Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 21 януари 2021 година[1]

Съединени дела C-721/19 и C-722/19

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

(Преюдициално запитване, отправено от Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия)

„Преюдициално запитване — Свобода на установяване — Свободно предоставяне на услуги — Ограничения — Директива 2014/23/ЕС — Членове 3 и 43 — Концесии — Процедури за подбор на концесионера — Моментни лотарии — Национално законодателство, което предвижда подновяване на концесията без провеждане на процедура за възлагане — Изменение на условията на концесията — Съществени изменения — Право на достъп до правни средства за защита“

1. Сред разрешените в Италия видове хазартни игри е и т.нар. „моментна национална лотария“[2], чието управление е възложено на концесия през 2009 г. Възлагащият орган избира концесионер чрез публична процедура за възлагане на концесия, която се основава на критерия за икономически най-изгодната оферта.

2. Декрет-закон № 78/2009[3] предвижда система за възлагане на концесии за моментната национална лотария, при която могат да бъдат избрани до четирима концесионери. Срокът на концесията е девет години, като той може да бъде продължен само веднъж за същия период от време.

[1] Език на оригиналния текст: испански.

[2] Става въпрос за лотарии от вида „изтрий и спечели“, при които участниците могат незабавно да узнаят резултата от залога си. След закупуването на билет отпечатаната и скрита случайна печеливша комбинация се разкрива при изтриване на определена част от самия билет.

[3] Декрет-закон № 78/2009 от 1 юли 2009 г. относно „мерки за борба с кризата и за удължаване на сроковете“ (GURI бр. 150 от 1 юли 2009 г.), преобразуван с изменения в Закон № 102 от 3 август 2009 г. (GURI бр. 179 от 4 август 2009 г.) (наричан по-нататък „Декрет-закон № 78/2009“).

3. В процедурата е взело участие само Lotterie Nazionali Srl (наричано по-нататък „Lotterie Nazionali“), което е определено за единствен концесионер.

4. Две години преди изтичането на първоначалния срок (2010—2019) нова правна уредба, а именно Декрет-закон № 148/17 [4], задължава възлагащия орган да разреши „продължаването на съществуващото концесионно правоотношение […] до изтичането на предвидения в […] концесионния акт максимален срок“ [5], тоест до 2028 г.

5. Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) има съмнения дали продължаването на концесионното правоотношение през този период, без да се провежда нова процедура за възлагане, е съвместимо с правото на свободно предоставяне на услуги и със свободата на установяване (членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС), както и с Директива 2014/23/ЕС [6].

6. Поставя се и въпросът дали операторите от сектора, които не са участвали в първоначалната процедура за възлагане, могат да се противопоставят на подновяването, изисквайки провеждането на нова процедура за възлагане.

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза. Директива 2014/23

7. Съгласно член 3 („Принцип на равнопоставеност, недискриминация и прозрачност“):

„1. Възлагащите органи и възложителите прилагат по отношение на икономическите оператори принципа на равнопоставеност, без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

[…]“.

8. Член 43 („Изменение на договорите през техния срок на изпълнение“) предвижда:

„1. Договорите за концесия могат да бъдат изменяни без нова процедура за възлагане на концесия в съответствие с настоящата директива в следните случаи:

а) когато измененията, независимо от паричната им равностойност, са предвидени в първоначалната документация за концесията чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи за преразглеждане, които могат да включват клаузи за изменение на цената или опции. В тези клаузи се посочват обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те може да се използват. Те не предвиждат изменения или опции, които биха променили цялостния характер на концесията;

[…]

[4] Декрет-закон № 148/2017 от 16 октомври 2017 г. относно „спешни мерки в областта на финансите и във връзка с неотложни нужди“ (GURI бр. 242 от 16 октомври 2017 г.), преобразуван с изменения в Закон № 172 от 4 декември 2017 г. (GURI бр. 284 от 5 декември 2017 г.) (наричан по-нататък „Декрет-закон № 148/2017“).

[5] На някои места в актовете за преюдициално запитване (например в точка 12, буква с.8) запитващата юрисдикция посочва, че продължаването на концесионното правоотношение по същество се доближава до подновяване (*rinnovo*) или удължаване на срока.

[6] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия (ОВ L 94, 2014 г., стр. 1).

д) когато измененията, независимо от стойността им, не са съществени по смисъла на параграф 4.

[…]

4. Изменението на договор за концесия в рамките на неговия срок на изпълнение се счита за съществено по смисъла на параграф 1, буква д), когато прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената. При всички случаи, без да се засягат параграфи 1 и 2, изменението се счита за съществено, когато е изпълнено едно или повече от следните условия:

а) изменението въвежда условия, които, ако бяха част от първоначалната процедура за възлагане на концесия, биха позволили допускането на кандидати, различни от първоначално избраните, или приемането на оферта, различна от първоначално приетата, или биха привлекли към участие в процедурата за възлагане на концесията допълнителни кандидати;

б) изменението променя икономическия баланс на концесията в полза на концесионера по начин, който не е бил предвиден в първоначалната концесия;

[…]

5. За изменения на разпоредбите на договора [за концесия] по време на срока на изпълнение, различни от предвидените в параграфи 1 и 2, е необходима нова процедура за възлагане на концесия в съответствие с настоящата директива“.

Б. Италианското право

1. Декрет-закон № 78/2009

9. Член 21 („Предоставяне на концесии в областта на хазартните игри“) гласи:

„1. За да се гарантира защитата на първостепенни обществени интереси при дейностите по събирането на залози, когато са възложени на субекти извън публичната администрация, управлението на тези дейности винаги се възлага на концесия, при спазване на националните и общностните принципи и правила, обикновено на няколко субекта, избрани чрез открити, конкурентни и недискриминационни процедури. Съответно […] Министерството на икономиката и финансите — Автономна администрация на държавните монополи, започва съответните процедури за своевременно възлагане на концесията, свързана и със събирането на залози от разстояние за гореспоменатите лотарии, на най-много четирима от най-квалифицираните национални и общностни оператори на хазартни игри, които отговарят на критериите за надеждност в нравствено, техническо и икономическо отношение.

[…]

3. Подборът чрез процедура за възлагане на концесия се основава на критерия за икономически най-изгодната оферта, като се дава приоритет на следните критерии: а) увеличение на стойността на предложените оферти спрямо предварително определена

база, което гарантира при всички положения общи приходи в размер на не по-малко от 500 милиона евро през 2009 г. и 300 милиона евро за 2010 г., независимо от крайния брой на концесионерите;

[…]

4. Концесиите по алинея 1, които евентуално могат да бъдат подновени не повече от веднъж, са с максимален срок от девет години, разделени на два периода, съответно от пет и четири години. Продължаването на концесията за втория период се обуславя от положителната оценка за управленските резултати от страна на администрацията концедент, която трябва да бъде дадена през първото шестмесечие на петата година на концесията“.

2. Декрет-закон № 148/2017

10. В член 20, алинея 1 е посочено следното:

„Съгласно член 21, алинеи 3 и 4 от Декрет-закон № 78 от 1 юли 2009 г., изменен и преобразуван със Закон № 102 от 3 август 2009 г., Агенция „Митници и монополи“ разрешава продължаването на съществуващото концесионно правоотношение, свързано със събирането на залози, включително от разстояние, в моментните национални лотарии, до изтичането на предвидения в член 4, параграф 1 от концесионния акт максимален срок, така че да се осигурят нови и по-големи приходи в държавния бюджет в размер на 50 милиона евро за 2017 г. и 750 милиона евро за 2018 г.“.

II. Фактите, националните производства и преюдициалните въпроси

11. С обявления, публикувани в *Официален вестник на Европейския съюз* от 15 август 2009 г. и от 2 април 2010 г., Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (Автономна администрация на държавните монополи, Италия) започва „процедура за подбор с оглед на възлагането на концесия за управление на публичните игри, наречени „моментни национални лотарии“ [7].

12. В спецификацията на концесията е посочено, че: [8]

– Непрякото управление на дейностите по събиране на залози за играта винаги се възлага на концесия.

– Концесията се възлага обикновено на няколко субекта, чийто брой не трябва да е по-голям от четири и които се подбират чрез открити, конкурентни и недискриминационни процедури.

– Всеки концесионер е длъжен да заплаща концесионно възнаграждение в зависимост от определен процент от приходите.

[7] Видно от актовете за преюдициално запитване (т. 3.1), по силата на договор от 14 октомври 2003 г. този вид лотария е управлявана до 31 май 2010 г. от временното обединение от предприятия Lottomatica (което впоследствие става Lotterie Nazionali). Lottomatica Holding Srl контролира Lotterie Nazionali, като притежава 64 % от дружествения му капитал.

[8] Спецификацията възпроизвежда в общи линии предвиденото в член 21 от Декрет-закон № 78/2009.

– Подборът на концесионерите се основава на принципа на икономически най-изгодната оферта и сред критериите за подбор се взема предвид увеличението на стойността на офертите спрямо предварително определена база, за да се гарантират при всички положения общи приходи в размер на не по-малко от 500 милиона евро през 2009 г. и 300 милиона евро през 2010 г., независимо от крайния брой на концесионерите.

– Концесиите, които евентуално могат да бъдат подновени не повече от веднъж, са със срок от девет години, разделен на два периода, съответно от пет и четири години. Продължаването на концесията за втория период се обуславя от положителната оценка за управлението на концесионера, която трябва да бъде дадена от администрацията през първото шестмесечие на петата година.

13. В процедурата за възлагане взема участие единствено Lotterie Nazionali и концесията е възложена само на това дружество.

14. След като преминава първият подпериод от пет години, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Агенция „Митници и монополи“, Италия, наричана по-нататък „ADM“)[9] разрешава продължаването на концесионното правоотношение през втория подпериод от четири години — до 30 септември 2019 г.

15. На 26 юли 2017 г. Lotterie Nazionali моли ADM да бъде приложена клаузата за продължаване на концесионното правоотношение за още един период от девет години.

16. С акт от 19 септември 2017 г. ADM заключава, че исканото продължаване е в съответствие с обществения интерес.

17. На 16 октомври 2017 г. влиза в сила член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148/2017.

18. В съответствие с тази разпоредба с акт от 1 декември 2017 г. ADM определя датата 30 септември 2028 г. за краен срок на концесията, след като концесионерът формално приеме условията, конкретизирани в член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148/17. Lotterie Nazionali е приело тези условия същия ден.

19. Дружествата Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd и Magellan Robotech Limited (наричани по-нататък „дружествата жалбоподатели“) обжалват това решение пред Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Областен административен съд Лацио, Италия), който отхвърля исканията им с решения № 9730/2018 и № 9734/2018, и двете от 4 октомври 2018 г.

20. Дружествата жалбоподатели обжалват решенията на първоинстанционния съд пред Consiglio di Stato (Държавен съвет). ADM и Lotterie Nazionali също ги обжалват инцидентно, що се отнася до отхвърлените възражения за недопустимост.

21. С „неокончателни частични решения“ № 6079 и № 6080 от 3 ноември 2019 г. Consiglio di Stato (Държавен съвет) отхвърля подадените инцидентно жалби на ADM и Lotterie Nazionali, а що се отнася до съществото на спора, изразява съмнения дали член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148/17 съответства на правото на Съюза.

[9] ADM е правоприемник на Автономната администрация на държавните монополи.

22. При това положение Consiglio di Stato (Държавен съвет) отправя до Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли правото на Съюза, и по-специално правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги (членове 49 и сл. ДФЕС и 56 и сл. ДФЕС), както и принципите на правна сигурност, недопускане на дискриминация, прозрачност и безпристрастност, свобода на конкуренцията, пропорционалност, защита на оправданите правни очаквания и съгласуваност, както и — когато са приложими — членове 3 и 43 от Директива 2014/23/ЕС, да се тълкува в смисъл, че не допуска правна уредба като съдържащата се в член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148 от 16 октомври 2017 г. и в последващите актове по прилагане, който гласи, че *„1. Съгласно член 21, алинеи 3 и 4 от Декрет-закон № 78 от 1 юли 2009 г., изменен и преобразуван със Закон № 102 от 3 август 2009 г., Агенция „Митници и монополи“ разрешава продължаването на съществуващото концесионно правоотношение, свързано със събирането на залози, включително от разстояние, в моментните национални лотарии, до изтичането на предвидения в член 4, параграф 1 от концесионния акт максимален срок, така че да се осигурят нови и по-големи приходи в държавния бюджет в размер на 50 милиона евро за 2017 г. и 750 милиона евро за 2018 г.“*, като се има предвид, че:

– член 21, алинея 1 от Декрет-закон № 78 от 1 юли 2009 г., изменен и преобразуван със Закон № 102 от 3 август 2009 г., предвижда предоставянето на въпросните концесии обикновено на няколко субекта, избрани чрез открити, конкурентни и недискриминационни процедури,

– член 21, алинея 4 от споменатия декрет-закон предвижда, че концесиите, посочени в алинея 1, могат евентуално да бъдат подновени не повече от веднъж,

– дружествата жалбоподатели не са участвали в процедурата за възлагане на концесия, обявена през 2010 г.,

– съществуващото понастоящем правоотношение е създадено ab origine с един-единствен концесионер, в резултат на открита процедура, в която е представена една-единствена оферта,

– продължаването на съществуващото концесионно правоотношение на практика означава, че това правоотношение ще продължи изключително с този единствен концесионер, без провеждане на процедура за възлагане, вместо да бъде подновено с множество субекти?

2) Трябва ли правото на Съюза, и по-специално правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги (членове 49 и сл. ДФЕС и 56 и сл. ДФЕС), както и принципите на правна сигурност, недопускане на дискриминация, прозрачност и безпристрастност, свобода на конкуренцията, пропорционалност, защита на оправданите правни очаквания и съгласуваност, както и — когато са приложими — членове 3 и 43 от Директива 2014/23/ЕС, да се тълкува в смисъл, че не допуска правна уредба като съдържащата се в член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148 от 16 октомври 2017 г., който, в изпълнение на член 21, алинеи 3 и 4 от Декрет-закон № 78 от 1 юли 2009 г., изменен и преобразуван със Закон № 102 от 3 август 2009 г., гласи, че *„Агенция „Митници и монополи“ разрешава продължаването на съществуващото концесионно правоотношение, свързано със събирането на залози, включително от разстояние, в*

моментните национални лотарии, до изтичането на предвидения в член 4, параграф 1 от концесионния акт максимален срок, така че да се осигурят нови и по-големи приходи в държавния бюджет в размер на 50 милиона евро за 2017 г. и 750 милиона евро за 2018 г.“, като се има предвид, че:

– се продължава единственото съществуващо концесионно правоотношение, вместо да се извършат евентуални подновявания на множеството концесии по член 21, алинея 4 от Декрет-закон № 78 от 1 юли 2009 г., изменен и преобразуван със Закон № 102 от 3 [август] 2009 г., и без да се открива нова процедура за възлагане,

– се предприемат действия преди изтичането на срока на концесията: Декрет-закон № 148 от 2017 г. влиза в сила на 16 октомври 2017 г., а именно в деня на публикуването му в италианския Gazzetta Ufficiale (Официален вестник), въпреки че концесията изтича на 30 септември 2019 г.,

– за да се осигурят нови и по-големи приходи в държавния бюджет, в размер на 50 милиона евро за 2017 г. и 750 милиона евро за 2018 г., се променят някои аспекти, свързани с начините и срока за плащане на концесионното възнаграждение, както и потенциално с общия размер на дължимото плащане с оглед на неговата тежест, по-специално чрез промяна на крайните срокове за плащане, изтегляйки ги по-рано от предвиденото в първоначалната концесия, предвид — според посоченото от жалбоподателите — обективния и общоизвестен факт на финансовата стойност на времето?

3) Трябва ли правото на Съюза, и по-специално правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги (членове 49 и сл. ДФЕС и 56 и сл. ДФЕС), както и принципите на правна сигурност, недопускане на дискриминация, прозрачност и безпристрастност, свобода на конкуренцията, пропорционалност, защита на оправданите правни очаквания и съгласуваност, както и — когато са приложими — членове 3 и 43 от Директива 2014/23/ЕС, да се тълкува в смисъл, че не допуска правна уредба като съдържащата се в актовете по прилагане на горепосочения декрет, и по-специално в съобщението на Агенция „Митници и монополи“ [протокол №] 0133677 от 1 декември 2017 г., която правна уредба, в декларирано изпълнение на разпоредбата на член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148 от 16 октомври 2017 г. и въз основа на предвиденото в член 4, параграф 1 от концесионния договор за управление на моментните лотарии, който предвижда възможност за неговото подновяване не повече от веднъж, наново определя крайния срок на концесионното правоотношение на 30 септември 2028 г.; във всеки случай не засяга предвиденото в същия член 4 относно разделянето на срока на концесията на два периода съответно от пет и четири години (така след изтичането на първия петгодишен период, считано от 1 октомври 2019 г., продължаването за следващия четиригодишен период до изтичане на срока на 30 септември 2028 г. се обуславя от положителната оценка на Агенция „Митници и монополи“ за управленските резултати, която трябва да бъде дадена най-късно до 30 март 2024 г.) и предвижда дружеството да внесе сума в размер на 50 милиона евро до 15 декември 2017 г., сума в размер на 300 милиона евро до 30 април 2018 г. и сума в размер на 450 милиона евро до 31 октомври 2018 г.,

– като това е предвидено преди изтичането на първоначално определения срок на концесията (съобщението на Агенция „Митници и монополи“ [протокол №] 0133677,

е публикувано на 1 декември 2017 г., въпреки че концесионният договор изтича на 30 септември 2019 г.),

– осигурявайки така […] предсрочното плащане на 800 милиона евро (50 милиона евро до 15 декември 2017 г., 300 милиона евро до 30 април 2018 г., 450 милиона евро до 31 октомври 2018 г.) преди крайния срок (30 септември 2019 г.),

– определяйки по този начин […] потенциалното изменение на общия размер на дължимото плащане, с оглед на тежестта, предвид — според посоченото от жалбоподателите — обективния и общоизвестен факт на финансовата стойност на времето?

4) Трябва ли правото на Съюза, и по-специално правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги (членове 49 и сл. ДФЕС и 56 и сл. ДФЕС), както и принципите на правна сигурност, недопускане на дискриминация, прозрачност и безпристрастност, свобода на конкуренцията, пропорционалност, защита на оправданите правни очаквания и съгласуваност, както и — когато са приложими — членове 3 и 43 от Директива 2014/23/ЕС, да се тълкува в смисъл, че не допуска такава правна уредба, включително в хипотезата, при която операторите в сектора, които понастоящем са заинтересовани от навлизане на пазара […], не са участвали в първоначално обявената процедура за възлагане на концесията, която изтича и е продължена с досегашния концесионер, при описаните нови договорни условия, или трябва да се счита […], че евентуалното ограничаване на достъпа до пазара […] е налице само ако тези оператори действително са участвали в първоначалната процедура за възлагане?“.

III. Производството пред Съда

23. Преюдициалните запитвания постъпват в Съда на 23 септември 2019 г. Предвид връзката между тях Съдът ги съединява.

24. Писмени становища представят Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, италианското правителство и Комисията, като същите отговарят писмено на въпросите, поставени от Съда.

IV. Анализ

A. Предварителни уточнения

25. Съмненията, които Consiglio di Stato (Държавен съвет) отразява в актовете за преюдициално запитване, засягат най-вече същността на спора, до което се отнасят първи, втори и трети преюдициален въпрос.

26. За сметка на това четвъртият въпрос има по-скоро процесуален характер, доколкото се пита дали върху спора би оказало някакво влияние обстоятелството, че дружествата жалбоподатели, „оператори в сектора, които понастоящем са заинтересовани от навлизане на пазара“, не са участвали в първоначалната процедура за възлагане.

27. След като анализирам първия преюдициален въпрос, ще обединя съображенията си относно втория и третия въпрос, чието съвместно разглеждане е за предпочитане предвид тясната връзка между тях.

28. Преди това следва да се уточни кои разпоредби от правото на Съюза са приложими по разглежданите дела и кой е общият режим, въведен както от практиката на Съда, така и от Директива 2014/23, що се отнася до изменението в условията на концесиите.

29. Трябва също така да посоча, че в случая не са направени никакви възражения с цел да се оспори италианската правна уредба за това, че прилага към този вид лотарии концесионния режим, относно чиято съвместимост с правото на Съюза Съдът вече се е произнесъл [10].

30. В настоящия случай не се оспорва и обосновката на общия срок на концесията (първоначални девет години и евентуално още девет години) [11], нито други аспекти на нейния режим [12].

Б. Приложимата правна уредба

31. Съгласно член 54 от Директива 2014/23 същата „не се прилага за възлагането на концесии, процедурите за които са проведени или които са възложени преди 17 април 2014 г.“. При положение че първоначалната концесия на моментната национална лотария е възложена през 2010 г., по принцип [13] изглежда, че посочената разпоредба изключва прилагането на Директива 2014/23 към спора [14].

32. Още тук ще посоча, че какъвто и да е отговорът по това съмнение, във всички случаи би трябвало да се вземе предвид практиката на Съда относно значението на членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, отнасящи се до свободата на установяване и свободното предоставяне на услуги, във връзка с правилата за обществените поръчки.

[10] Решение от 19 декември 2018 г., Stanley International Betting и Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; наричано по-нататък „решение Stanley International Betting и Stanleybet Malta“, т. 66): „Съдът допуска в отрасъла на хазартните игри да се прилага концесионният режим, приемайки, че той може да представлява ефикасен механизъм за контрол над действащите в този отрасъл оператори, за да се предотврати осъществяването на тези дейности с престъпна или измамна цел (вж. в този смисъл решение от 12 септември 2013 г., Biasci и др., C-660/11 и C-8/12, EU:C:2013:550, т. 24 и цитираната съдебна практика)“.

[11] Общият срок на дадена концесия би могъл да бъде релевантен фактор. Съгласно съдебната практика „продължителност [на концесията], която може да стигне до петнадесет години, е в състояние да попречи и дори да забрани на операторите, намиращи се в други държави членки, да упражняват гарантираните от членове 43 ЕО и 49 ЕО свободи“ (решение от 9 септември 2010 г., Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, т. 46).

[12] От решенията, постановени на първа инстанция от Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Областен административен съд Лацио), е видно, че в съответния момент е имало производство по обжалване във връзка с първата процедура за възлагане, в което Sisal е встъпило и по което Consiglio di Stato (Държавен съвет) се е произнесъл окончателно с решение № 1705/2010.

[13] Решение Stanley International Betting и Stanleybet Malta, точка 34: „[С]ъгласно постоянната съдебна практика, установена във връзка с обществените поръчки и приложима по аналогия и към концесиите за услуги, по принцип приложима е директивата, която е в сила към момента, в който възлагащият орган избира вида на процедурата, която ще следва, и решава окончателно въпроса дали съществува задължение за предварително обявяване на процедура за конкурентно възлагане на обществена поръчка“.

[14] В настоящия случай не може да става дума за изцяло вътрешно положение: поради своите характеристики концесията със сигурност има трансгранично — отвъд националното — измерение, като две от дружествата жалбоподатели имат седалище извън Италия.

33. По-специално тази съдебна практика извежда от посочените две разпоредби на Договора за функционирането на ЕС последици за това кога съществените изменения на даден договор за обществена поръчка могат по принцип да налагат провеждането на нова процедура за възлагане. Този критерий се прилага и спрямо концесионните договори за услуги [15].

34. Ако предвид съществените изменения в условията на дадена концесия за същата трябва да се проведе нова процедура за възлагане, тя трябва да се урежда от разпоредбите, действащи към датата на обявяването ѝ, а не от разпоредбите, действали, когато е възложена първоначалната концесия [16].

35. Изхождайки от тази предпоставка, ако въведените с Декрет-закон № 148/17 изменения в условията на концесията за моментната лотария са съществени до степен да се налага провеждането на нова процедура за възлагане, спрямо последната ще е приложима ratione temporis Директива 2014/23 [17].

36. Същият критерий може да се приложи в случаите на удължаване на срока като разглежданото понастоящем, дори когато то е предвидено в първоначалния титул. Ако удължаването на срока за нов и продължителен период (от девет години) зависи от преценка ad casum от страна на възлагащия орган и не става автоматично [18], струва ми се по-логично да трябва да се приложи правната рамка, която е в сила към датата на това удължаване.

37. При всички положения членове 3 и 43 от Директива 2014/23 просто инкорпорират в законодателен текст практиката на Съда в областта на обществените поръчки:

– Член 3 отразява принципите на равнопоставеност, недискриминация и прозрачност, които обслужват „основната цел на общностните правила в областта на обществените поръчки […] да се осигури свободното движение на услуги и ненарушаването на конкуренцията във всички държави членки“ [19].

– Когато урежда изменението на концесионния договор през срока му на изпълнение, член 43 черпи вдъхновение и от консолидираните критерии на съдебната практика [20],

[15] Решение от 13 април 2010 г., Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, т. 37): „С оглед на осигуряването на прозрачност на процедурите и равно третиране на участниците съществените изменения, направени в основните клаузи на концесионен договор за услуги, могат в някои случаи да наложат сключването на нов концесионен договор, когато имат съществено различни характеристики от тези на първоначалния концесионен договор“.

[16] Решение от 18 септември 2019 г., Комисия/Италия (C-526/17, EU:C:2019:756, т. 60): „[…] приложимото законодателство на Съюза е законодателството, което е в сила към датата на това [съществено] изменение“. В отговора си на въпросите на Съда италианското правителство застъпва виждането, че тази съдебна практика, отнасяща се до Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги, не е приложима, защото Директива 2014/23 съдържа специфична норма (член 54), каквато няма в Директива 2004/18. Не споделям това схващане, което е плод на логическа грешка, тъй като повелята на посочения член 54 предполага да не е имало съществени изменения.

[17] Декрет-закон № 148/17 и последващият акт на ADM са приети след крайния срок за транспониране на Директива 2014/23 (18 април 2016 г. съгласно член 51, параграф 1 от нея).

[18] В отговорите си на въпросите на Съда Stanleybet Malta, Magellan Robotech и Комисията подчертават, че не е имало никакво *задължение* за продължаване на концесионното правоотношение.

[19] Решение от 19 юни 2008 г., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 31 и 32).

[20] Съображение 75 от Директива 2014/23 отразява това: „необходимо [е] да бъдат пояснени условията, при които измененията на дадена концесия по време на нейното изпълнение налагат провеждането на нова процедура за възлагане на концесия, като се вземе предвид съдебната практика на Съда на Европейския съюз в тази област“.

според които „по принцип съществено изменение на договор за концесия […] трябва да доведе до нова процедура за възлагане на така изменения договор“ [21].

38. Следователно, прилагайки или съдебната практика относно зачитането на свободата на установяване или на свободното предоставяне на услуги, или членове 3 и 43 от Директива 2014/23, резултатът ще е един и същ по същество.

39. Що се отнася до неприлагането ratione materiae, което следвало от съображение 35 от Директива 2014/23 [22], на което се позовава Lotterie Nazionali [23], достатъчно е да се посочи, че в настоящия случай е била проведена състезателна процедура за възлагане, при която е имало публичност.

B. Обща уредба на измененията на договора за концесия

40. Следвайки посочената по-горе линия в съдебната практика, член 43 от Директива 2014/23 прави разграничение между измененията на договора за концесия, които могат да се извършат „без нова процедура за възлагане“ (параграфи 1 и 2), и останалите изменения. Последните се определят като *съществени*.

41. Параграф 5 от посочения член уточнява, че „[з]а изменения на разпоредбите на договора [за концесия] по време на срока на изпълнение, различни от предвидените в параграфи 1 и 2, е необходима нова процедура за възлагане на концесия в съответствие с настоящата директива“.

42. Ключът за отговора на въпроса кога дадено изменение е съществено и налага започването на нова процедура се съдържа в член 43, параграф 4 от Директива 2014/23: „[и]зменението на договор за концесия в рамките на неговия срок на изпълнение се счита за съществено […], когато прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената“.

43. Конкретизирайки това общо правило, самият параграф 4 предвижда четири хипотези на съществени изменения, от които в настоящото дело значение може да имат две:

– „изменението въвежда условия, които, ако бяха част от първоначалната процедура за възлагане на концесия, […] биха привлекли към участие в процедурата за възлагане на концесията допълнителни кандидати“ [24];

[21] Решение от 18 септември 2019 г., Комисия/Италия (C-526/17, EU:C:2019:756, т. 59). Както в това решение, така и в решение от 11 юли 2013 г., Комисия/Нидерландия (C-576/10, EU:C:2013:510, т. 54), става въпрос за изменение на съществени условия на договора. Логично е по-малки или случайни изменения да бъдат допустими и да не налагат обезателно провеждането на нова процедура за възлагане. Съображение 75 от Директива 2014/23 потвърждава това: „Изменения на концесията, които водят до минимална промяна на стойността на договора в рамките на определена стойност, следва винаги да бъдат възможни, без да се налага провеждането на нова процедура за възлагане на концесия“.

[22] „Целесъобразно е от обхвата на настоящата директива да бъдат изключени концесиите, свързани с организирането на лотарии, които се възлагат от държава членка на даден икономически оператор въз основа на изключително право, предоставено с процедура, при която няма публичност, съгласно приложимите национални законови, подзаконови или публикувани административни разпоредби в съответствие с ДФЕС. Това изключение е обосновано предвид предоставянето на изключително право на даден икономически оператор, което прави невъзможно прилагането на състезателна процедура, както и предвид необходимостта държавите членки да запазят възможността да регулират хазартния сектор на национално равнище с оглед на задълженията си за опазване на обществения ред“.

[23] Точка 9 от писменото му становище.

[24] Тази хипотеза е предвидена от Съда в решение от 7 септември 2016 г., Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, т. 29): „значително намаляване на предмета ѝ, може да има за последица тя да влиза в обхвата на по-голям брой икономически оператори“.

– „изменението променя икономическия баланс на концесията в полза на концесионера по начин, който не е бил предвиден в първоначалната концесия“ [25].

Г. Първи преюдициален въпрос

44. След като подчертава, че дружествата жалбоподатели не са участвали в процедурата за възлагане, организирана в съответствие с Декрет-закон № 78/2009, Consiglio di Stato (Държавен съвет) посочва, че причината за неучастието им може да е била, че подновяването на концесията е само евентуално, тъй като зависи от упражняването на дискреционни правомощия, предоставени на администрацията.

45. Той допълва, че тези дискреционни правомощия са премахнати с Декрет-закон № 148/17, който освен това влиза в сила две години преди да изтече (първият) деветгодишен срок, посочен в концесионния акт.

46. Следователно според него евентуалната несъвместимост с европейската правна уредба се изразява в обстоятелството, че с нормативен акт от 2017 г. законодателят е елиминирал всякаква възможност за дискреция на администрацията, що се отнася до решението да се запази концесионното правоотношение или да се организира нова процедура за възлагане.

47. Според мен, на първо място, трябва да се подчертае, че продължаването на концесионното правоотношение през допълнителен период от девет години вече присъства в първоначалния акт, който от своя страна е съобразен с Декрет-закон № 78/2009.

48. Това обстоятелство е важно, защото при *активирането* на тази възможност се изпълнява посоченият акт, като просто се прилага една от разпоредбите на първоначалния концесионен договор.

49. Както ще изложа по-нататък, упражняването на правомощието за продължаване на концесионното правоотношение — само веднъж — за нов период от девет години не променя първоначалния модел „множество концесионери“ (предвиждащ до четири възможни концесионера).

50. Този модел се запазва като такъв. Тъй като обаче при прилагането му на практика през 2010 г. фактически само един икономически оператор е участвал в процедурата за възлагане и следователно е станал единствен концесионер, предвиденото в първоначалния титул продължаване на концесионното правоотношение през допълнителните девет години е трябвало да се извърши с него.

51. Вярно е обаче, че също съгласно първоначалния титул администрацията концедент трябва да бъде тази, която дава положителна оценка за управлението на концесионера, за да улесни преминаването към следващия период от девет години.

[25] Произходът на това правило може да се открие в решение от 19 юни 2008 г., pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, т. 37).

52. Без да се засягат разясненията ми относно специфичните условия, наложени на концесионера, за да получи продължаване на концесионното правоотношение за нови девет години, считам за ирелевантно обстоятелството, че това продължаване е решено посредством декрет-закон, след като администрацията концедент е потвърдила, че то съответства на обществения интерес.

53. Всъщност с акт от 19 септември 2017 г.[26] ADM дава положителна оценка за управлението, осъществено дотогава от Lotterie Nazionali, и излага причините, поради които е необходимо продължаване на концесионното правоотношение с това дружество за още девет години в съответствие с първоначалния титул. При извършването на тази оценка ADM упражнява дискреционните си правомощия, посочени от Consiglio di Stato (Държавен съвет).

54. Във въпросния акт е посочено, че продължаването на концесионното правоотношение с Lotterie Nazionali е в обществен интерес от икономическа гледна точка, но освен това то е оправдано, защото оценката за поведението на това дружество е положителна[27].

55. Затова Декрет-закон № 148/17 потвърждава целесъобразността на продължаването на концесионното правоотношение, която вече е била преценена от ADM при упражняване на дискреционните ѝ правомощия.

56. Каквито и да са били причините това продължаване да се извърши със законодателен акт, а не с акт на публичната администрация концедент, сигурно е, повтарям, че още преди приемането на Декрет-закон № 148/17 последната вече е дала положителна оценка за управлението на концесионера и е изтъкнала обществения интерес от продължаването на концесионното правоотношение.

1. Множество концесионери и един концесионер

57. На различни места в актовете за преюдициално запитване, както и в някои становища на субектите, които се противопоставят на продължаването на концесионното правоотношение с Lotterie Nazionali[28], се поддържа, че това продължаване би означавало моделът „множество концесионери“ да се превърне в модел „един концесионер“.

58. Вече посочих, че изборът на модела „множество концесионери“, направен в Декрет-закон № 78/2009, остава в сила, когато е разрешено продължаването на концесионното правоотношение, като той сам по себе си не е заменен от модел „един концесионер“ по силата на Декрет-закон № 148/17.

59. Обясних също, че ако може да се говори за един концесионер в рамките на настоящия спор, това се дължи не на прилагането на определена норма, а единствено на фактическо обстоятелство: в процедурата за възлагане е участвал само един кандидат.

[26] Актът е приет в отговор на искането, подадено на 26 юли 2017 г. от дружеството концесионер с цел да получи подновяване на концесията.

[27] Според ADM концесионерът е поддържал изискваните равнища на събираемост; съобразявайки се с указанията на самата ADM, той е управлявал ефективно мрежата за разпространение на моментната национална лотария и е извършвал с особено внимание плащанията — коректно и своевременно — на дължимото на държавата концесионно възнаграждение, както и на дължимите на потребителите печалби.

[28] Защитниците на тезата за необходимост от нова процедура за възлагане поддържат, че като предвижда подновяване на концесията, Декрет-закон № 148/17 отваря пътя за модела „един концесионер“.

60. От гледна точка на правото на Съюза всяка от двете възможности по принцип би могла да бъде законосъобразна, както потвърждава Съдът [29]. Изборът в нормативен план на модела „един концесионер“ обаче би изисквал по този начин да се преследва последователно определена законосъобразна цел.

61. Не намирам за необходимо да продължавам в тази посока с цел да анализирам обосновката на модела „един концесионер“, тъй като, повтарям, този модел не е използван в настоящия случай.

62. Вярно е, че в акта на ADM от 19 септември 2017 г. се споменава моделът „един концесионер“, за който тази публична агенция тогава смята, че е за предпочитане [30]. Става въпрос обаче за съображения, които ADM излага при условията на евентуалност, в случай че не бъде възприето предложението ѝ за продължаване на концесионното правоотношение с Lotterie Nazionali [31].

63. Така спорът относно (несъществуваща) промяна на модела ми се струва неуместен. Желанието на италианския законодател, включително с приемането на Декрет-закон № 148/17, не е концесиите за управление на моментната национална лотария да се придържат занапред към модела „един концесионер“. В този декрет-закон просто е направен избор да се продължи концесионното правоотношение — в съответствие с клаузите на първоначалния акт — с дружеството, на което е била възложена концесията, след като единствено то е взело участие в процедура за възлагане, обявена по модела „множество концесионери“.

Д. Втори и трети преюдициален въпрос

64. Consiglio di Stato (Държавен съвет) признава, че Декрет-закон № 148/17 запазва „същото правно основание *(causa petendi*) и предмет на договаряне (*petitum*)“ като първоначалните. По-конкретно общата сума, която Lotterie Nazionali трябва да плати за втория период от девет години, е равна на посочената в първоначалния акт (800 милиона евро).

65. Въпреки това в актовете за преюдициално запитване се изтъква една *промяна*, която засяга „начините и срока за плащане на концесионното възнаграждение“: то трябва да бъде изплатено още през 2017 г. (50 милиона евро) и 2018 г. (750 милиона евро) [32].

66. Запитващата юрисдикция допълва, че това обстоятелство би могло да предполага „потенциалното изменение на общия размер на дължимото плащане, с оглед на неговата тежест, предвид — според посоченото от жалбоподателите — обективния и общоизвестен факт на финансовата стойност на времето“.

[29] Решение Stanley International Betting и Stanleybet Malta, точка 53 и диспозитив: „[Ч]ленове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национална правна уредба [...], която за концесията за управлението на лото играта предвижда модела „един концесионер“, въпреки че за други игри, състезания с познаване на факти и събития и залагания се прилага моделът „множество концесионери“, стига националният съд да установи, че националната правна уредба действително преследва, последователно и систематично, изтъкнатите от съответната държава членка законосъобразни цели“.

[30] Точка 64 от становището на италианското правителство.

[31] По-конкретно тя твърди, че ако не се възприеме продължаването на концесионното правоотношение, би трябвало да се уредят със специални правила съществените елементи на новата процедура за възлагане.

[32] Определени са три вноски: 50 милиона евро преди 15 декември 2017 г., 300 милиона евро преди 30 април 2018 г. и 450 милиона евро преди 31 октомври 2018 г.

67. Защитниците на тезата, че новият начин на плащане не съставлява съществено изменение, посочват, че както при възлагането на концесията през 2010 г., така и при подновяването ѝ през 2017 г. сумата, която концесионерът трябва да заплати, е една и съща (800 милиона евро). Освен това предсрочното плащане било по-обременително за концесионера, тъй като трябвало да се извърши още преди началото на втория деветгодишен период.

68. Произнасянето по съмненията на Consiglo di Stato (Държавен съвет) изисква: а) да се сравни начинът на плащане през първия период на концесията с този през втория и б) ако това сравнение покаже, че е имало някакво изменение, то да се квалифицира като съществено или несъществено.

1. Сравнение на начините на плащане

69. При първоначалната концесия приходите в полза на администрацията концедент са в размер на поне 500 милиона евро през първата година (2009) и 300 милиона евро през втората (2010).

70. Съгласно разпределението на плащанията, въведено с Декрет-закон № 148/17, както вече бе посочено, приходите в полза на държавния бюджет са от 50 милиона евро за първата година (2017) и от 750 милиона евро за втората година (2018), с което всъщност се прави предсрочно плащане на концесионното възнаграждение за срока на подновяване на концесията.

71. Следователно новите условия на плащане предполагат, че:

– Първата вноска (50 милиона евро) за новия период представлява една десета част от предвидената (500 милиона евро) първа част на плащането съгласно разпоредбите, приложими за концесията от 2010 г.

– Напротив, втората вноска (750 милиона евро) за новия период е повече от два пъти по-голяма от аналогичната вноска (300 милиона евро) по първоначалната концесия.

72. Следователно е имало изменение на ритъма, с който концесионерът е трябвало да плаща възнаграждението, а не на неговия размер, нито на разделянето му на две последователни части.

73. Би могло да се предположи, че както отбелязва Комисията [33], намалението на размера на първото плащане (50 милиона евро) би позволило на концесионера *да се подготви* по-добре за плащането на втората част (750 милиона евро) през следващата година. Въпреки че тази втора част е повече от два пъти по-голяма от съответната вноска, определена в Декрет-закон № 78/2009, концесионерът би могъл от самото начало да разчита на приходи от самата концесия, поради което не е изключено системата да го облагодетелства като цяло.

[33] Точки 47—49 от становището ѝ.

74. Сигурно е обаче, че предсрочното плащане — две години по-рано — на концесионното възнаграждение, дължимо за новия срок, би могло само по себе си да причини финансови затруднения на концесионера, аналогични на тези, които всеки икономически оператор има при предсрочно плащане в замяна на бъдещи приходи [34].

2. Съществено изменение?

75. Ако засега се абстрахираме от останалите обстоятелства относно плащането на концесионното възнаграждение, продължаването на концесионното правоотношение с Lotterie Nazionali за още девет години не съставлява никакво изменение (нито съществено, нито несъществено) на самата концесия, тъй като, повтарям, то е в съответствие с първоначалния акт.

76. Положението би било различно, ако подновяването на концесията не беше предвидено още от самото начало в посочения акт. В тази хипотеза удължаването — било ex lege, било по самостоятелно решение на възлагащия орган — с девет години на срока на вече приключила концесия, без да се проведе нова процедура за възлагане, несъмнено би означавало, че е налице съществено изменение на концесионния договор [35].

77. Следователно спорът се свежда до това да се прецени дали начинът на плащане през втория концесионен период се различава *съществено* от приложимия спрямо първия период.

78. Ще припомня, че за двата периода се запазват непроменени не само „правното основание (*causa petendi*) и предметът на договаряне (*petitum*)“, но и концесионното възнаграждение, което концесионерът трябва да плати, както и изискването плащането да се извърши на две части, съответстващи на първата и на втората година от всеки от тези периоди.

79. Всъщност наложената промяна е свързана с размера на тези две части, който се различава по описания вече начин, както и с предсрочното плащане — през 2017 г. и 2018 г. — спрямо началото на новия концесионен период, което е през 2019 г. [36]

80. Без да се засяга преценката на запитващата юрисдикция, която е в най-добро положение да се произнесе по този въпрос предвид познаването на спора, не считам, че изменението на размера на всяка част може да се квалифицира като съществено, защото, ако се претеглят предимствата и недостатъците за концесионера и за администрацията концедент, финансовият баланс на концесията не изглежда променен в полза на концесионера до степен, която да налага провеждането на нова процедура за възлагане.

[34] Това е намекнато от Lotterie Nazionali (т. 32, последен абзац и точка 35, второ тире, последно изречение от становището му) и от Lottomatica (т. 4.3 от становището му). Не може обаче да се изключи, че ако Lotterie Nazionali е приело да извърши предсрочни плащания, то го е направило, защото в крайна сметка това му е било изгодно. Логично е да се предположи, че в противен случай то не би се съгласило с продължаването на концесионното правоотношение.

[35] Съдът е потвърдил това във връзка с подновяването или удължаването на срока на италианските концесии в решение от 13 септември 2007 г., Комисия/Италия (C-260/04, EU:C:2007:508), що се отнася до концесиите за управление и събиране на конни залагания, в решение от 14 юли 2016 г., Promoimpresa (C-458/14 и C-67/15, EU:C:2016:558), що се отнася до концесиите за имоти, публична собственост, и в решение от 18 септември 2019 г., Комисия/Италия C-526/17, EU:C:2019:756), що се отнася до концесиите за строителство.

[36] Съгласно член 20, алинея 1 от Декрет-закон № 148/17 по този начин се цели „да се осигурят нови и по-големи приходи в държавния бюджет […] за 2017 г. и […] за 2018 г.“, тоест да се осигури ликвидност още през тези две години, вместо да се чака получаването на концесионното възнаграждение през 2019 г. и 2020 г.

81. Единствено по-задълбочен икономически анализ би позволил да се прецени дали това, което на пръв поглед изглежда като недостатък за концесионера (предсрочно плащане, когато Lotterie Nazionali още не може да получава приходите, свързани с втория концесионен период), наистина е недостатък, или би могло парадоксално да му носи ползи, или пък по този начин просто се запазва първоначалният финансов баланс като цяло.

82. Когато в акта на ADM от 19 септември 2017 г. се анализират предимствата от продължаването на концесионното правоотношение с концесионера за втори период от девет години, не се забравя, че има и други оператори, готови да заемат мястото му[37]. В актовете за преюдициално запитване също се намеква за „операторите в сектора, които понастоящем са заинтересовани от навлизане на пазара“.

83. Очакванията на дружествата жалбоподатели обаче не могат да имат предимство пред неопровержимия факт, че първоначалната концесия предвижда ab initio евентуалното ѝ подновяване за втори деветгодишен период, без конкуренция с трети лица. Въпросните очаквания ще могат евентуално да бъдат задоволени в края този деветгодишен период (който не може да бъде удължаван).

84. От своя страна, Lottomatica Holding и Lotterie Nazionali поддържат[38], че по-ранното вземане (през 2017 г.) на решението за продължаване на концесионното правоотношение е оправдано, защото в противен случай щеше да е необходимо достатъчно време, за да може да се проведе нова процедура за възлагане и да е налице концесионер на 30 септември 2019 г.

85. Запитващата юрисдикция е компетентна да изясни дали е налице тази или друга причина за осъществяване на контакт с концесионера преди приключването на първия деветгодишен период и за вземане на решение — още тогава — относно продължаването на концесионното правоотношение за втория период със същата продължителност.

86. Във всеки случай считам, че този фактор е ирелевантен за преценката на въпроса дали промените, свързани с плащането на концесионното възнаграждение, могат да се квалифицират като съществени изменения в условията на концесията. В това отношение значение има съдържанието на такива изменения, а не моментът, когато администрацията концедент е решила да ги наложи.

87. Времевите обстоятелства, при които ADM е приела това решение, биха могли да повлияят на други елементи на съдебния контрол върху него (например да разкрият евентуална злоупотреба с власт), но аз не ги намирам за релевантни при преценката дали е имало съществени изменения в условията на концесията.

[37] Наличието на интерес от трети лица към концесията се признава от Lottomatica и Lotterie Nazionali в техните становища (т. 4.2 и 26 съответно), когато обосновават отдаването на предпочитание на процедурата за подновяване предвид броя на споровете, които възникват в рамките на процедурите за възлагане в сектора на хазартните игри в Италия. Когато узнават за приемането на Декрет-закон № 148/17, дружествата жалбоподатели незабавно се обръщат към ADM, за да изразят интереса си към концесията (писмени изявления на Sisal от 31 октомври и 9 ноември 2017 г. и на Stanleybet Malta от 8 ноември 2017 г., приложени към становищата им).

[38] Съответно точки 4.2 и 26 от писмените им становища.

88. В обобщение, ако спорът се ограничи до изясняването на въпроса дали изменението в последователността на плащанията би могло да се счете за съществено, защото „прави концесията съществено различна по характер от първоначално възложената“ (член 43, параграф 4 от Директива 2014/23), моят отговор е отрицателен, въпреки че, настоявам, запитващата юрисдикция има последната дума в това отношение.

Е. Четвърти преюдициален въпрос

89. Най-общо казано, с последния си преюдициален въпрос Consiglio di Stato (Държавен съвет) иска да се установи дали, макар дружествата жалбоподатели да не са участвали в първоначалната процедура за възлагане, която „е продължена с досегашния концесионер, при описаните [в акта за преюдициално запитване] нови договорни условия“, те могат да обжалват подновяването на концесията.

90. Виждането на Consiglio di Stato (Държавен съвет) е, че въпросните дружества биха могли да изтъкнат не законен интерес от подновяването на процедурата, а по-скоро законен интерес от упражняването на правото на преценка от страна на възлагащия орган след изтичането на първия концесионен период [39]. Поради това според него е ирелевантно дали те са участвали в процедурата от 2010 г.

91. Като правило според Съда „[п]оначало участието в процедура за възлагане на обществена поръчка може да е валидно от гледна точка на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 условие, което трябва да бъде изпълнено, за да се установи, че съответното лице има интерес от спечелването на въпросната поръчка или рискува да претърпи вреди в резултат на твърдяната незаконосъобразност на решението за възлагане на поръчката“ [40].

92. Според мен обаче това правило не е приложимо към настоящия спор, в който целта не е да се изясни дали лицата, които не са се включили като участници в процедурата за подбор на концесионера, са процесуално легитимирани да обжалват (първоначалното) решение за възлагане. Понастоящем се спори по въпроса дали в рамките на подновяването на концесията дружествата жалбоподатели могат да изтъкнат интереса си от това подновяването да се извърши посредством процедура за възлагане и следователно да се състезават за възлагането на концесията.

93. Отговорът е свързан с вече разгледаните въпроси по същество, т.е. с това дали промените в режима на плащане на концесионното възнаграждение за втория период на концесията са достатъчни, за да изменят съществено първоначалните условия на тази концесия.

94. За да се отговори обаче на въпроса дали тези промени са съществени, при което би възникнало задължение за провеждане на нова процедура за възлагане, в която заинтересованите оператори биха могли да участват, на последните трябва да бъде призната възможността да сезират съда, който да провери това.

[39] Това е видно от точка 12, буква c.9) от актовете за преюдициално запитване.

[40] Решение от 28 ноември 2018 г., Amt Azienda Trasporti e Mobilità и др. (C-328/17, EU:C:2018:958, т. 46).

V. Заключение

95. С оглед на изложеното предлагам на Съда да отговори на Consiglio di Stato (Държавен съвет, Италия) по следния начин:

„Членове 49 ДФЕС и 56 ДФЕС, както и членове 3 и 43 от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия, трябва да се тълкуват в смисъл, че:

1) Когато първоначалният титул при концесия за управление на моментните национални лотарии предвижда продължаване на концесионното правоотношение със същия концесионер за втори период от девет години, посочените членове допускат тази мярка да се вземе посредством акт със силата на закон, след като администрацията концедент потвърди, че продължаването на правоотношението е съобразено с обществения интерес и съответства на първоначалния титул.

2) Без да се засяга проверката, която запитващата юрисдикция е компетентна да направи, не са съществени по смисъла на член 43 от Директива 2014/23 измененията в условията на концесията, които при запазване на същия титул, на същия правен предмет, на същия размер на концесионното възнаграждение и на плащането му на два пъти се ограничават до промяна на стойността на частите, които концесионерът трябва да плати всеки път.

3) Операторите, които са заинтересовани от експлоатацията на концесията, са процесуално легитимирани да оспорят продължаването на концесионното правоотношение с концесионера, основавайки се на обстоятелството, че условията, от които е обусловено това продължаване, представляват съществено изменение на първоначалната концесия. За целта е ирелевантно, че въпросните оператори не са участвали в първоначалната процедура за възлагане“.