Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 21 januari 2021 [1]

Förenade målen C-721/19 och C-722/19

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

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

"Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Frihet att tillhandahålla tjänster – Inskränkningar – Direktiv 2014/23/EU – Artiklarna 3 och 43 – Offentlig upphandling – Förfaranden för att välja ut koncessionshavare – Lotterier med direktdragning – Nationell lagstiftning enligt vilken koncessionen ska förnyas utan ett urvalsförfarande – Ändring av villkoren för koncessionen – Väsentliga ändringar – Tillgång till systemet med rättsmedel"

1. En av de former av hasardspel som är godkända i Italien är de så kallade inhemska lotterierna med direktdragning. [2] År 2009 tilldelades en administrativ koncession för att anordna sådana lotterier. Den upphandlande myndigheten valde ut den som skulle tilldelas koncessionen i ett offentligt urvalsförfarande, på grundval av kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Genom lagdekret nr 78/2009 [3] utformades ett system för koncession för anordnande av nationella lotterier med direktdragning i vilket upp till fyra koncessionshavare fick väljas ut. Koncessionens löptid var nio år och den fick förnyas en enda gång för en lika lång tid.

3. I urvalsförfarandet deltog endast en anbudsgivare, Lotterie Nazionali Srl (nedan kallat Lotterie Nazionali), som utsågs till enda koncessionshavare.

[1] Originalspråk: spanska.

[2] Det rör sig om lotterier av typen "skrapa och vinn", i vilka deltagarna omedelbart får reda på resultatet. Efter att ha köpt en lott, avslöjas den slumpmässigt valda, tryckta och dolda vinnande kombinationen, när ett visst område på lotten skrapas.

[3] Lagdekret nr 78/2009 av den 1 juli 2009, "Åtgärder för att bekämpa krisen och förlänga tidsfrister" (GURI nr 150, av den 1 juli 2009), omvandlat till lag, med ändringar, genom lag nr 102, av den 3 augusti 2009 (GURI nr 179 av den 4 augusti 2009; nedan kallat lagdekret nr 78/2009).

4. Två år innan den första perioden (2010/2019) löpte ut, ålade en ny författning, lagdekret nr 148/2017,[4] den upphandlande myndigheten att ge tillstånd för ”det befintliga koncessionsförhållandet … att fortsätta fram till det utgångsdatum som fastställs i … koncessionsavtalet”,[5] det vill säga fram till 2028.

5. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) hyser tvivel om huruvida koncessionsförhållandets fortsättning under den perioden, utan att något nytt urvalsförfarande inleds, är förenlig med friheten att tillhandahålla tjänster och med etableringsfriheten (artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF), samt med direktiv 2014/23/EU.[6]

6. Den undrar även om aktörer inom detta område som inte deltog i det ursprungliga urvalsförfarandet får invända mot förnyelsen och yrka att ett nytt urvalsförfarande inleds.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt. Direktiv 2014/23

7. Artikel 3 (”Principen om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet”) har följande lydelse:

”1. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

…”

8. I artikel 43 (”Ändringar av kontrakt under löptiden”) föreskrivs följande:

”1. Koncessioner får ändras utan ett nytt koncessionstilldelningsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:

a) Om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga koncessionsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta värdeändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av koncessionens övergripande karaktär är inte tillåtna.

…

e) Om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4.

…

[4] Lagdekret nr 148/2017 av den 16 oktober 2017, ”Brådskande åtgärder angående finanser och oundvikliga krav” (GURI nr 242, av den 16 oktober 2017), omvandlat till lag, med ändringar, genom lag nr 172 av den 4 december 2017 (GURI nr 284 av den 5 december 2017; nedan kallat lagdekret nr 148/17).

[5] I vissa delar av beslutet att begära förhandsavgörande (till exempel i punkt 12 c8), har den hänskjutande domstolen angett att en fortsättning av koncessionsförhållandets i allt väsentligt kan likställas med att det förnyas (*rinnovo*) eller förlängs.

[6] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1).

4. En ändring av en koncession under dess löptid ska anses vara väsentlig i den mening som avses i punkt 1 e om den innebär att koncessionen till sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks. Utan att det påverkar punkterna 1 och 2 ska en ändring i alla händelser anses vara väsentlig om ett eller flera av följande villkor är uppfyllt:

a) I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga koncessionstilldelningsförfarandet, skulle ha medfört att andra sökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i koncessionstilldelningsförfarandet.

b) Ändringen innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren på ett sätt som inte medgavs i den ursprungliga koncessionen.

…

5. Ett nytt koncessionstilldelningsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i en koncession under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2.”

B. Italiensk rätt

1. Lagdekret nr 78/2009

9. Artikel 21 (”Tilldelning av koncessioner inom spelsektorn”) har följande lydelse:

”1. För att säkra skyddet av tyngre vägande offentliga intressen i samband med verksamheter för insamling av insatser, för det fall att de bedrivs av aktörer utanför den offentliga förvaltningen, villkoras driften av dessa verksamheter alltid av en koncession, som med iakttagande av de unionsrättsliga och nationella principerna och bestämmelserna i regel tilldelas flera aktörer som ska utses genom urvalsförfaranden som är öppna, konkurrensutsatta och icke-diskriminerande. … inleder Ministero dell’economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato … förfarandena för att i rätt tid tilldela koncession, däribland för insamling på distans av insatser i de ovannämnda lotterierna, till de mest kvalificerade speloperatörerna, vars säte är beläget i Italien och i gemenskapen, varvid det under alla omständigheter utses maximalt fyra aktörer som uppfyller lämpliga kriterier för tillförlitlighet i fråga om allmän moral, teknik och ekonomi.

…

3. Urvalet vid upphandling för tilldelning av koncessionen ska bygga på kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, inom ramen för vilket följande kriterier ska ges företräde: a) höjning av anbudsbeloppen i förhållande till en på förhand fastställd grund, som under alla förhållanden säkerställer sammanlagda intäkter på minst 500 miljoner euro för år 2009 och 300 miljoner euro för år 2010, oavsett hur stort det slutliga antalet koncessionshavare är.

…

4. De koncessioner som avses i punkt 1, som i tillämpliga fall får förnyas en enda gång, har en maximal löptid på nio år, som uppdelas i två perioder om fem respektive fyra år. Huruvida

koncessionen fortsätter den andra perioden villkoras av att den koncessionsgivande myndigheten gör en positiv bedömning av driften, som ska göras inom det första halvåret i det femte koncessionsåret.”

2. Lagdekret nr 148/2017

10. Artikel 20.1 har följande lydelse:

”Enligt artikel 21.3 och 21.4 i lagdekret nr 78 av den 1 juli 2009, som, med ändringar, omvandlats till lag nr 102 av den 3 augusti 2009, ger Agenzia delle dogane e dei monopoli tillstånd till att fortsätta det befintliga koncessionsförhållandet avseende insamling av insatser, däribland på distans, i inhemska lotterier med direktdragning fram till det utgångsdatum som fastställs i artikel 4.1 i koncessionsavtalet, på så sätt att det säkerställs nya och större intäkter för statskassan i en storlek om 50 miljoner euro för år 2017 och 750 miljoner euro för år 2018.”

II. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Genom meddelanden som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 15 augusti 2009 och den 2 april 2010, inledde l’Amministratione Autonoma Monopoli di Stato ett ”urvalsförfarande för tilldelning av koncessioner för att bedriva statligt organiserad spelverksamhet i form av så kallade inhemska lotterier med direktdragning”. [7]

12. I förfrågningsunderlaget angavs följande: [8]

– Rätten att indirekt bedriva verksamhet för att samla in spelinsatser tilldelades alltid som en koncession.

– Koncessioner tilldelas normalt flera olika aktörer, dock inte fler än fyra, och de utses genom öppna, konkurrensutsatta och icke-diskriminerande förfaranden.

– Varje koncessionshavare är tvungen att betala en koncessionsavgift, som utgörs av en viss andel av intäkterna.

– Valet av koncessionshavare skulle bygga på principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och ett av de kriterier som skulle beaktas var en höjning av anbuden i förhållande till en på förhand fastställd grund, för att under alla förhållanden garantera att de totala intäkterna inte understeg 500 miljoner euro år 2009 och 300 miljoner euro år 2010, oberoende av det slutliga antalet koncessionshavare.

– Koncessionerna, som i tillämpliga fall fick förnyas en enda gång, hade en maximal löptid på nio år, som uppdelades i två perioder om fem respektive fyra år. Huruvida koncessionen skulle fortsätta den andra perioden villkorades av att den koncessionsgivande myndigheten gjorde en positiv bedömning av driften, som skulle göras inom om det första halvåret i det femte koncessionsåret.

[7] Enligt beslutet att begära förhandsavgörande (punkt 3.1), hade den här lotteriformen bedrivits av den tillfälliga gruppen av företag Lottomatica (som senare blev Lotterie Nazionali) fram till den 31 maj 2010, enligt ett avtal som ingicks den 14 oktober 2003. Lottomatica Holding Srl kontrollerar Lotterie Nazionali, som det äger 64 procent av aktiekapitalet i.

[8] Förfrågningsunderlaget återgav i stort sett innehållet i artikel 21 i lagdekret nr 78/2009.

13. I urvalsförfarandet deltog bara Lotterie Nazionali, som tilldelades koncessionen som enda aktör.

14. När den första femårsperioden hade löpt ut, gav Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Tull- och monopolmyndigheten, Italien; nedan kallad ADM)[9] tillstånd till att fortsätta koncessionen under den andra perioden, på fyra år, fram till den 30 september 2019.

15. Den 26 juli 2017 bad Lotterie Nazionali ADM att aktivera klausulen rörande fortsättning av koncessionen under ytterligare en nioårsperiod.

16. Genom not av den 19 september 2017, slog ADM fast att den fortsättning som hade begärts var förenlig med allmänintresset.

17. Den 16 oktober 2017 trädde artikel 20.1 i lagdekret nr 148/2017 i kraft.

18. Med stöd av den bestämmelsen fastställde ADM genom not av den 1 december 2017 att koncessionen slutligen skulle upphöra den 30 september 2028, under förutsättning att koncessionshavaren formellt godtog villkoren i artikel 20.1 i lagdekret nr 148/17. Lotterie Nazionali godtog villkoren samma dag.

19. Bolagen Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd och Magellan Robotech Limited (nedan kallade klagandebolagen) väckte talan mot det beslutet vid Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), som ogillade deras talan i dom nr 9734/2018 respektive nr 9730/2018, båda av den 4 oktober 2018.

20. Klagandebolagen överklagade domarna i första instans till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen). ADM och Lotterie Nazionali överklagade också domarna, såvitt avsåg de invändningar om rättegångshinder som hade ogillats.

21. Genom ”icke-slutliga deldomar” nr 6079 och nr 6080 av den 3 november 2019, ogillade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) ADM:s och Lotterie Nazionalis överklaganden, och ifrågasatte i sak om artikel 20.1 i lagdekret nr 148/17 var förenlig med unionsrätten.

22. Mot denna bakgrund har Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska unionsrätten – i synnerhet etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 FEUF och följande artiklar, artikel 56 FEUF och följande artiklar) samt de [unionsrättsliga] principerna om rättssäkerhet, icke-diskriminering, öppenhet, opartiskhet, fri konkurrens, proportionalitet, skydd för berättigade förväntningar och samstämmighet samt artiklarna 3 och 43 i direktiv 2014/23/EU, i den mån de sistnämnda är tillämpliga – tolkas så, att den utgör hinder för bestämmelser såsom artikel 20.1 i lagdekret nr 148 av den 16 oktober 2017 och därtill relaterade genomförandeakter genom vilka det fastställs att ’1. Genom tillämpning av artikel 21.3 och 21.4 i lagdekret nr 78 av den 1 juli 2009, som, med ändringar, omvandlats till lag nr 102 av den 3 augusti 2009, ger Agenzia delle dogane e dei monopoli (tull- och monopolmyndigheten) tillstånd till att fortsätta det befintliga koncessionsförhållandet avseende insamling av insatser, däribland på distans, i inhemska

[9] ADM hade ersatt Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

lotterier med direktdragning fram till det utgångsdatum som fastställs i artikel 4.1 i koncessionsavtalet, på så sätt att det säkerställs nya och större intäkter för statskassan i en storlek om 50 miljoner euro för år 2017 och 750 miljoner euro för år 2018', i en situation där

– det i artikel 21.1 i lagdekret nr 78 av den 1 juli 2009, som med ändringar omvandlades till lag nr 102 av den 3 augusti 2009, föreskrivs att de aktuella koncessionerna i regel tilldelas flera aktörer som ska utses genom urvalsförfaranden som är öppna, konkurrensutsatta och icke-diskriminerande,

– det i artikel 21.4 i nämnda lagdekret föreskrivs att de koncessioner som avses i artikel 21.1 i tillämpliga fall får förnyas en enda gång,

– klagandebolagen inte deltog i det urvalsförfarande som genomfördes år 2010,

– det specifika befintliga förhållandet ursprungligen ingicks med en enda koncessionshavare genom ett offentligt urvalsförfarande där ett enda anbud lämnades,

– det fortsatta befintliga koncessionsförhållandet i praxis skulle leda till att det enbart fortsätter med nämnda enda koncessionshavare, och inte genom förnyelser av förhållandena med flera aktörer, utan att något ytterligare urvalsförfarande genomförs?

2) Ska unionsrätten – i synnerhet etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 FEUF och följande artiklar, artikel 56 FEUF och följande artiklar) samt de [unionsrättsliga] principerna om rättssäkerhet, icke-diskriminering, öppenhet, opartiskhet, fri konkurrens, proportionalitet, skydd för berättigade förväntningar och samstämmighet samt artiklarna 3 och 43 i direktiv 2014/23/EU, i den mån de sistnämnda är tillämpliga – tolkas så, att den utgör hinder för bestämmelser såsom artikel 20.1 i lagdekret nr 148 av den 16 oktober 2017, där det genom uttrycklig tillämpning av artikel 21.3 och 21.4 i lagdekret nr 78 av den 1 juli 2009, som, med ändringar, omvandlats till lag nr 102 av den 3 augusti 2009, stadgas att 'Agenzia delle dogane e dei monopoli ger tillstånd till att fortsätta det befintliga koncessionsförhållandet avseende insamling av insatser, däribland på distans, i inhemska lotterier med direktdragning fram till det utgångsdatum som fastställs i artikel 4.1 i koncessionsavtalet, på så sätt att det säkerställs nya och större intäkter för statskassan i en storlek om 50 miljoner euro för år 2017 och 750 miljoner euro för år 2018', och där det i detta sammanhang fastställs

– att det enda befintliga koncessionsförhållandet fortsätter att löpa i stället för att det eventuellt förnyas koncessioner till flera aktörer som avses i artikel 21.4 i lagdekret nr 78 av den 1 juli 2009 som, med ändringar, omvandlats till lag nr 102 av den 3 augusti 2009, och utan att något nytt urvalsförfarande genomförs,

– på grundval av ett beslut som fattades vid en tidigare tidpunkt än koncessionens utgångsdatum, när det beaktas att lagdekret nr 148/2017 trädde i kraft den 16 oktober 2017, det vill säga samma datum som det offentliggjordes i Gazzetta Ufficiale [della Repubblica] italiana (Republiken Italiens officiella tidning), medan koncessionen skulle löpa ut senare, närmare bestämt den 30 september 2019,

– på så sätt att det säkerställs nya och större intäkter för statskassan i en storlek om 50 miljoner euro för år 2017 och 750 miljoner euro för år 2018, varpå beslutet dels ändrar vissa aspekter rörande regler och frister för betalning av koncessionsavgiften, dels kan

påverka den sammanlagda avgiftsstorleken i och med att avgiften blir mer betungande till följd av bland annat ändringen av betalningsfristerna, vilka tidigareläggs i förhållande till den ursprungliga koncessionen mot bakgrund av – enligt klagandenas argument – den objektiva och välkända omständigheten att tiden har ett ekonomiskt värde?

3) Ska unionsrätten – i synnerhet etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 och följande artiklar FEUF, artikel 56 och följande artiklar FEUF) samt de [unionsrättsliga] principerna om rättssäkerhet, icke-diskriminering, öppenhet, opartiskhet, fri konkurrens, proportionalitet, skydd för berättigade förväntningar och samstämmighet samt artiklarna 3 och 43 i direktiv 2014/23/EU, i den mån de sistnämnda är tillämpliga – tolkas så, att den utgör hinder för bestämmelser såsom de som återfinns i nämnda lagdekrets genomförandeakter, i synnerhet Agenzia delle Dogane e dei Monopolis meddelande nr 0133677 av den 1 december 2017, där det – genom uttrycklig tillämpning av artikel 20.1 i lagdekret nr 148 av den 16 oktober 2017 och i överensstämmelse med artikel 4 första stycket i koncessionsavtalet angående anordnande av lotterier med direktdragning, enligt vilken koncessionen får förnyas en enda gång – dels fastställs ett nytt utgångsdatum för koncessionsförhållandet till den 30 september 2028, dels stadgas att bestämmelserna i artikel 4 om uppdelning av koncessionens löptid i två perioder om fem respektive fyra år (i den mening att det fortsatta förhållandet efter den första perioden om fem år från den 1 oktober 2019 med en ytterligare period om fyra år fram till den 30 september 2028 villkoras av att Agenzia delle Dogane e dei Monopoli gör en positiv bedömning av driften, som ska göras senast den 30 mars 2024) under alla omständigheter inte påverkas, dels föreskrivs att bolaget ska betala ett belopp om 50 miljoner euro senast den 15 december 2017, ett belopp om 300 miljoner euro senast den 30 april 2018 och ett belopp om 450 miljoner euro senast den 31 oktober 2018,

   – på grundval av ett beslut som fattades före det ursprungliga utgångsdatumet för den aktuella koncessionen (Agenzia delle Dogane e dei Monopolis meddelande nr 0133677 antogs den 1 december 2017, medan koncessionsavtalet skulle löpa ut senare, närmare bestämt den 30 september 2019),

   – med den följden att bolaget åläggs att betala 800 miljoner euro (50 miljoner euro senast den 15 december 2017, 300 miljoner euro senast den 30 april 2018 och 450 miljoner euro senast den 31 oktober 2018) tidigare än den ursprungligen fastställda fristen (30 september 2019),

   – vilket kan påverka den sammanlagda avgiftsstorleken i och med att den blir mer betungande mot bakgrund av – enligt klagandenas argument – den objektiva och välkända omständigheten att tiden har ett ekonomiskt värde?

4) Ska unionsrätten – i synnerhet etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 49 och följande artiklar FEUF, artikel 56 och följande artiklar FEUF) samt de [unionsrättsliga] principerna om rättssäkerhet, icke-diskriminering, öppenhet, opartiskhet, fri konkurrens, proportionalitet, skydd för berättigade förväntningar och samstämmighet samt artiklarna 3 och 43 i direktiv 2014/23/EU, i den mån de sistnämnda är tillämpliga – tolkas så, att den utgör hinder för bestämmelser såsom de aktuella, även om de aktörer inom sektorn som vid nuvarande tidpunkt har intresse av att få tillträde till marknaden inte deltog i det urvalsförfarande som ursprungligen genomfördes för att tilldela den koncession som snart skulle löpa ut och som nu däremot har fortsatt med den tidigare koncessionshavaren enligt de anförda nya avtalsvillkoren eller rör det sig enbart om en inskränkning av tillträde till marknaden om de berörda aktörerna faktiskt deltog i det ursprungliga urvalsförfarandet?”

III. Förfarandet vid domstolen

23. Begärandena om förhandsavgörande registrerades vid domstolen den 23 september 2019. Eftersom det finns ett samband mellan dem, beslutade domstolen att förena målen.

24. Skriftliga yttranden har inkommit från Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, den italienska regeringen och kommissionen, vilka skriftligen besvarade de frågor som domstolen ställt till dem.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

25. Consiglio di Statos (Högsta förvaltningsdomstolens) frågor i begäran om förhandsavgörande rör framför allt tvistens materiella aspekter, vilka tolkningsfrågorna 1–3 handlar om.

26. Den fjärde frågan har däremot snarare en processuell prägel, eftersom den hänskjutande domstolen där undrar huruvida den omständigheten att klagandebolagen, som är ”aktörer inom sektorn som vid nuvarande tidpunkt har intresse av att få tillträde till marknaden”, inte deltog i det ursprungliga urvalsförfarandet, på något sätt påverkar tvisten.

27. Efter att jag bedömt den första tolkningsfrågan, ska jag samla mina reflektioner kring den andra och den tredje frågan. Det är lämpligt att behandla dem båda tillsammans, med hänsyn till det nära sambandet mellan dem.

28. Dessförinnan ska det klargöras vilken unionsrättslig bestämmelse som är tillämplig i dessa mål och vilka allmänna regler som fastställs i domstolens rättspraxis och i direktiv 2014/23, när det gäller ändring av villkoren för koncessioner.

29. Jag vill också påpeka att det i detta mål inte har framförts någon invändning mot den italienska lagstiftningen på grund av att den föreskriver att den här typen av lotterier ska omfattas av ett koncessionssystem, om vars förenlighet med unionsrätten domstolen redan har uttalat sig. [10]

30. Koncessionens sammanlagda löptid (nio år till att börja med och eventuellt nio år till) har inte tagits upp i detta mål [11] och inte heller några andra aspekter av koncessionssystemet. [12]

[10] Dom av den 19 december 2018, Stanley International Betting och Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; nedan kallad domen Stanley International Betting och Stanleybet Malta, punkt 66): ”domstolen [har] inom sektorn för hasardspel … godtagit tillämpningen av ett system med koncessioner, med motiveringen att det kan utgöra en effektiv mekanism som möjliggör kontroll av de aktörer som är verksamma inom denna sektor för att förhindra att de använder sin verksamhet i brottsliga eller bedrägliga syften (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 2013, Biasci m.fl., C-660/11 och C-8/12, EU:C:2013:550, punkt 24 och där angiven rättspraxis)”.

[11] En koncessions sammanlagda löptid skulle kunna vara en relevant faktor. Av rättspraxis följer att ”beviljandet av tillstånd för en period som kan omfatta 15 år kan få till följd att aktörer i andra medlemsstater får det svårare eller helt hindras från att utöva de friheter som garanteras i artiklarna 43 EG och 49 EG” (dom av den 9 september 2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506, punkt 46).

[12] Av lydelsen av de domar som Tribunale amministrativo regionale del Lazio meddelade i första instans, framgår att det hade väckts talan mot den första tilldelningen av koncessionen, i vilken Sisal deltog, och att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) slutgiltigt avgjorde den i sin dom nr 1705/2010.

B. Tillämpliga bestämmelser

31. Enligt artikel 54 i direktiv 2014/23 får direktivet ”inte tillämpas på tilldelning av koncessioner som omfattades av ett anbudsförfarande eller tilldelades före den 17 april 2014”. Eftersom den ursprungliga koncessionen för nationella lotterier med direktdragning tilldelades år 2010, tycks den bestämmelsen i princip [13] utesluta att direktiv 2014/23 tillämpas i detta mål. [14]

32. Jag vill redan här påpeka att oavsett hur denna fråga besvaras, måste under alla förhållanden domstolens rättspraxis om hur artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, som rör etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, påverkar reglerna om offentlig upphandling, beaktas.

33. I nämnda rättspraxis drar domstolen på grundval av de två bestämmelserna slutsatser om när väsentliga ändringar av ett offentligt kontrakt i princip kan kräva en ny anbudsinfordran. Detta kriterium ska även tillämpas på avtal om tjänstekoncession. [15]

34. Om en koncession ska bli föremål för en ny anbudsinfordran vid väsentliga ändringar i villkoren för den, måste den omfattas av de bestämmelser som gällde den dag den tillkännagavs och inte de som gällde när den ursprungliga koncessionen tilldelades. [16]

35. Det innebär att om de ändringar i villkoren för koncessionen för nationella lotterier med direktdragning som infördes genom lagdekret nr 148/17 hade varit så väsentliga att det hade krävts en ny anbudsinfordran, skulle direktiv 2014/23 ha varit tillämpligt på den av tidsmässiga skäl. [17]

36. Samma kriterium kan tillämpas vid förlängningar som den som är aktuell i förevarande mål, även om de har angetts i den ursprungliga koncessionen. Om beviljandet av en förlängning med en ny lång period (nio år) bygger på en bedömning som den upphandlande myndigheten gör i det enskilda fallet, och som inte är automatisk, [18] finner jag det mer logiskt att det regelverk som gällde då bedömningen gjordes ska tillämpas.

[13] Domen Stanley International Betting och Stanleybet Malta, punkt 34: ”Enligt fast rättspraxis på området för offentlig upphandling, vilken är analogt tillämplig på tjänstekoncessioner, är det tillämpliga direktivet i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av ett offentligt kontrakt”.

[14] I förevarande mål kan det inte anses föreligga en rent nationell situation. På grund av sin beskaffenhet har koncessionen en viss gränsöverskridande dimension, som sträcker sig längre än den nationella, och två av klagandebolaget har sitt säte utanför Italien.

[15] Dom av den 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 37): ”I syfte att säkerställa insyn i förfarandena och likabehandling av anbudsgivarna skulle betydande ändringar som görs i de väsentliga bestämmelserna i ett avtal om tjänstekoncession, under vissa förutsättningar, kunna kräva att ett nytt koncessionsavtal tilldelas, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga koncessionsavtalet.”

[16] Dom av den 18 september 2019, kommissionen/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 60): ”… är tillämplig unionslagstiftning den som är i kraft det datum då [den betydande] ändringen görs”. I sitt svar på domstolens frågor, gjorde Italiens regering gällande att denna rättspraxis, rörande Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, inte är tillämpligt på grund av att direktiv 2014/23 innehåller en särskild bestämmelse (artikel 54) som inte fanns i det förstnämnda direktivet. Jag instämmer inte med detta argument, som är ett cirkelresonemang, eftersom påbudet i nämnda artikel 54 förutsätter att det inte har gjorts betydande ändringar.

[17] Lagdekret nr 148/17 och ADM:s efterföljande not kom efter det datum då direktiv 2014/23 skulle vara införlivat (den 18 april 2016, enligt artikel 51.1).

[18] I sina svar på domstolens frågor underströk Stanleybet Malta, Magellan Robotech och kommissionen att det inte fanns någon *skyldighet* att låta koncessionsförhållandet fortsätta.

37. Genom artiklarna 3 och 43 i direktiv 2014/23 införlivas under alla förhållanden bara domstolens praxis rörande offentlig upphandling i en lagtext:

– I artikel 3 behandlas principen om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet och ”huvudsyftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att det öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater”. [19]

– Artikel 43, som reglerar ändringar av koncessioner under löptiden, bygger också på fast rättspraxis, [20] av vilken följer att ”i princip ska en väsentlig ändring av ett koncessionsavtal … leda till ett nytt upphandlingsförfarande för det kontrakt som således ändrats”. [21]

38. Oavsett om rättspraxis rörande iakttagandet av etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster eller artiklarna 3 och 43 i direktiv 2014/23 beaktas, blir resultatet i stort sett detsamma.

39. Vad beträffar den omständigheten att direktiv 2014/23 av materiella skäl inte är tillämpligt enligt skäl 35 i direktivet, [22] vilket Lotterie Nazionali har hänvisat till, [23] räcker det att konstatera att det i förevarande mål genomfördes ett konkurrensutsatt upphandlingsförfarande som offentliggjordes.

C. Allmänna bestämmelser om ändringar av koncessioner

40. I enlighet med ovan redovisade rättspraxis, görs det i artikel 43 i direktiv 2014/23 skillnad mellan ändringar av koncessioner som får göras ”utan ett nytt koncessionstilldelningsförfarande” (punkterna 1 och 2) och övriga ändringar. De sistnämnda ändringarna betecknas som *väsentliga*.

41. I punkt 5 i den artikeln anges tydligt att ”ett nytt koncessionstilldelningsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i en koncession under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2”.

42. Punkt 4 i artikel 43 i direktiv 2014/23 är av central betydelse för att avgöra när en ändring är väsentlig och kräver att ett nytt förfarande inleds. ”En ändring av en koncession under dess löptid ska anses vara väsentlig … om den innebär att koncessionen till sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks.”

[19] Dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 31 och 32).

[20] Skäl 75 i direktiv 2014/23 återspeglar det på följande sätt: ”Det är … nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av en koncession under dess utförande kräver ett nytt koncessionstilldelningsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol”.

[21] Dom av den 18 september 2019, kommissionen/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 59). Såväl i denna dom som i dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54), beaktas ändringar i de viktigaste aspekterna av avtalet. Mindre eller underordnade ändringar är naturligtvis tillåtna och medför inte att en ny anbudsinfordran krävs. Skäl 75 i direktiv 2014/23 bekräftar detta: ”Ändringar av koncessionen som leder till smärre förändringar av koncessionsvärdet upp till ett visst värde bör alltid vara möjliga utan att ett nytt förfarande för tilldelning av koncessioner måste genomföras.”

[22] ”Det är lämpligt att från detta direktivs tillämpningsområde undanta koncessioner avseende anordnande av lotterier som en medlemsstat tilldelar en ekonomisk aktör på grundval av en ensamrätt som beviljats genom ett förfarande utan offentlighet enligt tillämpliga nationella lagar och andra offentliggjorda författningar i enlighet med EUF-fördraget. Detta undantag motiveras av att beviljandet av ensamrätter till en ekonomisk aktör gör det omöjligt att tillämpa ett konkurrensutsatt förfarande för tilldelningen och det är dessutom nödvändigt att bevara medlemsstaternas möjlighet att reglera spelsektorn på nationell nivå på grund av deras skyldighet att skydda den allmänna och sociala ordningen.”

[23] Punkt 9 i dess skriftliga yttrande.

43. För att precisera denna allmänna regel anges i punkt 4 fyra fall där ändringarna anses vara väsentliga, av vilka två kan vara relevanta i förevarande mål:

– ”I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga koncessionstilldelningsförfarandet, skulle ha medfört … ytterligare deltagare i koncessionstilldelningsförfarandet.” [24]

– ”Ändringen innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren på ett sätt som inte medgavs i den ursprungliga koncessionen.” [25]

D. Den första tolkningsfrågan

44. Efter att ha påpekat att klagandebolagen inte deltog i det urvalsförfarande som genomfördes i enlighet med lagdekret nr 78/2009, menar Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att detta kan ha berott på att förnyelsen av koncessionen bara var en eventualitet, eftersom den var beroende av den berörda myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning.

45. Detta utrymme för skönsmässig bedömning bortföll enligt klagandebolagen till följd av införandet av lagdekret nr 148/17, som trädde i kraft hela två år före den tidigare koncessionens utgångsdatum.

46. Den eventuella oförenligheten med unionsrätten utgjordes således av att 2017 års lagstiftare, genom en rättsakt hade tagit bort alla möjligheter till skönsmässig bedömning från myndighetens sida när det gällde beslutet att fortsätta koncessionsförhållandet eller att genomföra ett nytt urvalsförfarande.

47. Jag anser att det till att börja med bör påpekas att möjligheten att fortsätta koncessionsförhållandet under ytterligare en nioårsperiod redan fanns med i den ursprungliga rättsakten, vilken i sin tur iakttog lagdekret nr 78/2009.

48. Denna omständighet är viktig för när den bestämmelsen *aktiverades* genomfördes rättsakten, helt enkelt genom att en av bestämmelserna i det ursprungliga koncessionsavtalet tillämpades.

49. Som jag ska komma närmare in på längre fram, ändrade inte utövandet av rätten att förnya koncessionen, en enda gång, under den nya nioårsperioden, den ursprungliga modellen, vilken var anpassad till systemet med flera koncessionshavare (det medgav upp till fyra olika koncessionshavare).

50. Modellen som sådan kvarstod oförändrad. Eftersom bara en enda ekonomisk aktör i själva verket hade deltagit i urvalsförfarandet när det genomfördes år 2010 och därmed hade blivit den enda koncessionshavaren, måste den fortsättning av koncessionsförhållandet i ytterligare nio år, vilken föreskrevs i den ursprungliga rättsakten, tilldelas denne.

51. I samma ursprungliga rättsakt föreskrivs emellertid också att det krävs en positiv bedömning av koncessionshavarens drift från den koncessionsgivande myndighetens sida, för man ska kunna gå vidare med en andra nioårsperiod.

[24] Domstolen tog upp denna möjlighet i dom av den 7 september 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 29): ”en inskränkning av kontraktsföremålet kan få till följd att ett större antal ekonomiska aktörer kan bli intresserade av att lämna anbud”.

[25] En bakgrund till denna regel i rättspraxis finns in dom av den 19 juni 2008, Finn Fronge (C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 37).

52. Med förbehåll för det som jag ska redogöra för när det gäller särskilda krav på anbudsgivaren för att koncessionsförhållandet ska få fortsätta i ytterligare nio år, anser jag att det saknar betydelse huruvida denna fortsättning har beslutats genom ett lagdekret, efter det att den koncessionsgivande myndigheten bekräftat att det var förenligt med allmänintresset.

53. I en not av den 19 september 2017 [26] gjorde ADM en positiv bedömning av Lotterie Nazionalis dittillsvarande drift och redogjorde för skälen till att det var lämpligt att fortsätta koncessionsförhållandet med det bolaget i ytterligare nio år, i enlighet med den ursprungliga rättsakten. När ADM gjorde denna bedömning använde den sig av sitt utrymme för skönsmässig bedömning, som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har hänvisat till.

54. Av noten framgår att ett fortsatt koncessionsförhållande med Lotterie Nazionali inte bara gynnade allmänintresset i ekonomiskt hänseende, utan även motiverades av den positiva bedömningen av bolagets agerande. [27]

55. Lagdekret nr 148/17 bekräftade således att det var lämpligt att fortsätta det koncessionsförhållande som ADM redan skönsmässigt hade bedömt.

56. Oavsett skälen till att denna fortsättning beslutades genom ett lagstiftningsbeslut och inte genom en rättsakt från den statliga koncessionsgivande myndigheten, hade denna offentliga myndighet som nämnts redan innan lagdekret nr 148/17 antogs, gjort en positiv bedömning av koncessionshavararens drift och slagit fast att det fanns ett allmänintresse av att koncessionsförhållandet fortsatte.

1. Flera koncessionshavare och en enda koncessionshavare

57. På flera ställen i besluten att begära förhandsavgörande och i några av yttrandena från de parter som motsätter sig att koncessionsförhållandet ska fortsätta till förmån för Lotterie Nazionali, [28] har det gjorts gällande att en sådan fortsättning skulle innebära att ett system med flera koncessionshavare omvandlades till ett system med en enda koncessionshavare.

58. Jag har tidigare klargjort att det system med flera koncessionshavare som fanns i lagdekret nr 78/2009, fortfarande gällde när koncessionsförhållandets fortsättning godkändes, och att det inte i sig ersattes av en modell med en enda koncessionshavare genom lagdekret nr 148/17.

59. Jag har även förklarat att den omständigheten att det bara kunde anses finnas en koncessionshavare inom ramen för denna tvist, inte berodde på tillämpningen av bestämmelsen utan på en rent faktisk omständighet, nämligen att bara en anbudssökande deltog i urvalsförfarandet.

[26] Noten var ett svar på koncessionsbolagets hemställan av den 26 juli 2017 om att få koncessionen förnyad.

[27] Enligt ADM hade koncessionshavaren upprätthållit de erforderliga uppbördsnivåerna. Bolaget hade på ett effektivt sätt och i enlighet med ADM:s anvisningar, förvaltat det fysiska distributionsnätet för nationella lotterier med direktdragning och hade noga vinnlagt sig om att på ett korrekt sätt i tid betala koncessionsavgiften till staten, samt betalat ut vinsterna till konsumenterna.

[28] De som anser att ett nytt urvalsförfarande behöver genomföras, menar att lagdekret nr 148/17 öppnade upp för en modell med en enda koncessionshavare genom beslutet att koncessionen skulle förnyas.

60. I ett unionsrättsligt perspektiv skulle båda alternativen i princip kunna vara giltiga, vilket domstolen har bekräftat.[29] För att på normativ nivå få välja en modell med en enda koncessionshavare, krävdes det emellertid att det på ett sammanhängande sätt syftade till att uppnå ett legitimt mål.

61. Jag anser inte att det är nödvändigt att gå vidare i den riktningen för att undersöka om en modell med en enda koncessionshavare är motiverad, eftersom en sådan modell inte är aktuell i förevarande fall.

62. Visserligen nämner ADM i sin not av den 19 september 2017 systemet med en enda koncessionshavare, vilket den offentliga myndigheten då ansåg vara att föredra.[30] Det var emellertid överväganden som ADM gjorde i andra hand, för det fallet att en fortsättning av koncessionsförhållandet med Lotterie Nazionali, vilket var vad ADM förespråkade, inte godtogs.[31]

63. Jag anser således att det inte är lämpligt att diskutera ett (icke-existerande) byte av modell. Den italienska lagstiftarens avsikt (även med att anta lagdekret nr 148/17) var inte att modellen med en enda koncessionshavare fortsättningsvis skulle tillämpas på koncessioner för att bedriva inhemska lotterier med direktdragning. I det lagdekretet valde lagstiftaren helt enkelt att fortsätta koncessionsförhållandet, i enlighet med villkoren i den ursprungliga rättsakten, med det bolag som hade utsetts till koncessionshavare efter att det ensamt deltagit i ett urvalsförfarande som genomförts enligt modellen med flera koncessionshavare.

E. Den andra och den tredje tolkningsfrågan

64. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) medger att lagdekret nr 148/17 har samma rättsliga grund och samma föremål som den ursprungliga koncessionen. Närmare bestämt sammanfaller det sammanlagda belopp som Lotterie Nazionali ska betala för den andra nioårsperioden med det som angavs i den ursprungliga rättsakten (800 miljoner euro).

65. I besluten att begära förhandsavgörande betonas emellertid en *ändring* som rör ”vissa aspekter rörande regler och frister för betalning av koncessionsavgiften”, nämligen att tidigarelägga betalningen av denna koncessionsavgift till 2017 (50 miljoner euro) och till 2018 (750 miljoner euro).[32]

66. Denna omständighet kan, enligt den hänskjutande domstolen, ”påverka den sammanlagda avgiftsstorleken i och med att den blir mer betungande mot bakgrund av – enligt klagandenas argument – den objektiva och välkända omständigheten att tiden har ett ekonomiskt värde”.

[29] Domen Stanley International Betting och Stanleybet Malta, punkt 53 och domslutet: ”Artiklarna 49 och 56 FEUF ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning … som föreskriver ett system med en enda koncessionshavare för tillhandahållande av tjänster avseende automatiserat lotto och andra sifferspel med fasta odds, till skillnad från vad som gäller för andra spel, tips och vadhållning, för vilka det gäller ett system med flera koncessionshavare, under förutsättning att den hänskjutande domstolen fastställer att den nationella lagstiftningen faktiskt, på ett sammanhängande och systematiskt sätt, eftersträvar de legitima mål som åberopas av den berörda medlemsstaten.”

[30] Punkt 64 i den italienska regeringens yttrande.

[31] ADM gjorde bland annat gällande att om lösningen att låta koncessionsförhållandet fortsätta inte godtogs, behövde ramarna för de väsentliga delarna i det nya urvalsförfarandet fastställas i en ny rättsakt.

[32] Betalningen delades upp i tre delar: 50 miljoner euro senast den 15 december 2017, 300 miljoner euro senast den 30 april 2018 och 450 miljoner euro senast den 31 oktober 2018.

67. De som anser att denna nya betalningsform inte utgjorde någon väsentlig ändring, har gjort gällande att koncessionsavgiften var densamma (800 miljoner euro) vid tilldelningen år 2010 och vid förnyelsen år 2017. Dessutom menar de att den tidigarelagda betalningen är mer betungande för koncessionshavaren, eftersom den till och med ska betalas innan den andra nioårsperioden börjar löpa.

68. För att besvara Consiglo di Statos frågor behöver det: a) göras en jämförelse mellan betalningsformen för den första och den andra koncessionsperioden, b) för det fallet att jämförelsen visar att det skett en ändring, avgöras huruvida den var väsentlig eller inte.

1. Jämförelse mellan betalningsformerna

69. I den ursprungliga koncessionen uppgick den koncessionsgivande myndighetens intäkter till minst 500 miljoner euro det första året (2009) och 300 miljoner euro det andra året (2010).

70. Enligt den fördelning av betalningar som infördes genom lagdekret nr 148/17, uppgick som nämnts dessa intäkter till statskassan till 50 miljoner euro för det första året (2017) och 750 miljoner euro för det andra året (2018), vilket innebar att betalningen av koncessionsavgiften för den andra koncessionsperioden i själva verket tidigarelades.

71. De nya betalningsvillkoren innebar således följande:

– Den första delbetalningen (50 miljoner euro) för den nya perioden motsvarade en tiondel av den avgift som föreskrivits (500 miljoner euro) för den första delbetalningen i bestämmelserna om 2010 års koncession.

– Den andra delbetalningen (750 miljoner euro) för den nya perioden var däremot mer en dubbelt så stor som dess motsvarighet (300 miljoner euro) i den ursprungliga koncessionen.

72. Det skedde således en ändring av den takt i vilken koncessionshavaren skulle betala in koncessionsavgiften, men inte av avgiftens storlek och inte av dess uppdelning i två på varandra följande delbetalningar.

73. Så som kommissionen har påpekat [33] är det rimligt att anta att sänkningen av den första delbetalningens storlek (50 miljoner euro) gjorde det möjligt för koncessionshavaren att *förbereda sig* bättre för den andra delbetalningen (750 miljoner euro) året efter. Även om den andra delbetalningen var mer än dubbelt så stor som den motsvarande delbetalning som föreskrivits i lagdekret nr 78/2009, fick koncessionshavaren redan från början intäkter från själva koncessionen, vilket innebär att det inte kan uteslutas att systemet som helhet gynnade denne.

74. Tidigareläggandet med två år av betalningen av koncessionsavgiften för den nya perioden, kunde emellertid i sig medföra ekonomiska nackdelar för koncessionshavaren, som motsvarar de nackdelar som drabbar varje ekonomisk aktör som måste tidigarelägga betalningen av ett vederlag för intäkter som denne ännu inte har fått. [34]

[33] Punkterna 47–49 i dess skriftliga yttrande.

[34] Detta har Lotterie Nazionali (sista stycket i punkt 32 och sista meningen i den andra strecksatsen i punkt 35 i dess skriftliga yttrande) och Lottomatica (punkt 4.3 i dess yttrande) antytt. Det kan emellertid inte uteslutas att Lotterie Nazionali gick med på att tidigarelägga betalningen, eftersom det när allt kommer omkring gynnade bolaget. I annat fall skulle bolaget logiskt sett inte ha gått med på att fortsätta koncessionsförhållandet.

2. Väsentlig ändring?

75. Om vi för tillfället bortser från de övriga omständigheterna kring betalningen av koncessionsavgiften, utgjorde beslutet att fortsätta koncessionsförhållandet med Lotteria Nazionali i ytterligare nio år inte någon ändring (varken väsentlig eller mindre) av själva koncessionen, eftersom det var förenligt med den ursprungliga rättsakten.

76. Annorlunda hade det förhållit sig om förnyelsen av koncessionen inte redan från början hade föreskrivits i den rättsakten. Om man i ett sådant fall hade förlängt en koncession som löpt ut med nio år, antingen genom lag eller genom ett självständigt beslut av den upphandlande myndigheten, utan att tillämpa urvalsförfarandena, skulle det utan tvekan ha inneburit en väsentlig ändring av koncessionsavtalet. [35]

77. Diskussionen är således begränsad till en bedömning av huruvida den betalningsform som gällde under den andra koncessionsperioden, var *väsentligt* annorlunda än betalningsformen under den första perioden.

78. Jag vill erinra om att förutom den rättsliga grunden och föremålet för koncessionen förblev den koncessionsavgift som koncessionshavaren skulle erlägga oförändrad under de två perioderna, liksom kravet att betalningen skulle ske i två delar som avsåg det första och det andra året under var och en av de perioderna.

79. Den ändring som i själva verket gjordes var den som avsåg storleken på de två delbetalningarna, vilka skilde sig åt på det sätt som jag tidigare har beskrivit, samt tidigareläggandet till 2017 och 2018 av dessa betalningar, i förhållande till den nya koncessionsperioden som började löpa år 2019. [36]

80. Med förbehåll den bedömning som görs av den hänskjutande domstolen, vilken har bättre förutsättningar att uttala sig om detta, eftersom den känner till tvisten, anser jag inte att ändringen av beloppen för delbetalningarna kan betecknas som väsentlig. Om en avvägning görs mellan fördelarna och nackdelarna för koncessionshavaren och den koncessionsgivande myndigheten, förefaller detta inte ha rubbat koncessionens ekonomiska jämvikt till förmån för myndigheten, på ett sådant sätt att det krävdes ett nytt urvalsförfarande.

81. Det krävs en mer djupgående ekonomisk analys för att klarlägga huruvida det som förefaller ha varit en nackdel för koncessionshavaren (en tidigareläggning av betalningarna, när Lotterie Nazionali ännu inte kunde få några egna intäkter under den andra koncessionsperioden) verkligen var det, eller om det paradoxalt nog i stället kunde gynna denne, eller om den ursprungliga ekonomiska jämvikten helt enkelt bibehölls.

[35] Domstolen har bekräftat detta, med avseende på förnyelser eller förlängningar av italienska koncessioner, i dom av den 13 september 2007, kommissionen/Italien (C-260/04, EU:C:2007:508), beträffande koncessioner för verksamhet med vadhållning på hästar och insamling av insatser, i dom av den 14 juli 2016, Promoimpresa (C-458/14 och C-67/15, EU:C:2016:558), beträffande tilldelning av koncessioner av allmänt ägd mark, och dom av den 18 september 2019, kommissionen/Italien (C-526/17, EU:C:2019:756), beträffande en koncession för byggentreprenad.

[36] Enligt artikel 20.1 i lagdekret nr 148/17 var syftet med det att ”säkerställa nya och större intäkter för statskassan … för år 2017 … och … för år 2018”, det vill säga att skapa likviditet under de två åren i stället för att invänta betalningen av koncessionsavgiften 2019 och 2020.

82. I resonemanget i ADM:s not av den 19 september 2017 rörande fördelarna med att låta koncessionsförhållandet med koncessionshavaren fortsätta under en andra nioårsperiod, påpekade ADM samtidigt att det fanns andra aktörer som var beredda att träda i koncessionshavarens ställe.[37] I besluten att begära förhandsavgörande nämns också ”aktörer inom sektorn som vid nuvarande tidpunkt har intresse av att få tillträde till marknaden”.

83. Klagandebolagens förväntningar kan emellertid inte ges företräde framför den uppenbara omständigheten att den ursprungliga koncessionen redan från början föreskrev en möjlighet till förnyelse, utan konkurrens från utomstående, under en andra nioårsperiod. De förväntningarna kan infrias fullt när den nioårsperioden (som inte kan förlängas) har löpt ut.

84. Lottomatica Holding och Lotterie Nazionali har å sin sida gjort gällande[38] att tidigareläggandet till 2017 av beslutet att fortsätta koncessionsförhållandet, var motiverat. I annat fall skulle det ha behövts en tillräckligt lång tid för att genomföra ett nytt urvalsförfarande och ha en utsedd koncessionshavare den 30 september 2019.

85. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att klarlägga huruvida det fanns ett sådant skäl, eller något annat, för att påbörja kontakterna med koncessionshavaren innan den första nioårsperioden hade löpt ut och för att besluta huruvida koncessionsförhållandet skulle fortsätta under den andra nioårsperioden.

86. Under alla förhållanden anser jag att den faktorn saknar betydelse för frågan huruvida ändringarna av villkoren för betalning av koncessionsavgiften, kan betecknas som väsentliga ändringar av koncessionen. Vad som är intressant i det här sammanhanget är att se till innehållet i dessa ändringar, och inte till den tidpunkt då den koncessionsgivande myndigheten beslutade att göra dessa ändringar.

87. De tidsmässiga omständigheterna kring ADM:s beslut, skulle kunna påverka andra delar av domstolsprövningen av det (det skulle till exempel kunna visa sig att det förelegat maktmissbruk), men jag anser inte att de är relevanta för att avgöra huruvida det skedde än väsentlig ändring av villkoren för koncessionen.

88. Om tvisten begränsas till att avgöra huruvida ändringen av betalningssekvensen ska anses vara väsentlig, på grund av att den ”innebär att koncessionen till sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks” (artikel 43.4 i direktiv 2014/23), anser jag sammanfattningsvis att den inte ska det, även om det som nämnts är den hänskjutande domstolen som ska ha det sista ordet i denna fråga.

F. Tolkningsfråga 4

89. Med sin fjärde fråga vill Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i korthet veta om klagandebolagen, trots att de inte deltog i det ursprungliga urvalsförfarandet ”som nu … har fortsatt med den tidigare koncessionshavaren enligt de [i beslutet att begära förhandsavgörande] anförda nya avtalsvillkoren”, får invända mot förnyelsen av koncessionen.

[37] Att det fanns andra som var intresserade av att bli tilldelade koncessionen medger Lottomatica och Lotterie Nazionali i sina yttranden (punkt 4.2 respektive 26), när de motiverar att förnyelseförfarandet tidigarelades, med hänsyn till det stora antal tvister som uppkommer i samband med urvalsförfaranden inom spelsektorn i Italien. När klagandebolagen fick reda på att lagdekret nr 148/17 hade antagits, vände de sig utan dröjsmål till ADM för att uppmärksamma myndigheten på deras intresse för koncessionen (inlagor från Sisal av den 31 oktober och den 9 november 2017, och från Stanleybet Malta av den 8 november 2017, vilka bifogats deras yttranden).

[38] Punkt 4.2 respektive punkt 26 i deras skriftliga yttranden.

90. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) anser att de bolagen skulle kunna ha ett legitimt intresse, inte av att det genomförs ett nytt urvalsförfarande, utan av att den koncessionsgivande myndigheten utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den första koncessionsperioden har löpt ut.[39] I det sammanhanget är det således irrelevant huruvida de deltog i 2010 års urvalsförfarande eller inte.

91. Enligt domstolen kan som huvudregel ”[d]eltagande i ett upphandlingsförfarande … i princip, med avseende på artikel 1.3 i direktiv 89/665, med giltig verkan utgöra ett villkor som måste uppfyllas för att det skall kunna slås fast att den berörde har ett befogat intresse av att tilldelas det aktuella kontraktet eller riskerar att skadas på grund av att beslutet att tilldela upphandlingskontraktet påstås vara rättsstridigt”.[40]

92. Jag anser emellertid att denna huvudregel inte är tillämplig i förevarande mål, i vilket det inte handlar om att avgöra huruvida de som inte deltog som anbudsgivare i förfarandet för att välja ut en koncessionshavare, får överklaga det (första) tilldelningsbeslutet. Tvistefrågan här är huruvida klagandebolagen inom ramen för förnyelsen av koncessionen, fick göra gällande sitt intresse av att den förnyelsen skulle omfattas av ett urvalsförfarande och därmed ha möjlighet att tilldelas koncessionen.

93. Svaret på detta har samband med de sakfrågor som jag redan har behandlat, det vill säga huruvida ändringarna i villkoren för betalning av koncessionsavgiften för den andra perioden, var tillräckligt betydande för att de ursprungliga villkoren för koncessionen ska anses ha ändrats väsentligt.

94. För att det ska kunna avgöras huruvida dessa ändringar var väsentliga eller inte, vilket skulle kunna medföra en skyldighet att genomföra ett nytt urvalsförfarande där de kan delta, måste de berörda aktörerna tillerkännas rätt att väcka talan i domstol för att få det prövat.

V. Förslag till avgörande

95. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ger följande svar till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen):

”Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF samt artiklarna 3 och 43 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, ska tolkas på följande sätt:

1) När den ursprungliga rättsakten som ligger till grund för en koncession för att bedriva inhemska lotterier med direktdragning föreskriver att koncessionsförhållandet får fortsätta under en andra nioårsperiod, till förmån för samma koncessionshavare, utgör de artiklarna inte hinder för att en sådan åtgärd beslutas genom en bestämmelse som har ställning som lag, efter det att den koncessionsgivande myndigheten har bekräftat att fortsättningen av koncessionsförhållandet är förenligt med allmänintresset och med den ursprungliga rättsakten.

[39] Detta framgår av punk 12 c.9 i besluten att begära förhandsavgörande.

[40] Dom av den 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilitàm.fl. (C-328/17, EU:C:2018:958, punkt 46).

2) Med förbehåll för den prövning som det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra, ska ändringar av koncessionsvillkoren som enbart begränsar sig till storleken på de delbetalningar som koncessionshavaren ska göra vid vart och ett av betalningstillfällena, samtidigt som den rättsliga grunden för koncessionen, föremålet för den och storleken på koncessionsavgiften och en uppdelning på två delbetalningar kvarstår, inte anses vara väsentliga i den mening som avses i artikel 43 i direktiv 2014/23.

3) De aktörer som är intresserade av att tilldelas koncessionen, får väcka talan mot beslutet att koncessionsförhållandet med koncessionshavaren ska fortsätta, med åberopande av att villkoren för denna fortsättning utgör en väsentlig ändring av den ursprungliga koncessionen. Det saknar i detta sammanhang betydelse att de aktörerna inte deltog i det ursprungliga urvalsförfarandet.”