in den folgenden Fällen ohne Durchführung eines neuen Konzessionsvergabeverfahrens im Einklang mit dieser Richtlinie geändert werden:

a) wenn die Änderungen, unabhängig von ihrem Geldwert, in den ursprünglichen Konzessionsunterlagen in Form von klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln, die auch Wertüberprüfungsklauseln beinhalten können, oder Optionen vorgesehen sind. Entsprechende Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können. Sie dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den Gesamtcharakter der Konzession verändern würden;

…

[4] Gesetzesdekret Nr. 148/2017 vom 16. Oktober 2017 über „Sofortmaßnahmen im Finanzwesen und für unaufschiebbare Bedürfnisse“ (GURI Nr. 242 vom 16. Oktober 2017), das durch das Gesetz Nr. 172 vom 4. Dezember 2017 (GURI 284 vom 5. Dezember 2017) in ein Gesetz umgewandelt wurde (im Folgenden: Gesetzesdekret Nr. 148/2017).

[5] In einigen Passagen der Vorlagebeschlüsse (beispielsweise in Abschnitt 12, Buchst. c.8) führt das vorlegende Gericht aus, dass die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses im Wesentlichen seiner Erneuerung oder Verlängerung gleichzusetzen sei.

[6] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014, L 94, S. 1).

e) wenn die Änderungen, unabhängig von ihrem Wert, nicht wesentlich im Sinne des Absatzes 4 sind.

…

(4) Eine Änderung einer Konzession während ihrer Laufzeit gilt als wesentlich im Sinne des Absatzes 1 Buchstabe e, wenn sie dazu führt, dass sich die Konzession erheblich von der ursprünglich vergebenen Konzession unterscheidet. Unbeschadet der Absätze 1 und 2 gilt eine Änderung in jedem Fall als wesentlich, wenn eine oder mehrere der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist/sind:

a) [M]it der Änderung werden Bedingungen eingeführt, die – wenn sie für das ursprüngliche Konzessionsvergabeverfahren gegolten hätten – die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglicht hätten oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Konzessionsvergabeverfahren geweckt hätten;

b) mit der Änderung wird das wirtschaftliche Gleichgewicht der Konzession zugunsten des Konzessionsnehmers in einer Weise verschoben, die in der ursprünglichen Konzession nicht vorgesehen war;

…

(5) Ein neues Konzessionsvergabeverfahren im Einklang mit dieser Richtlinie ist erforderlich bei anderen als den in den Absätzen 1 und 2 vorgesehenen Änderungen der Bestimmungen einer Konzession während ihrer Laufzeit.“

## *B. Italienisches Recht*

### *1. Gesetzesdekret Nr. 78/2009*

9. Art. 21 („Gewährung von Spielkonzessionen“) sieht vor:

„(1) Zur Gewährleistung des Schutzes wesentlicher öffentlicher Interessen bei den Tätigkeiten der Annahme der Spieleinsätze wird die Leitung dieser Tätigkeiten, wenn sie an außerhalb der öffentlichen Verwaltung stehende Personen übertragen werden, immer durch eine Konzession übertragen, die gemäß den gemeinschafts- und nationalrechtlichen Grundsätzen und Vorschriften im Regelfall an mehrere Personen vergeben wird, die durch offene, wettbewerbsorientierte und nichtdiskriminierende Verfahren ausgewählt werden. … [D]as Ministerium für Wirtschaft und Finanzen – Autonome Verwaltung der Staatsmonopole [leitet] daher im Hinblick auf das nächste Ablaufen der für die Veranstaltung dieser Spielform gültigen Konzession … die Verfahren ein, die erforderlich sind, um die Konzession auch für die im Fernabsatz erfolgende Annahme der Spieleinsätze für diese Lotterien rechtzeitig an die höchstqualifizierten nationalen und gemeinschaftlichen Spielveranstalter zu vergeben, deren Anzahl jedenfalls nicht höher als vier sein darf und die die geeigneten Anforderungen an die moralische, technische und wirtschaftliche Verlässlichkeit erfüllen.

…

(3) Die Auswahl durch Ausschreibung zur Vergabe der Konzession beruht auf dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots, in dessen Rahmen folgenden Kriterien Vorrang eingeräumt wird: a) Erhöhung der Angebote in Bezug auf einen im Voraus festgelegten Grundbetrag, so dass unabhängig von der endgültigen Zahl der Zuschlagsempfänger insgesamt jedenfalls Einnahmen von mindestens 500 Mio. Euro im Jahr 2009 und mindestens 300 Mio. Euro im Jahr 2010 gewährleistet sind;

…

(4) Die gegebenenfalls höchstens einmal verlängerbaren Konzessionen nach Absatz 1 haben eine Höchstdauer von neun Jahren, die in zwei Zeiträume von fünf bzw. vier Jahren aufgeteilt ist. Die Fortführung der Konzession über den zweiten Zeitraum hängt von der positiven Beurteilung des bisherigen Betriebs seitens des Konzessionärs durch die konzessionserteilende Verwaltung ab, die vor dem Ende des ersten Halbjahrs des fünften Konzessionsjahrs abzugeben ist."

### *2. Gesetzesdekret Nr. 148/2017*

10. Art. 20 Abs. 1 sieht vor:

„Gemäß Artikel 21 Absätze 3 und 4 des Gesetzesdekrets Nr. 78 vom 1. Juli 2009, das durch das Gesetz Nr. 102 vom 3. August 2009 mit Änderungen in ein Gesetz umgewandelt wurde, erteilt die Agentur für Zölle und Monopole die Genehmigung für die Fortsetzung des bestehenden Konzessionsverhältnisses in Bezug auf die Annahme der Spieleinsätze – auch im Fernabsatz – für die nationalen Sofortlotterien bis zu dem in Artikel 4 Absatz 1 der Konzessionsurkunde vorgesehenen Endtermin, so dass neue und höhere Einnahmen für den Staatshaushalt in Höhe von 50 Millionen Euro für das Jahr 2017 und 750 Millionen Euro für das Jahr 2018 gewährleistet sind".

## II. Sachverhalt, nationales Verfahren und Vorlagefragen

11. Mit Ausschreibungen, die am 15. August 2009 und am 2. April 2010 im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht wurden, leitete die Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (Autonome Verwaltung der Staatsmonopole) das „Auswahlverfahren zur Vergabe der Konzession für die Veranstaltung der als ‚nationale Sofortlotterien' bezeichneten öffentlichen Glücksspiele" ein[7].

12. Die Auftragsunterlagen sahen Folgendes vor[8]:

– Die indirekte Veranstaltung der Lotterien wird immer durch eine Konzession vergeben.

– Die Konzessionen werden im Regelfall an mehrere, aber nicht mehr als vier Personen vergeben, die durch offene, wettbewerbsorientierte und nicht diskriminierende Verfahren ausgewählt werden.

– Die Konzessionsnehmer müssen einen Prozentsatz ihrer Einnahmen als Vergütung abführen.

[7] Nach den Vorlagebeschlüssen (Abschnitt 3.1) wurde diese Art Lotterie aufgrund einer Vereinbarung vom 14. Oktober 2003 bis zum 31. Mai 2010 von dem Konsortium Lottomatica (das später zur Lotterie Nazionali wurde) betrieben. Lotterie Nazionali wird von der Lottomatica Holding Srl, die 64 % ihrer Anteile besitzt, kontrolliert.

[8] In den Ausschreibungsunterlagen wurde im Wesentlichen Art. 21 des Gesetzesdekrets Nr. 78/2009 wiedergegeben.

– Die Auswahl der Konzessionsnehmer erfolgt nach dem Grundsatz des wirtschaftlich günstigsten Angebots, u. a. nach dem Kriterium der Erhöhung der Angebote in Bezug auf einen im Voraus festgelegten Grundbetrag, so dass unabhängig von der endgültigen Zahl der Zuschlagsempfänger insgesamt jedenfalls Einnahmen von mindestens 500 Mio. Euro im Jahr 2009 und mindestens 300 Mio. Euro im Jahr 2010 gewährleistet sind.

– Die gegebenenfalls höchstens einmal verlängerbaren Konzessionen haben eine Höchstdauer von neun Jahren, die in zwei Zeiträume von fünf bzw. vier Jahren aufgeteilt ist. Die Fortführung der Konzession über den zweiten Zeitraum hängt von der positiven Beurteilung des bisherigen Betriebs seitens des Konzessionärs durch die konzessionserteilende Verwaltung ab, die vor dem Ende des ersten Halbjahrs des fünften Konzessionsjahrs abzugeben ist.

13. An der Ausschreibung nahm lediglich Lotterie Nazionali teil, an die die einzige Konzession vergeben wurde.

14. Nach Ablauf des ersten Zeitraums von fünf Jahren genehmigte die Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Agentur für Zölle und Monopole, im Folgenden: ADM)[9] die Fortführung der Konzession über einen zweiten Zeitraum von vier Jahren bis zum 30. September 2019.

15. Am 26. Juli 2017 beantragte Lotterie Nazionali bei der ADM die Anwendung der Klausel über die Fortführung der Konzession über einen Zeitraum von weiteren neun Jahren.

16. In einer Mitteilung vom 19. September 2017 stellte die ADM fest, dass die beantragte Fortführung dem öffentlichen Interesse entspreche.

17. Am 16. Oktober 2017 trat Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148/2017 in Kraft.

18. Aufgrund dieser Bestimmung legte die ADM in einer Mitteilung vom 1. Dezember 2017 vorbehaltlich förmlicher Annahme der in Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148/17 geregelten Bedingungen durch den Konzessionsnehmer, die noch am selben Tag erfolgte, den 30. September 2028 als Endtermin für die Konzession fest.

19. Die Gesellschaften Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd und Magellan Robotech Limited (im Folgenden: rechtsmittelführende Gesellschaften) fochten diese Entscheidung vor dem Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Italien) an, das ihre Klagen mit den Urteilen Nrn. 9730/2018 und 9734/2018, beide vom 4. Oktober 2018, abwies.

20. Die rechtsmittelführenden Gesellschaften fochten diese Urteile vor dem Consiglio di Stato (Staatsrat) an. Die ADM und Lotterie Nazionali fochten sie mit Anschlussrechtsmittel ebenfalls an, soweit ihre Zulässigkeitseinreden zurückgewiesen worden waren.

21. Mit „Zwischenurteilen“ Nrn. 6079 und 6080 vom 3. November 2019 hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) die Anschlussrechtsmittel der ADM und von Lotterie Nazionali zurückgewiesen und in der Sache die Vereinbarkeit von Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148/17 mit dem Unionsrecht in Zweifel gezogen.

[9] Die ADM ist die Nachfolgerin der Autonomen Verwaltung der Staatsmonopole.

22. Vor diesem Hintergrund hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist das Unionsrecht, insbesondere das Niederlassungsrecht und das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV) sowie die unionsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz, der Unparteilichkeit, der Wettbewerbsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes und der Kohärenz sowie – soweit sie für anwendbar erachtet werden – die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23, dahin auszulegen, dass es einer Regelung wie der in Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148 vom 16. Oktober 2017 und den folgenden Durchführungsakten enthaltenen entgegensteht, die Folgendes bestimmt: *„(1) Gemäß Art. 21 Abs. 3 und 4 des Gesetzesdekrets Nr. 78 vom 1. Juli 2009, das durch das Gesetz Nr. 102 vom 3. August 2009 mit Änderungen in ein Gesetz umgewandelt wurde, erteilt die Agentur für Zölle und Monopole die Genehmigung für die Fortsetzung des bestehenden Konzessionsverhältnisses in Bezug auf die Annahme der Spieleinsätze – auch im Fernabsatz – für die nationalen Sofortlotterien bis zu dem in Art. 4 Abs. 1 der Konzessionsurkunde vorgesehenen Endtermin, so dass neue und höhere Einnahmen für den Staatshaushalt in Höhe von 50 Mio. Euro für das Jahr 2017 und 750 Mio. Euro für das Jahr 2018 gewährleistet sind*“, in einer Situation, in der

   – Art. 21 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 78 vom 1. Juli 2009, das durch das Gesetz Nr. 102 vom 3. August 2009 mit Änderungen in ein Gesetz umgewandelt wurde, vorgesehen hat, dass die zu prüfenden Konzessionen im Regelfall an mehrere Personen vergeben werden, die durch offene, wettbewerbsorientierte und nicht diskriminierende Verfahren ausgewählt werden,

   – Art. 21 Abs. 4 des Dekrets vorgesehen hat, dass die in Abs. 1 genannten Konzessionen gegebenenfalls höchstens einmal verlängert werden können,

   – die rechtsmittelführenden Gesellschaften an der im Jahr 2010 durchgeführten Ausschreibung nicht teilgenommen haben,

   – das konkrete bestehende Verhältnis ursprünglich mit einem einzigen Konzessionsnehmer im Anschluss an eine öffentliche Ausschreibung eingegangen worden ist, in der nur ein einziges Angebot eingereicht worden war,

   – die Fortsetzung des bestehenden Konzessionsverhältnisses konkret zur Folge haben würde, dass dieses Verhältnis ohne weitere Ausschreibung nur mit diesem einzigen Konzessionsnehmer fortgesetzt würde, anstatt mit mehreren Personen ein neues Verhältnis einzugehen?

2. Ist das Unionsrecht, insbesondere das Niederlassungsrecht und das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV) sowie die unionsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz, der Unparteilichkeit, der Wettbewerbsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes und der Kohärenz sowie – soweit sie für anwendbar erachtet werden – die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23, dahin auszulegen, dass es einer Regelung wie der in Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148 vom 16. Oktober 2017 und den folgenden Durchführungsakten enthaltenen entgegensteht, die in erklärter Anwendung des Art. 21 Abs. 3 und 4 des Gesetzesdekrets Nr. 78 vom 1. Juli 2009, das durch das Gesetz Nr. 102 vom 3. August 2009 mit Änderungen in ein Gesetz umgewandelt wurde, Folgendes bestimmt: *„[Die] Agentur für Zölle und Monopole [erteilt] die Genehmigung für die Fortsetzung des bestehenden Konzessionsverhältnisses in Bezug auf die Annahme der*

*Spieleinsätze – auch im Fernabsatz – für die nationalen Sofortlotterien bis zu dem in Art. 4 Abs. 1 der Konzessionsurkunde vorgesehenen Endtermin, so dass neue und höhere Einnahmen für den Staatshaushalt in Höhe von 50 Mio. Euro für das Jahr 2017 und 750 Mio. Euro für das Jahr 2018 gewährleistet sind*", und dies vorsieht

– durch die befristete Fortsetzung des einzigen bestehenden Konzessionsverhältnisses anstelle etwaiger Erneuerungen mehrerer Konzessionen gemäß Art. 21 Abs. 4 des Gesetzesdekrets Nr. 78 vom 1. Juli 2009, das durch das Gesetz Nr. 102 vom 3. August 2009 mit Änderungen in ein Gesetz umgewandelt wurde, und ohne Durchführung einer neuen Ausschreibung,

– zu einem Zeitpunkt, der vor dem Ablauf der Konzession liegt: Das Gesetzesdekret Nr. 148 von 2017 trat am 16. Oktober 2017 in Kraft, d. h. zum Zeitpunkt der Veröffentlichung im italienischen Amtsblatt, während die Konzession danach am 30. September 2019 ablaufen sollte,

– so dass neue und höhere Einnahmen für den Staatshaushalt in Höhe von 50 Mio. Euro für das Jahr 2017 und 750 Mio. Euro für das Jahr 2018 gewährleistet sind, und dadurch bestimmte Aspekte geändert werden, die die Modalitäten und Frist für die Zahlung der Vergütung der Konzession sowie potenziell den Gesamtbetrag der geschuldeten Zahlung im Hinblick auf die durch sie verursachte Belastung betreffen, insbesondere durch Änderung der Zahlungsfristen, indem sie gegenüber den in der ursprünglichen Konzession vorgesehenen Fristen vorgezogen werden, wenn die – entsprechend dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen – objektive und offenkundige Tatsache berücksichtigt wird, dass der Zeit ein finanzieller Wert zukommt?

3. Ist das Unionsrecht, insbesondere das Niederlassungsrecht und das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV) sowie die unionsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz, der Unparteilichkeit, der Wettbewerbsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes und der Kohärenz sowie – soweit sie für anwendbar erachtet werden – die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23, dahin auszulegen, dass es einer Regelung wie der in den Durchführungsakten des genannten Dekrets und insbesondere in der Mitteilung mit der Protokoll-Nr. 0133677 der Agentur für Zölle und Monopole vom 1. Dezember 2017 enthaltenen entgegensteht, die in erklärter Durchführung von Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148 vom 16. Oktober 2017 und aufgrund von Art. 4 Abs. 1 der Konzessionsvereinbarung für die Veranstaltung nationaler Sofortlotterien, wonach diese höchstens einmal verlängerbar ist, den Endtermin des Konzessionsverhältnisses auf den 30. September 2028 neu festlegt, aber jedenfalls Art. 4 in Bezug auf die Aufteilung der Konzessionsdauer in zwei Zeiträume von fünf bzw. vier Jahren unberührt lässt (so dass nach Ablauf des ersten Fünf-Jahres-Zeitraums ab 1. Oktober 2019 die Fortsetzung für den letzten Vier-Jahres-Zeitraum bis zum 30. September 2028 von der positiven Beurteilung des bisherigen Betriebs seitens des Konzessionärs durch die Agentur für Zölle und Monopole abhängt, die bis zum 30. März 2024 abzugeben ist), und bestimmt, dass die Gesellschaft einen Betrag von 50 Mio. Euro bis zum 15. Dezember 2017, einen Betrag von 300 Mio. Euro bis zum 30. April 2018, und einen Betrag von 450 Mio. Euro bis zum 31. Oktober 2018 zahlen wird,

– und dies vorsieht, bevor die ursprüngliche Laufzeit der Konzession endete (die Mitteilung mit der Protokoll-Nr. 0133677 der Agentur für Zölle und Monopole wurde am 1. Dezember 2017 erlassen, während der Konzessionsvertrag danach am 30. September 2019 ablaufen sollte),

– und damit die vorgezogene Zahlung von 800 Mio. Euro binnen vorverlegter Fristen (50 Mio. Euro bis zum 15. Dezember 2017, 300 Mio. Euro bis zum 30. April 2018 und 450 Mio. Euro bis zum 31. Oktober 2018) gegenüber jener Laufzeit (30. September 2019) gewährleistet

– und damit zur potenziellen Änderung des Gesamtbetrags der geschuldeten Zahlung im Hinblick auf die durch sie verursachte Belastung führt, wenn die – entsprechend dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen – objektive und offenkundige Tatsache berücksichtigt wird, dass der Zeit ein finanzieller Wert zukommt?

4. Ist das Unionsrecht, insbesondere das Niederlassungsrecht und das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV) sowie die unionsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz, der Unparteilichkeit, der Wettbewerbsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes und der Kohärenz sowie – soweit sie für anwendbar erachtet werden – die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23, dahin auszulegen, dass es einer solchen Regelung auch dann entgegensteht, wenn die Wirtschaftsteilnehmer des Sektors, die gegenwärtig am Marktzugang interessiert sind, nicht an der ursprünglich durchgeführten Ausschreibung zur Vergabe der mit dem ausscheidenden Konzessionsnehmer fortgesetzten ablaufenden Konzession zu den beschriebenen neuen Vertragsbedingungen teilgenommen haben, oder tritt die etwaige Beschränkung des Marktzugangs nur im Fall ihrer tatsächlichen Teilnahme an der ursprünglichen Ausschreibung ein?

## III. Verfahren vor dem Gerichtshof

23. Die Vorabentscheidungsersuchen sind am 23. September 2019 beim Gerichtshof eingegangen. Da sie zusammenhängen, hat der Gerichtshof sie durch Beschluss miteinander verbunden.

24. Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, die italienische Regierung und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und die Fragen des Gerichtshofs schriftlich beantwortet.

## IV. Würdigung

### *A. Einleitende Klarstellungen*

25. Die Zweifel, die der Consiglio di Stato (Staatsrat) in den Vorlagebeschlüssen äußert, betreffen vor allem die materiellen Aspekte des Rechtsstreits, auf die sich die Vorlagefragen 1 bis 3 beziehen.

26. Die vierte Frage hingegen ist eher prozessualer Art, soweit mit ihr gefragt wird, ob es für den Rechtsstreit irgendeine Bedeutung hat, dass die rechtsmittelführenden Gesellschaften – „Wirtschaftsteilnehmer des Sektors, die gegenwärtig am Marktzugang interessiert sind“ – nicht an der ursprünglich durchgeführten Ausschreibung teilgenommen haben.

27. Nach Prüfung der ersten Frage werde ich meine Überlegungen zur zweiten und zur dritten Frage miteinander verbinden, da diese meines Erachtens wegen ihres engen Zusammenhangs gemeinsam behandelt werden sollten.

28. Vorab ist festzustellen, welche Vorschrift des Unionsrechts vorliegend einschlägig ist und was sowohl die Rechtsprechung als auch die Richtlinie 2014/23 allgemein hinsichtlich der Änderung der Konzessionsbedingungen vorsehen.

29. Ich möchte außerdem unterstreichen, dass in dem Rechtsstreit nicht geltend gemacht wird, die italienische Regelung sei rechtswidrig, weil sie diese Art Lotterie einer Konzessionsregelung unterwerfe. Über deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht hat der Gerichtshof bereits entschieden [10].

30. Auch sind im vorliegenden Rechtsstreit weder die Rechtfertigung der Gesamtdauer der Konzession (anfänglich neun Jahre sowie gegebenenfalls weitere neun Jahre) [11] noch andere Aspekte ihrer Regelung streitig [12].

## *B. Einschlägiger Rechtsrahmen*

31. Nach Art. 54 der Richtlinie 2014/23 findet diese „keine Anwendung auf vor dem 17. April 2014 ausgeschriebene oder vergebene Konzessionen". Da die ursprüngliche Konzession der nationalen Sofortlotterie 2010 vergeben wurde, dürfte nach dieser Vorschrift die Anwendung der Richtlinie 2014/23 auf den Rechtsstreit grundsätzlich [13] ausgeschlossen sein [14].

32. Ich schicke bereits an dieser Stelle voraus, dass unabhängig von der Antwort auf diese Frage in jedem Fall die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Auswirkungen, die Art. 49 AEUV und 56 AEUV über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr auf die Vergabevorschriften haben, berücksichtigt werden muss.

33. Insbesondere leitet diese Rechtsprechung aus den beiden Bestimmungen des AEU-Vertrags Folgen bezüglich der Frage ab, wann wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags grundsätzlich eine neue Ausschreibung erforderlich machen können. Dieses Kriterium gilt auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge [15].

[10] Urteil vom 19. Dezember 2018, Stanley International Betting und Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026, im Folgenden: Urteil Stanley International Betting und Stanleybet Malta, Rn. 66): „[D]er Gerichtshof [hat] im Glücksspielsektor den Rückgriff auf ein Konzessionssystem gebilligt …, weil ein solches System ein wirksamer Mechanismus sein kann, um die in diesem Sektor tätigen Wirtschaftsteilnehmer mit dem Ziel zu kontrollieren, der Ausnutzung dieser Tätigkeiten zu kriminellen oder betrügerischen Zwecken vorzubeugen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. September 2013, Biasci u. a., C-660/11 und C-8/12, EU:C:2013:550, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung)".

[11] Die Gesamtdauer einer Konzession kann ein relevanter Faktor sein. Nach der Rechtsprechung kann „die Vergabe von Konzessionen für eine Dauer von bis zu 15 Jahren … die Ausübung der durch die Art. 43 EG und 49 EG gewährleisteten Freiheiten durch Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten behindern und sogar unmöglich machen" (Urteil vom 9. September 2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506, Rn. 46).

[12] Aus den erstinstanzlichen Urteilen des Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium) ergibt sich, dass Sisal die erste Ausschreibung angefochten und der Consiglio di Stato (Staatsrat) mit seinem Urteil Nr. 1705/2010 abschließend über diese Anfechtung entschieden hatte.

[13] Urteil Stanley International Betting und Stanleybet Malta (Rn. 34): „Nach einer ständigen Rechtsprechung zu öffentlichen Aufträgen, die auf Dienstleistungskonzessionen übertragbar ist, ist grundsätzlich diejenige Richtlinie anwendbar, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht."

[14] In der vorliegenden Rechtssache kann nicht von einem rein internen Sachverhalt gesprochen werden: Wegen ihrer Merkmale weist die Konzession eine gewisse grenzüberschreitende, über die nationale hinausgehende, Dimension auf, und zwei der rechtsmittelführenden Gesellschaften haben ihren Sitz außerhalb Italiens.

[15] Urteil vom 13. April 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, Rn. 37): „Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, könnten wesentliche Änderungen der wesentlichen Bestimmungen eines Dienstleistungskonzessionsvertrags in bestimmten Fällen die Vergabe eines neuen Konzessionsvertrags erfordern, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Konzessionsvertrag".

34. Muss eine Konzession angesichts wesentlicher Änderungen ihrer Bedingungen erneut ausgeschrieben werden, sind die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung und nicht die bei der Vergabe der ursprünglichen Konzession geltenden Vorschriften anzuwenden [16].

35. Sollten also die durch das Gesetzesdekret Nr. 148/17 eingeführten Änderungen der Konzessionsbedingungen für die Sofortlotterie so wesentlich gewesen sein, dass eine neue Ausschreibung erforderlich war, ist auf diese die Richtlinie 2014/23 zeitlich anwendbar [17].

36. Dasselbe gilt für Verlängerungen wie die hier fragliche, auch wenn sie im ursprünglichen Konzessionsvertrag geregelt waren. Hängt die Gewährung der Verlängerung über einen neuen und ausgedehnten Zeitraum (von neun Jahren) von einer einzelfallbezogenen, nicht automatischen Bewertung durch den öffentlichen Auftraggeber ab [18], erscheint es mir logischer, dass sie sich innerhalb des rechtlichen Rahmens zu halten hat, der zu dem Zeitpunkt gilt, in dem sie erfolgt.

37. Jedenfalls wird durch die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23 lediglich die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum öffentlichen Auftragswesen in einen Gesetzestext aufgenommen:

– Art. 3 spiegelt die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz wider, die dem „Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen [der] Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und [der] Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten“ [19] dienen.

– Art. 43 lässt sich bei der Regelung der Änderung von Konzessionen während ihrer Laufzeit ebenfalls von konsolidierten Rechtsprechungskriterien [20] leiten, nach denen „eine wesentliche Änderung eines Vertrags über [eine Konzession] grundsätzlich zu einem neuen Vergabeverfahren über den so geänderten Vertrag führen“ muss [21].

38. Folglich führen die Rechtsprechung zur Achtung der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs bzw. die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23 in der Sache zu demselben Ergebnis.

[16] Urteil vom 18. September 2019, Kommission/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, Rn. 60): „[D]as anwendbare Unionsrecht [ist] jenes …, das zum Zeitpunkt dieser [wesentlichen] Änderung gilt“. In ihrer Antwort auf die Fragen des Gerichtshofs führt die italienische Regierung aus, dass diese Rechtsprechung zur Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge nicht einschlägig sei, da die Richtlinie 2014/23 eine Sonderregel (Art. 54) enthalte, die sich in Ersterer nicht finde. Ich teile dieses Argument nicht, da es auf einem Zirkelschluss beruht, denn Art. 54 setzt voraus, dass es keine wesentlichen Änderungen gegeben hat.

[17] Das Gesetzesdekret Nr. 148/17 und die anschließende Mitteilung der ADM sind nach dem Termin für die Umsetzung der Richtlinie 2014/23 (gemäß Art. 51 Abs. 1 der 18. April 2016) ergangen.

[18] In ihren Antworten auf die Fragen des Gerichtshofs haben Stanleybet Malta, Magellan Robotech und die Kommission vorgebracht, es habe keine *Verpflichtung* zur Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses bestanden.

[19] Urteil vom 19. Juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, Rn. 31 und 32).

[20] Der 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23 bringt dies folgendermaßen zum Ausdruck: „Es muss daher klargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen Änderungen einer Konzession während des Durchführungszeitraums ein neues Konzessionsvergabeverfahren erfordern; dabei ist der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union Rechnung zu tragen.“

[21] Urteil vom 18. September 2019, Kommission/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, Rn. 59). Sowohl in diesem Urteil als auch im Urteil vom 11. Juli 2013, Kommission/Niederlande (C-576/10, EU:C:2013:510, Rn. 54), wird auf die Änderung der wesentlichen Aspekte des Vertrags eingegangen. Es ist logisch, dass geringfügige oder beiläufige Änderungen zulässig sind und nicht zur Folge haben, dass eine neue Ausschreibung unumgänglich wird. Dementsprechend heißt es im 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23: „Änderungen des Konzessionsvertrags, die zu einer geringfügigen Änderung des Vertragswerts bis zu einer bestimmten Höhe führen, sollten jederzeit möglich sein, ohne dass ein neues Konzessionsvergabeverfahren durchgeführt werden muss.“

39. Zur zeitlichen Unanwendbarkeit auf der Grundlage des 35. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23 [22], den Lotterie Nazionali anführt [23], reicht der Hinweis, dass im vorliegenden Fall ein wettbewerbsorientiertes Vergabeverfahren durchgeführt und bekannt gemacht wurde.

### *C. Allgemeine Regelung der Änderung von Konzessionen*

40. Der oben angeführten Rechtsprechung entsprechend unterscheidet Art. 43 der Richtlinie 2014/23 bei Konzessionen zwischen Änderungen, die „ohne Durchführung eines neuen Konzessionsvergabeverfahrens“ vorgenommen werden können (Abs. 1 und 2), und sonstigen Änderungen. Letztere gelten als *wesentlich*.

41. Abs. 5 dieses Artikels schreibt kategorisch vor, dass „[e]in neues Konzessionsvergabeverfahren im Einklang mit dieser Richtlinie … bei anderen als den in den Absätzen 1 und 2 vorgesehenen Änderungen der Bestimmungen einer Konzession während ihrer Laufzeit“ erforderlich ist.

42. Der Schlüssel zur Feststellung, wann eine Änderung wesentlich ist und die Durchführung eines neuen Verfahrens erforderlich macht, findet sich in Art. 43 Abs. 4 der Richtlinie 2014/23: „Eine Änderung einer Konzession während ihrer Laufzeit gilt als wesentlich …, wenn sie dazu führt, dass sich die Konzession erheblich von der ursprünglich vergebenen Konzession unterscheidet.“

43. Zur Konkretisierung dieser allgemeinen Regel sind in diesem Abs. 4 vier Fälle wesentlicher Änderungen aufgeführt, von denen im vorliegenden Fall zwei einschlägig sein können:

– „[M]it der Änderung werden Bedingungen eingeführt, die – wenn sie für das ursprüngliche Konzessionsvergabeverfahren gegolten hätten – … das Interesse weiterer Teilnehmer am Konzessionsvergabeverfahren geweckt hätten“ [24].

– „[M]it der Änderung wird das wirtschaftliche Gleichgewicht der Konzession zugunsten des Konzessionsnehmers in einer Weise verschoben, die in der ursprünglichen Konzession nicht vorgesehen war“ [25].

[22] „Es ist angezeigt, Konzessionen für den Betrieb von Lotterien aus dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszuschließen, die ein Mitgliedstaat einem Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts mittels eines nicht veröffentlich[t]en Verfahrens nach nationalen Rechts- oder veröffentlichten Verwaltungsvorschriften im Einklang mit dem AEUV gewährt hat. Dieser Ausschluss ist gerechtfertigt, weil ein ausschließliches Recht an einen Wirtschaftsteilnehmer vergeben wird, wodurch kein wettbewerbliches Verfahren zur Anwendung kommen kann, und weil es den Mitgliedstaaten möglich bleiben muss, aufgrund ihrer Verpflichtungen zum Schutz der öffentlichen und sozialen Ordnung den Bereich Spieltätigkeiten auf nationaler Ebene zu regeln.“

[23] Rn. 9 ihrer schriftlichen Erklärungen.

[24] Mit diesem Fall hat sich der Gerichtshof im Urteil vom 7. September 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, Rn. 29), befasst: „[Eine bedeutende] Verringerung des Auftragsgegenstands [kann] dazu führen …, dass der Auftrag für eine größere Zahl von Wirtschaftsteilnehmern durchführbar wird.“

[25] Dass diese Regel ihren Ursprung in der Rechtsprechung hat, zeigt das Urteil vom 19. Juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, Rn. 37).

## *D. Erste Vorlagefrage*

44. Nachdem der Consiglio di Stato (Staatsrat) hervorgehoben hat, dass die rechtsmittelführenden Gesellschaften an der nach dem Gesetzesdekret Nr. 78/2009 durchgeführten Ausschreibung nicht teilgenommen hätten, führt er aus, dass der Grund dafür gewesen sein könne, dass nur die bloße Möglichkeit einer Erneuerung der Konzession bestanden habe, da diese Erneuerung im Ermessen der Behörde gelegen sei.

45. Dieses Ermessen sei durch das Gesetzesdekret Nr. 148/2017 entfallen, das zudem zwei Jahre vor Ablauf des in der Konzessionsurkunde niedergelegten (ersten) Neun-Jahres-Zeitraums in Kraft getreten sei.

46. Die mögliche Unvereinbarkeit mit der Unionsregelung würde also darauf beruhen, dass der Gesetzgeber des Jahres 2017 mit einem Rechtsetzungsakt jede Möglichkeit einer behördlichen Ermessensausübung bezüglich der Aufrechterhaltung des Konzessionsverhältnisses bzw. der Durchführung einer neuen Ausschreibung beseitigt hat.

47. Meines Erachtens ist zunächst hervorzuheben, dass der Fortbestand des Konzessionsverhältnisses über einen zusätzlichen Zeitraum von neun Jahren bereits in der ursprünglichen Urkunde vorgesehen war, die wiederum dem Gesetzesdekret Nr. 78/2009 entsprach.

48. Diese Tatsache ist wichtig, weil die *Anwendung* dieser Regelung dieser Urkunde entsprach und lediglich eine Bestimmung der ursprünglichen Konzessionsvereinbarung angewandt wurde.

49. Nachfolgend werde ich darlegen, dass durch die Ausübung der Befugnis zur einmaligen Fortführung der Konzession über einen neuen Zeitraum von neun Jahren das ursprüngliche Modell mehrerer Konzessionsnehmer (das bis zu vier Zuschlagsempfänger für die Konzession vorsah) nicht geändert wurde.

50. Dieses Modell bestand als solches unverändert fort. Da bei seiner praktischen Umsetzung im Jahr 2010 tatsächlich nur ein Wirtschaftsteilnehmer an der Ausschreibung teilgenommen hatte, der deshalb zum einzigen Konzessionsnehmer wurde, musste die im ursprünglichen Konzessionsvertrag vorgesehene Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses über weitere neun Jahre ihm gewährt werden.

51. Allerdings war schon im ursprünglichen Rechtstitel vorgesehen, dass der Übergang zum weiteren Zeitraum von neun Jahren nur möglich ist, wenn die konzessionserteilende Stelle den bisherigen Betrieb seitens des Konzessionärs positiv beurteilt.

52. Unbeschadet meiner nachfolgenden Ausführungen zu den spezifischen Bedingungen, die dem Bieter auferlegt wurden, um eine Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses über weitere neun Jahre zu erreichen, halte ich es für unerheblich, dass diese Fortsetzung durch ein Gesetzesdekret angeordnet wurde, nachdem die konzessionserteilende Verwaltung bestätigt hatte, dass sie dem öffentlichen Interesse entsprach.

53. In einer Mitteilung vom 19. September 2017 [26] beurteilte die ADM den bisherigen Betrieb seitens Lotterie Nazionali positiv und legte dar, aus welchen Gründen die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit dieser Gesellschaft gemäß dem ursprünglichen Vertrag über weitere neun Jahre opportun erschien. Mit dieser Beurteilung übte die ADM das ihr eingeräumte Ermessen, auf das der Consiglio di Stato (Staatsrat) Bezug nimmt, aus.

54. Aus dieser Mitteilung ergibt sich, dass die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit Lotterie Nazionali aus wirtschaftlicher Sicht im öffentlichen Interesse liege und gerechtfertigt sei, weil das Verhalten der Gesellschaft positiv zu beurteilen sei [27].

55. Durch das Gesetzesdekret Nr. 148/17 wurde mithin die Sachdienlichkeit der Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses, die die ADM bereits nach eigenem Ermessen beurteilt hatte, bestätigt.

56. Unabhängig von der Frage, aus welchen Gründen über die Fortsetzung durch eine gesetzgeberische Entscheidung statt einen Rechtsakt der konzessionserteilenden öffentlichen Verwaltung entschieden wurde, hatte Letztere jedenfalls bereits vor der Annahme des Gesetzesdekrets Nr. 148/17 die Tätigkeit der Konzessionärin positiv beurteilt und das öffentliche Interesse an der Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses bejaht.

### *1. Mehrere Konzessionsnehmer und einziger Konzessionsnehmer*

57. In mehreren Passagen der Vorlagebeschlüsse sowie in den Erklärungen einiger Verfahrensbeteiligter, die einer Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit Lotterie Nazionali entgegentreten [28], wird die Ansicht vertreten, diese Fortsetzung führe dazu, dass ein System mit mehreren Konzessionsnehmern in ein System mit einem einzigen Konzessionsnehmer umgewandelt werde.

58. Ich habe bereits ausgeführt, dass die Entscheidung für das System mehrerer Konzessionsnehmer, das im Gesetzesdekret Nr. 78/2009 vorgesehen war, fortgalt, als die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses genehmigt wurde, und es mit dem Gesetzesdekret Nr. 148/17 nicht durch ein System eines einzigen Konzessionsnehmers ersetzt wurde.

59. Ich habe auch dargelegt, dass es nicht auf die Anwendung einer Vorschrift, sondern auf einen rein tatsächlichen Umstand zurückzuführen ist, dass im Rahmen dieses Rechtsstreits nur von einem einzigen Konzessionsnehmer die Rede ist: An der Ausschreibung hatte nur ein Bieter teilgenommen.

[26] Die Mitteilung wurde auf den Antrag der Konzessionärin vom 26. Juli 2017 auf Erneuerung der Konzession hin verfasst.

[27] Die ADM führt aus, die Konzessionärin habe die Einnahmen auf dem erforderlichen Niveau gehalten, das physische Vertriebsnetz der nationalen Sofortlotterie unter Befolgung ihrer Anweisungen effizient betrieben und insbesondere darauf geachtet, korrekt und fristgerecht die dem Staat geschuldete Vergütung zu entrichten und die den Verbrauchern zustehenden Gewinne auszuzahlen.

[28] Diejenigen, die die Notwendigkeit einer neuen Ausschreibung geltend machen, tragen vor, dass das Gesetzesdekret Nr. 148/17 mit der Anordnung der Erneuerung der Konzession das System eines einzigen Konzessionsnehmers eingeführt habe.

60. Der Gerichtshof hat bestätigt, dass aus unionsrechtlicher Sicht beide Optionen grundsätzlich zulässig sind [29]. Die Entscheidung für das Modell eines einzigen Konzessionsnehmers würde auf normativer Ebene allerdings erfordern, dass mit ihr in kohärenter Art und Weise ein legitimes Ziel verfolgt wird.

61. Ich halte es nicht für unerlässlich, in dieser Richtung fortzuschreiten und zu prüfen, ob das Modell eines einzigen Konzessionsnehmers gerechtfertigt ist, denn dieses Modell liegt, wie ich bereits ausgeführt habe, im vorliegenden Fall nicht vor.

62. Zwar war in der Mitteilung der ADM vom 19. September 2017 vom System eines einzigen Konzessionsnehmers die Rede, das die ADM damals für vorzugswürdig hielt [30]. Es handelt sich jedoch um Erwägungen, die die ADM hilfsweise für den Fall angestellt hatte, dass die von ihr vorgeschlagene Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit Lotterie Nazionali nicht möglich sein sollte [31].

63. Ich bin daher der Ansicht, dass die Debatte über eine (nicht existierende) Änderung des Systems neben der Sache liegt. Der italienische Gesetzgeber hatte, auch als er das Gesetzesdekret Nr. 148/17 verabschiedete, nicht die Absicht, die Konzessionen für den Betrieb der nationalen Sofortlotterie fortan dem Modell eines einzigen Konzessionsnehmers zu unterstellen. In diesem Gesetzesdekret wurde schlicht und einfach entschieden, das Konzessionsverhältnis nach Maßgabe der Klauseln des ursprünglichen Konzessionsvertrags mit der Gesellschaft fortzusetzen, der, nachdem sie als einzige an einer Ausschreibung gemäß dem Modell mehrerer Konzessionsnehmer teilgenommen hatte, der Zuschlag erteilt worden war.

## *E. Zweite und dritte Vorlagefrage*

64. Der Consiglio di Stato (Staatsrat) erkennt an, dass das Gesetzesdekret Nr. 148/17 den „Rechtsgrund *(causa petendi)* und den Auftragsgegenstand *(petitum)*“ unberührt lässt. Insbesondere entspricht der Gesamtbetrag, den Lotterie Nazionali für den zweiten Neun-Jahres-Zeitraum zahlen muss, dem, der im ursprünglichen Vertrag niedergelegt war (800 Mio. Euro).

65. In den Vorlagebeschlüssen weist er aber auf eine *Änderung* hin, die „die Modalitäten und Frist für die Zahlung der Vergütung der Konzession“ betrifft: die auf 2017 (50 Mio. Euro) und 2018 (750 Mio. Euro) [32] vorgezogene Zahlung der Vergütung.

66. Dieser Umstand könne „zur potenziellen Änderung des Gesamtbetrags der geschuldeten Zahlung im Hinblick auf die durch sie verursachte Belastung [führen], wenn die – entsprechend dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen – objektive und offenkundige Tatsache berücksichtigt wird, dass der Zeit ein finanzieller Wert zukommt“.

[29] Urteil Stanley International Betting und Stanleybet Malta (Rn. 53 und Tenor): „[D]ie Art. 49 und 56 AEUV [sind] dahin auszulegen …, dass sie einer nationalen Regelung …, nach der die Konzession für die Veranstaltung von Lotterien im Gegensatz zu anderen Glücksspielen, Prognosewettbewerben oder Wetten, bei denen die Konzession mehreren Konzessionsnehmern erteilt wird, nur einem Konzessionsnehmer erteilt wird, nicht entgegenstehen, sofern das vorlegende Gericht feststellt, dass die Regelung tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise die vom betreffenden Mitgliedstaat angegebenen Ziele verfolgt.“

[30] Rn. 64 der Erklärungen der italienischen Regierung.

[31] Sie führte insbesondere aus, dass die wesentlichen Aspekte der neuen Ausschreibung besonders geregelt werden müssten, wenn die Lösung nicht im Sinne der Entscheidung für den Fortbestand des Konzessionsverhältnisses erfolge.

[32] Es wurden drei Raten festgelegt: 50 Mio. Euro bis zum 15. Dezember 2017, 300 Mio. Euro bis zum 30. April 2018 und 450 Mio. Euro bis zum 31. Oktober 2018.

67. Die Beteiligten, die die Ansicht vertreten, dass diese neue Zahlungsmodalität keine wesentlichen Änderungen mit sich bringe, machen geltend, dass der Betrag, den der Konzessionsnehmer sowohl bei der Vergabe im Jahr 2010 als auch der Erneuerung im Jahr 2017 zahlen musste, identisch gewesen sei (800 Mio. Euro). Auch werde der Konzessionsnehmer durch die vorgezogene Zahlung stärker belastet, denn er müsse sie noch vor Beginn des zweiten Neun-Jahres-Zeitraums leisten.

68. Um die Fragen des Consiglo di Stato (Staatsrat) beantworten zu können, muss a) die im ersten Konzessionszeitraum geltende Zahlungsmodalität mit der im zweiten geltenden verglichen werden und b) geprüft werden, ob eine etwaige, sich aus dem Vergleich ergebende Änderung wesentlich ist.

### *1. Vergleich der Zahlungsmodalitäten*

69. Bei der ursprünglich erteilten Konzession wurden die Einnahmen der konzessionserteilenden Verwaltung mit mindestens 500 Mio. Euro im ersten Jahr (2009) und 300 Mio. Euro im zweiten Jahr (2010) angegeben.

70. Nach der durch das Gesetzesdekret Nr. 148/17 eingeführten Verteilung der Zahlungen betrugen diese Einnahmen für den Staatshaushalt, wie bereits ausgeführt, 50 Mio. Euro im ersten Jahr (2017) und 750 Mio. Euro im zweiten Jahr (2018). Auf diese Weise wurde die Zahlung der Vergütung für den Zeitraum, für den die Konzession erneuert wurde, faktisch vorgezogen.

71. Die neuen Zahlungskonditionen bedeuteten folglich, dass

– die erste Rate (50 Mio. Euro) für den neuen Zeitraum einem Zehntel der ersten Tranche der Zahlung entsprach, die nach den für die Konzession im Jahr 2010 geltenden Bestimmungen vorgesehen war (500 Mio. Euro),

– die zweite Rate (750 Mio. Euro) hingegen das Doppelte der entsprechenden Rate nach der ursprünglichen Konzession (300 Mio. Euro) betrug.

72. Mithin wurde die Abfolge, in der der Konzessionsnehmer seinen Beitrag leisten musste, nicht aber dessen Höhe oder seine Aufteilung in zwei aufeinanderfolgende Tranchen geändert.

73. Es ist, wie die Kommission vorträgt[33], realistisch anzunehmen, dass die Herabsetzung des Betrags für die erste Zahlung (50 Mio. Euro) es dem Konzessionsnehmer ermöglichen würde, sich besser auf die Zahlung der zweiten Rate (750 Mio. Euro) im folgenden Jahr *vorzubereiten*. Wenngleich sich der letztere Betrag auf mehr als das Doppelte des entsprechenden Betrags nach dem Gesetzesdekret Nr. 78/2009 beläuft, könnte der Konzessionsnehmer von Anfang an mit Einnahmen aus der Konzession selbst rechnen, so dass nicht auszuschließen wäre, dass er durch das System insgesamt begünstigt wird.

[33] Rn. 47 bis 49 ihrer schriftlichen Erklärungen.

74. Allerdings steht fest, dass das Vorziehen der Vergütung für den neuen Zeitraum um zwei Jahre auch finanzielle Nachteile für den Konzessionsnehmer nach sich ziehen könnte, wie sie alle Wirtschaftsteilnehmer treffen, die Vorauszahlungen als Vergütung für künftige Einnahmen leisten müssen [34].

### *2. Wesentliche Änderung?*

75. Lässt man vorläufig die sonstigen Umstände der Vergütung außer Acht, bewirkte die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit Lotteria Nazionali über weitere neun Jahre keine (wesentliche oder geringfügige) Änderung der Konzession selbst, denn sie richtete sich, wie ich bereits ausgeführt habe, nach dem ursprünglichen Konzessionsvertrag.

76. Anders wäre es, wenn die Erneuerung der Konzession nicht bereits von Anfang an im Konzessionsvertrag geregelt gewesen wäre. In diesem Fall würde eine neunjährige Verlängerung einer abgelaufenen Konzession außerhalb eines Vergabeverfahrens – sei es durch Gesetz, sei es aufgrund einer autonomen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers – zweifelsohne eine wesentliche Änderung des Konzessionsvertrags implizieren [35].

77. Der Streit beschränkt sich somit auf die Prüfung, ob die Zahlungsmodalitäten, die im zweiten Konzessionszeitraum galten, *wesentlich* von denen im ersten Konzessionszeitraum abwichen.

78. Ich möchte darauf hinweisen, dass für beide Zeiträume außer dem „Rechtsgrund *(causa petendi)* und dem Auftragsgegenstand *(petitum)*“ auch die Vergütung, die der Konzessionsnehmer zu zahlen hatte, sowie die Verpflichtung zur Zahlung in zwei Tranchen im ersten und im zweiten Jahr des jeweiligen Zeitraums unverändert blieben.

79. Die Änderung, die tatsächlich vorgenommen wurde, betraf den in der bereits dargestellten Art und Weise abweichenden Teilbetrag der beiden Tranchen und das Vorziehen dieser Zahlungen vor den neuen Konzessionszeitraum, der 2019 begann, auf die Jahre 2017 und 2018 [36].

80. Vorbehaltlich der Würdigung durch das vorlegende Gericht, das aufgrund seiner Kenntnis des Rechtsstreits besser in der Lage ist, über diesen Punkt zu entscheiden, glaube ich nicht, dass die Änderung der Höhe der jeweiligen Tranchen als wesentlich eingestuft werden kann. Wägt man nämlich ihre Vor- und Nachteile für den Konzessionsnehmer und die konzessionserteilende Verwaltung gegeneinander ab, ist nicht ersichtlich, dass sich das finanzielle Gleichgewicht der Konzession zugunsten des Konzessionsnehmers in einem Ausmaß ändert, das eine neue Ausschreibung erforderlich macht.

[34] Dies geben Lotterie Nazionali (letzter Absatz von Rn. 32 und letzter Halbsatz des zweiten Spiegelstrichs von Rn. 35 ihrer schriftlichen Erklärungen) und Lottomatica (Abschnitt 4.3 ihrer schriftlichen Erklärungen) zu verstehen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass sich Lotterie Nazionali mit der Vorauszahlung für einverstanden erklärte, weil es ihr letztendlich nützte. Andernfalls wäre es folgerichtig, davon auszugehen, dass sie das Konzessionsverhältnis nicht fortgesetzt hätte.

[35] Der Gerichtshof hat dies im Zusammenhang mit Erneuerungen und Verlängerungen italienischer Konzessionen im Urteil vom 13. September 2007, Kommission/Italien (C-260/04, EU:C:2007:508), in Bezug auf Konzessionen für die Annahme und Abwicklung von Pferdewetten, im Urteil vom 14. Juli 2016, Promoimpresa (C-458/14 und C-67/15, EU:C:2016:558), in Bezug auf Konzessionen über im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Sachen und im Urteil vom 18. September 2019, Kommission/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756), in Bezug auf öffentliche Baukonzessionen bestätigt.

[36] Gemäß Art. 20 Abs. 1 des Gesetzesdekrets Nr. 148/17 wollte man damit erreichen, dass „neue und höhere Einnahmen für den Staatshaushalt … für das Jahr 2017 und … für das Jahr 2018 gewährleistet sind“, also bereits in diesen beiden Jahren Liquidität bereitstellen, statt die Zahlung der Vergütung in den Jahren 2019 und 2020 abzuwarten.

81. Nur eine eingehendere wirtschaftliche Untersuchung würde die Feststellung ermöglichen, ob der scheinbare Nachteil für den Konzessionsnehmer (das Vorziehen der Zahlungen, bevor Lotterie Nazionali im zweiten Konzessionszeitraum Einnahmen erzielen konnte) auch tatsächlich ein Nachteil war oder ihm paradoxerweise einen Vorteil verschaffen konnte oder ob damit schlicht und einfach das ursprüngliche finanzielle Gleichgewicht insgesamt aufrechterhalten wurde.

82. In der Mitteilung der ADM vom 19. September 2017 wird im Rahmen der Ausführungen zu den Vorteilen einer Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit der Konzessionärin über den zweiten Neun-Jahres-Zeitraum nicht übersehen, dass es weitere Wirtschaftsteilnehmer gibt, die bereit wären, ihren Platz einzunehmen [37]. In den Vorlagebeschlüssen wird ebenfalls auf „Wirtschaftsteilnehmer des Sektors, die gegenwärtig am Marktzugang interessiert sind“, Bezug genommen.

83. Die Erwartungen der rechtsmittelführenden Gesellschaften können sich jedoch gegenüber der unbestreitbaren Tatsache, dass die ursprüngliche Konzession von Anfang an die Möglichkeit ihrer Erneuerung über einen zweiten Zeitraum von neun Jahren vorsah, ohne sie dem Wettbewerb mit Dritten auszusetzen, nicht durchsetzen. Diese Erwartungen können ihre Wirksamkeit erst nach Ablauf dieses (nicht verlängerbaren) Zeitraums von neun Jahren entfalten.

84. Lottomatica Holding und Lotterie Nazionali wiederum vertreten die Ansicht [38], die Entscheidung über die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses auf 2017 vorzuziehen, sei gerechtfertigt gewesen, da anderenfalls ausreichend Zeit benötigt worden wäre, um eine neue Ausschreibung durchzuführen und am 30. September 2019 einen Konzessionsnehmer zu haben.

85. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob dieser oder irgendein anderer Beweggrund dafür bestand, vor dem Ablauf des ersten Neun-Jahres-Zeitraums Kontakt zur Konzessionärin aufzunehmen und dann über die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses über den zweiten Neun-Jahres-Zeitraum zu entscheiden.

86. Ich bin jedenfalls der Ansicht, dass dieser Faktor für die Frage, ob die Änderungen im Zusammenhang mit der Entrichtung der Vergütung als wesentliche Änderungen der Konzession eingestuft werden können, irrelevant ist. Insoweit ist auf den Inhalt dieser Änderungen abzustellen, nicht aber auf den Zeitpunkt, zu dem die konzessionserteilende Behörde entschied, sie vorzunehmen.

87. Die zeitlichen Umstände, unter denen die ADM diese Entscheidung traf, könnten im Hinblick auf andere Gesichtspunkte der gerichtlichen Kontrolle relevant sein (beispielsweise, weil sie einen möglichen Ermessensfehlgebrauch erkennen lassen), aber im Rahmen der Feststellung, ob es zu einer wesentlichen Änderung der Konzessionsbedingungen kam, sind sie meines Erachtens nicht erheblich.

[37] Lottomatica und Lotterie Nazionali räumen in ihren schriftlichen Erklärungen (Abschnitte 4.2 bzw. 26) im Rahmen ihres Vorbringens, dass das Erneuerungsverfahren angesichts der vielen Rechtsstreite, die im Rahmen von Ausschreibungen im italienischen Spielsektor geführt würden, vorgezogen worden sei, ein, dass Dritte daran interessiert gewesen seien, sich um die Konzession zu bewerben. Als die rechtsmittelführenden Gesellschaften von dem Gesetzesdekret Nr. 148/17 Kenntnis erlangten, setzten sie sich unverzüglich mit der ADM in Verbindung, um ihr Interesse an der Konzession kundzutun (Schreiben von Sisal vom 31. Oktober 2017 und vom 9. November 2017 sowie von Stanleybet Malta vom 8. November 2017 im Anhang zu ihren schriftlichen Erklärungen).

[38] Abschnitte 4.2 bzw. 26 ihrer schriftlichen Erklärungen.

88. Damit ist der Streit auf die Feststellung beschränkt, ob die Änderung der Abfolge der Zahlungen als wesentlich bezeichnet werden kann, weil sie „dazu führt, dass sich die Konzession erheblich von der ursprünglich vergebenen Konzession unterscheidet“ (Art. 43 Abs. 4 der Richtlinie 2014/23). Ich schließe mich dieser Auffassung nicht an, obgleich, wie ich betonen möchte, das vorlegende Gericht bei der Entscheidung über diesen Punkt das letzte Wort hat.

## *F. Vierte Vorlagefrage*

89. Mit seiner vierten Vorlagefrage möchte der Consiglio di Stato (Staatsrat) zusammenfassend wissen, ob die rechtsmittelführenden Gesellschaften die Erneuerung der Konzession anfechten können, obwohl sie nicht an der ursprünglichen Ausschreibung „der mit dem ausscheidenden Konzessionsnehmer fortgesetzten ablaufenden Konzession zu den [im Vorlagebeschluss] beschriebenen neuen Vertragsbedingungen“ teilgenommen haben.

90. Der Consiglio di Stato (Staatsrat) ist der Ansicht, dass diese Gesellschaften sich zwar nicht auf ein berechtigtes Interesse an der Erneuerung der Ausschreibung, aber auf ein berechtigtes Interesse daran berufen konnten, dass die konzessionserteilende Verwaltung bei Ablauf des ersten Konzessionszeitraums ihr Ermessen ausübe [39]. Insoweit sei es daher irrelevant, ob sie an der Ausschreibung des Jahres 2010 teilgenommen hätten oder nicht.

91. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist es „im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 grundsätzlich zulässig, die Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren zur Voraussetzung dafür zu machen, dass die betreffende Person sowohl ein Interesse an dem fraglichen Auftrag als auch einen aufgrund der angeblich unrechtmäßigen Zuschlagserteilung drohenden Schaden nachweisen kann“ [40].

92. Allerdings ist diese allgemeine Regel meines Erachtens im vorliegenden Fall nicht anwendbar, in dem es nicht um die Feststellung geht, ob diejenigen, die am Verfahren zur Auswahl des Konzessionsnehmers nicht teilgenommen haben, berechtigt sind, die (ursprüngliche) Vergabeentscheidung anzufechten. Vorliegend geht es vielmehr um die Frage, ob die rechtsmittelführenden Gesellschaften im Rahmen der Erneuerung der Konzession ihr Interesse an einer Ausschreibung dieser Erneuerung geltend machen und sich auf diese Weise um den Zuschlag bemühen konnten.

93. Die Antwort knüpft an die materiellen Fragen an, auf die ich bereits eingegangen bin, nämlich ob die Änderungen der Zahlungsmodalitäten für die Vergütung im zweiten Konzessionszeitraum geeignet waren, die ursprünglichen Bedingungen der Konzession wesentlich zu ändern.

94. Für die Feststellung, ob diese Änderungen wesentlich waren oder nicht, was die Verpflichtung begründen würde, eine neue Ausschreibung durchzuführen, an der die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer teilnehmen können, muss diesen demnach die Befugnis eingeräumt werden, eine Klage auf entsprechende Überprüfung zu erheben.

[39] Dies ergibt sich aus Abschnitt 12 Buchst. c.9 des Vorlagebeschlusses.

[40] Urteil vom 28. November 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità u. a. (C-328/17, EU:C:2018:958, Rn. 46).

## V. Ergebnis

95. Nach alledem schlage ich vor, dem Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) wie folgt zu antworten:

Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sowie die Art. 3 und 43 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe sind folgendermaßen auszulegen:

1. Sieht die ursprüngliche Konzession für die Veranstaltung nationaler Sofortlotterien die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses über einen zweiten Zeitraum von neun Jahren mit demselben Konzessionsnehmer vor, stehen diese Vorschriften dem nicht entgegen, dass diese Maßnahme durch eine Bestimmung mit Gesetzeskraft erlassen wird, nachdem die konzessionserteilende Verwaltung bestätigt hat, dass die Fortsetzung des Verhältnisses im öffentlichen Interesse liegt und der ursprünglichen Konzession entspricht.

2. Vorbehaltlich der Prüfung durch das vorlegende Gericht sind Änderungen der Konzessionsbedingungen, die sich unter Aufrechterhaltung des Konzessionsvertrags, des rechtlichen Gegenstands, der Höhe der Vergütung und ihrer Entrichtung in zwei Tranchen darauf beschränken, die Teilbeträge, in denen der Konzessionsnehmer diese Raten zu zahlen hat, zu ändern, nicht wesentlich im Sinne von Art. 43 der Richtlinie 2014/23.

3. Wirtschaftsteilnehmer, die an der Verwertung der Konzession interessiert sind, sind berechtigt, die Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses mit dem Konzessionsnehmer mit der Begründung anzufechten, dass die Bedingungen für die Fortsetzung eine wesentliche Änderung der ursprünglichen Konzession darstellen. Insoweit ist es unerheblich, dass diese Wirtschaftsteilnehmer nicht an der ursprünglichen Ausschreibung teilgenommen haben.