Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prednesené 21. januára 2021 [1]

Spojené veci C-721/19 a C-722/19

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

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podala Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko)]

„Prejudiciálne konanie – Sloboda usadiť sa – Sloboda poskytovať služby – Obmedzenia – Smernica 2014/23/EÚ – Články 3 a 43 – Verejné obstarávanie – Postupy výberu koncesionára – Okamžité lotérie – Vnútroštátne právne predpisy, podľa ktorých sa koncesia obnoví bez vyhlásenia verejnej súťaže – Zmena podmienok koncesie – Podstatné úpravy – Právo na prístup k systému opravných prostriedkov"

1. Jednou z foriem hazardných hier povolených v Taliansku je takzvaná „okamžitá národná lotéria" [2], ktorej prevádzkovaním bol v roku 2009 poverený subjekt vybraný prostredníctvom systému administratívnych koncesií. Verejný obstarávateľ vyberal uchádzača, ktorému udelí koncesiu, vo verejnej súťaži, ktorá sa riadi kritériom ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.

2. Zákonným dekrétom č. 78/2009 [3] bol vytvorený systém koncesií na prevádzkovanie okamžitej národnej lotérie, v ktorom bolo možné vybrať najviac štyroch koncesionárov. Doba platnosti koncesie bola deväť rokov a bolo možné obnoviť ju iba raz na tú istú dobu.

3. Na verejnej súťaži sa zúčastnil len jeden uchádzač – Lotterie Nazionali Srl (ďalej len „Lotterie Nazionali") –, ktorý bol určený za jediného koncesionára.

[1] Jazyk prednesu: španielčina.

[2] Ide o lotérie založené na „stierateľných žreboch", pri ktorých sa účastníci okamžite môžu dozvedieť, či vyhrali. Po zakúpení žrebu a zotretí určeného políčka na tomto žrebe sa ukáže náhodná výherná kombinácia, ktorá je na ňom v skrytej forme vytlačená.

[3] Zákonný dekrét č. 78/2009 z 1 júla 2009 o opatreniach na boj proti kríze a predĺžení lehôt (GURI č. 150 z 1. júla 2009), ktorý bol so zmenami a doplneniami zmenený na zákon č. 102 z 3. augusta 2009 (GURI č. 179 zo 4. augusta 2009, ďalej len „zákonný dekrét č. 78/2009").

4. Dva roky pred uplynutím pôvodnej doby platnosti koncesie (od roku 2010 do roku 2019) nový právny predpis – zákonný dekrét č. 148/2017 [4] – stanovil, že verejný obstarávateľ je povinný povoliť „pokračovanie existujúceho koncesného vzťahu… do dátumu uplynutia platnosti stanoveného v… akte o udelení koncesie“, [5] teda do roku 2028.

5. Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) pochybuje, či je pokračovanie koncesného vzťahu počas uvedeného obdobia bez vyhlásenia novej verejnej súťaže zlučiteľné so slobodou poskytovať služby a so slobodou usadiť sa (články 49 a 56 ZFEÚ), ako aj so smernicou 2014/23/EÚ [6].

6. Okrem toho sa pýta, či subjekty pôsobiace v dotknutom odvetví, ktoré sa nezúčastnili na pôvodnej verejnej súťaži, môžu namietať proti tomuto obnoveniu a domáhať sa vyhlásenia novej verejnej súťaže.

I. Právny rámec

A. Právo Únie. Smernica 2014/23

7. Podľa článku 3 („Zásada rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie a transparentnosti“):

„1. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne a primerane.

…“

8. Článok 43 („Úprava zmlúv počas ich platnosti“) stanovuje:

„1. Koncesie možno upraviť bez nového postupu udeľovania koncesie v súlade s touto smernicou v ktoromkoľvek z týchto prípadov:

a) ak úpravy, bez ohľadu na ich peňažnú hodnotu, boli uvedené v pôvodných súťažných podkladoch ku koncesii v jasných, presných a jednoznačných doložkách o preskúmaní, ktoré môžu zahŕňať doložky o revízii hodnoty, alebo o opciách. V takýchto doložkách sa uvádza rozsah a povaha možných úprav alebo možností, ako aj podmienky, za ktorých sa môžu použiť. Nestanovujú sa v nich úpravy ani možnosti, ktoré by menili celkovú povahu zákazky alebo rámcovej dohody;

…

e) ak úpravy bez ohľadu na ich hodnotu nie sú podstatné v zmysle odseku 4.

…

[4] Zákonný dekrét č. 148/2017 zo 16. októbra 2017 o naliehavých ustanoveniach v oblasti financií a naliehavých potrieb (GURI č. 242 zo 16. októbra 2017), ktorý bol so zmenami a doplneniami zmenený na zákon č. 172 zo 4. decembra 2017 (GURI č. 284 z 5. decembra 2017, ďalej len „zákonný dekrét č. 148/17“).

[5] V niektorých častiach návrhov na začatie prejudiciálneho konania [napríklad v bode 12 písm. c.8)] vnútroštátny súd tvrdí, že pokračovanie koncesného vzťahu v podstate zodpovedá jeho obnoveniu (*rinnovo*) alebo predĺženiu.

[6] Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesií (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 1).

4. Úprava koncesie počas jej platnosti sa považuje za podstatnú v zmysle odseku 1 písm. e), ak sa v jej dôsledku povaha koncesie podstatne líši od pôvodne udelenej koncesie. Úprava sa v každom prípade a bez toho, aby tým boli dotknuté odseky 1 a 2, považuje za podstatnú, ak je splnená jedna alebo viaceré z týchto podmienok:

a) úpravou sa zavádzajú podmienky, ktoré by v prípade, ak by boli súčasťou pôvodného postupu udeľovania koncesie, umožnili pripustenie iných ako pôvodne vybraných žiadateľov alebo akceptovanie inej ako pôvodne akceptovanej ponuky, alebo by do postupu udeľovania koncesie prilákali ďalších účastníkov;

b) úpravou sa mení ekonomická rovnováha koncesie v prospech koncesionára spôsobom, ktorý nebol stanovený v pôvodnej koncesii;

…

5. V prípade iných úprav ustanovení koncesie počas jej platnosti[,] než sú úpravy ustanovené v odsekoch 1 a 2[,] je potrebný nový postup udeľovania koncesie v súlade s touto smernicou.“

B. Talianske právo

1. Zákonný dekrét č. 78/2009

9. Článok 21 („Udeľovanie koncesií v oblasti hazardných hier“) znie:

„1. Na zabezpečenie ochrany prvoradého verejného záujmu pri činnostiach výberu stávok, ak sú zverené iným subjektom, ako sú orgány verejnej správy, sa koncesia na vykonávanie týchto činností udeľuje v súlade so zásadami a pravidlami Spoločenstva a vnútroštátnymi zásadami a pravidlami spravidla viacerým subjektom vybratým na základe otvoreného, konkurenčného a nediskriminačného výberového konania. Preto… Ministero dell’economia e delle finanze-Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato [Ministerstvo hospodárstva a financií – Nezávislá správa štátnych monopolov, Taliansko] začne… potrebné postupy na včasné udelenie koncesie vzťahujúcej sa aj na výber týchto lotérií na diaľku najkvalifikovanejším vnútroštátnym prevádzkovateľom hazardných hier a prevádzkovateľom hazardných hier zo Spoločenstva, ktorí môžu byť najviac štyria a ktorí spĺňajú kritériá spoľahlivosti požadované z etického, technického a hospodárskeho hľadiska.

…

3. Výberové konanie na udelenie koncesie je založené na kritériu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, v rámci ktorého sa uprednostnia nasledujúce kritériá:

a) zvýšenie sumy predložených ponúk oproti vopred určenému základu, ktorý v každom prípade zabezpečí príjmy v celkovej výške aspoň 500 miliónov eur v roku 2009 a 300 miliónov eur v roku 2010, a to bez ohľadu na konečný počet úspešných uchádzačov,

…

4. Maximálne trvanie koncesií uvedených v odseku 1 je deväť rokov s možnosťou jedného predĺženia a je rozdelené na dve obdobia v dĺžke piatich a štyroch rokov. Pokračovanie koncesie

v druhom období je podmienené kladným posúdením stavu prevádzky orgánom, ktorý udeľuje koncesiu, ktoré treba uskutočniť v prvej polovici piateho roka trvania koncesie.“

2. Zákonný dekrét č. 148/2017

10. V článku 20 ods. 1 sa uvádza:

„Na základe článku 21 ods. 3 a 4 zákonného dekrétu č. 78 z 1. júla 2009, ktorý bol so zmenami a doplneniami zmenený na zákon č. 102 z 3. augusta 2009, Agentúra pre clá a monopoly povolí pokračovanie existujúceho koncesného vzťahu týkajúceho sa výberu vkladov do okamžitých národných lotérií vrátane výberu na diaľku do dátumu uplynutia účinnosti stanoveného v článku 4 ods. 1, aby sa zaistili nové a vyššie príjmy štátneho rozpočtu vo výške 50 miliónov eur za rok 2017 a 750 miliónov eur za rok 2018.“

II. Skutkový stav, konanie vo veci samej a prejudiciálne otázky

11. Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (Nezávislá správa štátnych monopolov, Taliansko) oznámeniami uverejnenými v *Úradnom vestníku Európskej únie z* 15. augusta 2009 a z 2. apríla 2010 začala „výberové konanie na udelenie koncesie na prevádzkovanie verejných hazardných hier nazývaných ‚okamžité národné lotérie‘“.[7]

12. V súťažných podkladoch bolo uvedené, že[8]

– nepriame vykonávanie činností výberu stávok na hazardné hry sa vždy zadá formou koncesie,

– koncesie sa spravidla zadajú viacerým, najviac však štyrom osobám, ktoré budú vybraté na základe otvoreného, konkurenčného a nediskriminačného výberového konania,

– každý koncesionár bude musieť zaplatiť protiplnenie v závislosti od určitého percenta príjmov,

– výber koncesionárov bude založený na kritériu ekonomicky najvýhodnejšej ponuky a medzi jeho kritériami sa zohľadní zvýšenie ponúk oproti vopred určenému základu, aby sa v každom prípade zabezpečili príjmy v celkovej výške aspoň 500 miliónov eur v roku 2009 a 300 miliónov eur v roku 2010, a to bez ohľadu na konečný počet úspešných uchádzačov,

– koncesie, ktoré prípadne možno obnoviť iba raz, budú platiť počas obdobia deviatich rokov, ktoré bude rozdelené na dve obdobia v dĺžke piatich a štyroch rokov. Pokračovanie koncesie v druhom období bolo podmienené kladným posúdením činnosti koncesionára, ktoré mal správny orgán uskutočniť v prvej polovici piateho roka.

13. Do verejnej súťaže sa prihlásila len Lotterie Nazionali, ktorá sa stala jediným úspešným uchádzačom.

[7] Podľa návrhov na začatie prejudiciálneho konania (bod 3.1) na základe zmluvy uzavretej 14. októbra 2003 túto formu lotérie do 31. mája 2010 prevádzkovalo dočasné združenie podnikov Lottomatica (ktoré sa neskôr zmenilo na Lotterie Nazionali). Väčšinový podiel v spoločnosti Lotterie Nazionali vlastní Lottomatica Holding Srl, ktorej podiel predstavuje 64 % základného imania uvedenej spoločnosti.

[8] V súťažných podkladoch bolo v podstate prevzaté znenie článku 21 zákonného dekrétu č. 78/2009.

14. Po uplynutí prvého čiastkového obdobia v trvaní piatich rokov Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Agentúra pre clá a monopoly, Taliansko; ďalej len „ADM“)[9] povolila pokračovanie koncesie počas druhého čiastkového obdobia v trvaní štyroch rokov do 30. septembra 2019.

15. Dňa 26. júla 2017 Lotterie Nazionali požiadala ADM o uplatnenie ustanovenia týkajúceho sa pokračovania koncesie počas ďalšieho deväťročného obdobia.

16. ADM v oznámení z 19. septembra 2017 dospela k záveru, že požadované pokračovanie je v súlade s verejným záujmom.

17. Dňa 16. októbra 2017 nadobudol účinnosť článok 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148/2017.

18. V súlade s týmto ustanovením ADM oznámením z 1. decembra 2017 – po tom, čo koncesionár formálne prijme podmienky špecifikované v článku 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148/17 – určila za dátum uplynutia platnosti koncesie 30. september 2028. Lotterie Nazionali akceptovala tieto podmienky v ten istý deň.

19. Spoločnosti Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd a Magellan Robotech Limited (ďalej len „odvolateľky“) napadli uvedené rozhodnutie žalobami na Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionálny správny súd pre región Lazio, Taliansko), ktorý ich žaloby rozsudkami č. 9730/2018 a 9734/2018 zo 4. októbra 2018 zamietol.

20. Odvolateľky podali proti prvostupňovým rozsudkom odvolania na Consiglio di Stato (Štátna rada). ADM a Lotterie Nazionali tiež napadli tieto rozsudky odvolaniami týkajúcimi sa prekážok konania, pokiaľ ide o zamietnuté námietky neprípustnosti.

21. Consiglio di Stato (Štátna rada) „medzitýmnymi rozsudkami“ č. 6079 a 6080 z 3. novembra 2019 zamietla odvolania týkajúce sa prekážok konania, ktoré podali ADM a Lotterie Nazionali, a z vecného hľadiska vyjadrila pochybnosť o súlade článku 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148/17 s právom Únie.

22. Za týchto okolností Consiglio di Stato (Štátna rada) položila Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa právo Únie, najmä právo usadiť sa a sloboda poskytovať služby (článok 49 a nasl. ZFEÚ a článok 56 a nasl. ZFEÚ), ako aj zásady [práva Únie týkajúce sa] právnej istoty, zákazu diskriminácie, transparentnosti a nestrannosti, voľnej hospodárskej súťaže, proporcionality, ochrany legitímnej dôvery a koherentnosti a – ak sú uplatniteľné – články 3 a 43 smernice 2014/23/EÚ, vykladať v tom zmysle, že bráni takej právnej úprave, aká je obsiahnutá v článku 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148 zo 16. októbra 2017 a v príslušných vykonávacích predpisoch, ktorý stanovuje, že: ‚*V súlade s ustanovením článku 21 ods. 3 a 4 zákonného dekrétu č. 78 z 1. júla 2009, ktorý bol so zmenami a doplneniami zmenený na zákon č. 102 z 3. augusta 2009, Agentúra pre clá a monopoly povolí pokračovanie existujúceho koncesionárskeho vzťahu týkajúceho sa výberu vkladov do vnútroštátnych okamžitých lotérií, vrátane výberu na diaľku do konca konečnej lehoty koncesie stanovenej článkom 4 ods. 1, aby sa zaistili nové a vyššie zdroje do štátneho rozpočtu vo výške 50 miliónov eur za rok 2017 a 750 miliónov eur za rok 2018*‘, v situácii, keď:

[9] ADM nahradila Nezávislú správu štátnych monopolov.

– článok 21 ods. 1 zákonného dekrétu č. 78 z 1. júla 2009, ktorý bol zmenený na zákon č. 102 z 3. augusta 2009, stanovil, že koncesie sa spravidla udelia viacerým subjektom vybratým na základe otvoreného, konkurenčného a nediskriminačného výberového konania,

– článok 21 ods. 4 tohto dekrétu stanovil možnosť predĺžiť koncesie uvedené v odseku 1 iba raz,

– odvolateľky sa nezúčastnili na verejnej súťaži vyhlásenej v roku 2010,

– existujúci zmluvný vzťah bol pôvodne vytvorený s jediným koncesionárom na základe výsledku postupu verejného obstarávania, v ktorom bola predložená jediná ponuka,

– pokračovanie existujúceho koncesného vzťahu by malo konkrétne za následok, že takýto vzťah by pokračoval výlučne s týmto jediným koncesionárom namiesto obnovenia koncesie s viacerými subjektmi bez ďalšej verejnej súťaže?

2. Má sa právo Únie, najmä právo usadiť sa a sloboda poskytovať služby (článok 49 a nasl. ZFEÚ a článok 56 a nasl. ZFEÚ), ako aj zásady [práva Únie týkajúce sa] právnej istoty, zákazu diskriminácie, transparentnosti a nestrannosti, voľnej hospodárskej súťaže, proporcionality, ochrany legitímnej dôvery a koherentnosti a – ak sú uplatniteľné – články 3 a 43 smernice 2014/23/EÚ, vykladať v tom zmysle, že bráni takej právnej úprave, aká je obsiahnutá v článku 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148 zo 16. októbra 2017, ktorý v rámci prehláseného uplatňovania článku 21 ods. 3 a 4 zákonného dekrétu č. 78 z 1. júla 2009, ktorý bol so zmenami a doplneniami zmenený na zákon č. 102 z 3. augusta 2009, stanovuje, že ‚*Agentúra pre clá a monopoly povolí pokračovanie existujúceho koncesionárskeho vzťahu týkajúceho sa výberu vkladov do vnútroštátnych okamžitých lotérií, vrátane výberu na diaľku do konca konečnej lehoty koncesie stanovenej článkom 4 ods. 1, aby sa zaistili nové a vyššie zdroje do štátneho rozpočtu vo výške 50 miliónov eur za rok 2017 a 750 miliónov eur za rok 2018*‘, teda stanovuje:

– dočasné pokračovanie existujúceho jediného koncesného vzťahu namiesto prípadného obnovenia viacerých koncesií uvedených v článku 21 ods. 4 zákonného dekrétu č. 78 z 1. júla 2009, ktorý bol zmenený na zákon č. 102 z 3. augusta 2009, a bez vyhlásenia novej verejnej súťaže,

– v období, ktoré predchádza uplynutiu platnosti koncesie, zákonný dekrét č. 148/2017 nadobudol účinnosť 16. októbra 2017, t. j. v deň uverejnenia v talianskom úradnom vestníku, kým platnosť koncesie mala uplynúť až 30. septembra 2019,

– s cieľom zabezpečiť nové a vyššie zdroje do štátneho rozpočtu vo výške 50 miliónov eur za rok 2017 a 750 miliónov eur za rok 2018, čím sa zmenili niektoré aspekty týkajúce sa podmienok a lehoty úhrady protiplnenia za koncesiu, prípadne i celkovej výšky platby z hľadiska jej nákladnosti, najmä na základe zmeny lehôt na úhradu, teda ich skrátením oproti lehotám, ktoré sú stanovené v pôvodnej koncesii, pri zohľadnení – podľa názoru odvolateliek – objektívnej a všeobecne známej skutočnosti týkajúcej sa finančnej hodnoty času?

3. Má sa právo Únie, najmä právo usadiť sa a sloboda poskytovať služby (článok 49 a nasl. ZFEÚ a článok 56 a nasl. ZFEÚ), ako aj zásady [práva Únie týkajúce sa] právnej istoty, zákazu diskriminácie, transparentnosti a nestrannosti, voľnej hospodárskej súťaže, proporcionality, ochrany legitímnej dôvery a koherentnosti a – ak sú uplatniteľné – články 3 a 43 smernice

2014/23/EÚ, vykladať v tom zmysle, že bráni takej právnej úprave, aká je obsiahnutá v predpisoch, ktorými sa vykonáva tento dekrét, a najmä v oznámení Agentúry pre clá a monopoly [protokol č.] 0133677, ktorým – v rámci vyhláseného vykonávania článku 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148 zo 16. októbra 2017 a na základe článku 4 prvého odseku zmluvy o koncesii na prevádzkovanie okamžitých lotérií, podľa ktorého sa zmluva obnoví iba raz – sa zmení dátum uplynutia platnosti koncesie na 30. septembra 2028; v každom prípade bez toho, aby bol dotknutý článok 4, pokiaľ ide o rozdelenie trvania koncesie na dve obdobia v dĺžke piatich a štyroch rokov (teda po uplynutí prvého päťročného obdobia od 1. októbra 2019 pokračovanie ďalšieho štvorročného obdobia až do uplynutia platnosti 30. septembra 2028 je podmienené kladným posúdením stavu prevádzky Agentúrou pre clá a monopoly, ktoré treba uskutočniť do 30. marca 2024); stanovuje, že spoločnosť je povinná uhradiť sumu vo výške 50 miliónov eur do 15. decembra 2017, sumu vo výške 300 miliónov eur do 30. apríla 2018 a sumu vo výške 450 miliónov eur do 31. októbra 2018, pričom:

– tieto ustanovenia boli prijaté pred uplynutím pôvodnej doby platnosti koncesie (oznámenie Agentúry pre clá a monopoly [protokol č.] 0133677 bolo vydané 1. decembra 2017, kým platnosť koncesnej zmluvy mala uplynúť 30. septembra 2019),

– tým sa zaistí… skoršia úhrada sumy vo výške 800 miliónov eur v kratších lehotách (50 miliónov eur do 15. decembra 2017, 300 miliónov eur do 30. apríla 2018 a 450 miliónov eur do 31. októbra 2017) oproti uvedenému dátumu uplynutia platnosti (30. septembra 2019),

– tým dôjde… k potenciálnej zmene celkovej výšky dlžnej sumy z hľadiska jej nákladnosti pri zohľadnení – podľa názoru odvolateliek – objektívnej a všeobecne známej skutočnosti týkajúcej sa finančnej hodnoty času?

4. Má sa právo Únie, najmä právo usadiť sa a sloboda poskytovať služby (článok 49 a nasl. ZFEÚ a článok 56 a nasl. ZFEÚ), ako aj zásady [práva Únie týkajúce sa] právnej istoty, zákazu diskriminácie, transparentnosti a nestrannosti, voľnej hospodárskej súťaže, proporcionality, ochrany legitímnej dôvery a koherentnosti a – ak sú uplatniteľné – články 3 a 43 smernice 2014/23/EÚ, vykladať v tom zmysle, že bráni takejto právnej úprave, aj za predpokladu, že subjekty pôsobiace v tomto odvetví, ktoré v súčasnosti majú záujem vstúpiť na trh…, sa nezúčastnili na pôvodnej verejnej súťaži vyhlásenej na udelenie koncesie, ktorej platnosť mala uplynúť a ktorá pokračuje s existujúcim koncesionárom v zmysle opísaných nových zmluvných podmienok, alebo… prípadné obmedzenie prístupu na trh… nastane iba v prípade ich skutočnej účasti na pôvodnej verejnej súťaži?“

III. Konanie na Súdnom dvore

23. Návrhy na začatie prejudiciálneho konania boli doručené do kancelárie Súdneho dvora 23. septembra 2019. Vzhľadom na súvislosť medzi nimi Súdny dvor rozhodol, že ich spojí na spoločné konanie.

24. Písomné pripomienky predložili Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, talianska vláda a Komisia, pričom títo účastníci konania písomne odpovedali na otázky, ktoré im položil Súdny dvor.

IV. Posúdenie

A. Úvodné úvahy

25. Pochybnosti, ktoré Consiglio di Stato (Štátna rada) vyjadruje v návrhoch na začatie prejudiciálneho konania, sa týkajú predovšetkým hmotnoprávnych aspektov sporu, ktoré sú predmetom prvej, druhej a tretej prejudiciálnej otázky.

26. Štvrtá otázka má naopak skôr procesný charakter, keďže vnútroštátny súd sa v nej pýta, či má skutočnosť, že odvolateľky ako „subjekty pôsobiace v tomto odvetví, ktoré v súčasnosti majú záujem vstúpiť na trh“, sa nezúčastnili na pôvodnej verejnej súťaži, nejaký vplyv na konanie.

27. Po preskúmaní prvej prejudiciálnej otázky súčasne uvediem svoje úvahy týkajúce sa druhej a tretej prejudiciálnej otázky, ktorými sa podľa môjho názoru – vzhľadom na ich úzku súvislosť – treba zaoberať spoločne.

28. Ešte predtým je potrebné spresniť, ktorý právny predpis Únie sa uplatní v týchto veciach a ktorý všeobecný režim stanovuje tak judikatúra Súdneho dvora, ako aj smernica 2014/23, pokiaľ ide o úpravu podmienok koncesií.

29. Musím tiež uviesť, že v konaní nebola vznesená nijaká námietka, ktorej cieľom by bolo napadnúť taliansku právnu úpravu z dôvodu, že z nej vyplýva, že na túto formu lotérie sa uplatní koncesný režim, pričom o jeho zlučiteľnosti s právom Únie už Súdny dvor rozhodol.[10]

30. Predmetom tohto konania tiež nie je odôvodnenie celkovej doby platnosti koncesie (najprv deväť rokov a prípadne ďalších deväť rokov)[11] ani ďalšie aspekty koncesného režimu[12].

B. Uplatniteľný právny rámec

31. Podľa článku 54 smernice 2014/23 sa táto smernica „neuplatňuje na udeľovanie koncesií ponúkaných alebo udelených pred 17. aprílom 2014“. Vzhľadom na to, že pôvodná koncesia na prevádzkovanie okamžitej národnej lotérie bola udelená v roku 2010, v zásade[13] by sa zdalo, že uvedené ustanovenie vylučuje uplatnenie smernice 2014/23 na spor.[14]

[10] Rozsudok z 19. decembra 2018, Stanley International Betting a Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; ďalej len „rozsudok Stanley International Betting a Stanleybet Malta“, bod 66): „Súdny dvor v odvetví hazardných hier odobril… uplatnenie systému koncesií, pričom sa domnieval, že takýto systém môže predstavovať efektívny mechanizmus umožňujúci kontrolovať subjekty pôsobiace v tomto odvetví s cieľom predchádzať využívaniu týchto činností na kriminálne alebo podvodné ciele (pozri v tomto zmysle rozsudok z 12. septembra 2013, Biasci a i., C-660/11 a C-8/12, EU:C:2013:550, bod 24, ako aj citovanú judikatúru).“

[11] Celková doba platnosti koncesie by mohla byť relevantným faktorom. Podľa judikatúry „koncesi[e], ktorých dĺžka trvania platnosti môže dosahovať až 15 rokov, [sú] spôsobilé voči subjektom nachádzajúcim sa v iných členských štátoch vytvárať prekážku, či dokonca brániť výkonu slobôd zaručených článkami 43 ES a 49 ES“ [rozsudok z 9. septembra 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, bod 46)].

[12] Zo znenia rozsudkov, ktoré na prvom stupni vydal Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionálny správny súd pre región Lazio), vyplýva, že Sisal napadla prvú verejnú súťaž žalobou, o ktorej Consiglio di Stato (Štátna rada) právoplatne rozhodla rozsudkom č. 1705/2010.

[13] Rozsudok Stanley International Betting a Stanleybet Malta, bod 34: „v súlade s ustálenou judikatúrou v oblasti verejného obstarávania, ktorá sa analogicky uplatňuje aj v oblasti koncesie na služby, je uplatniteľnou smernicou v zásade tá smernica, ktorá platila v okamihu, keď si verejný obstarávateľ vybral druh konania, ktoré použije, a definitívne sa rozhodol, či zadaniu verejnej zákazky musí predchádzať výberové konanie“.

[14] V tejto veci nemožno hovoriť o čisto vnútroštátnej situácii: koncesia má vzhľadom na svoje znaky istý cezhraničný rozmer, ktorý prekračuje vnútroštátny rozmer, a dve z odvolateliek majú sídlo mimo Talianska.

32. Už teraz uvádzam, že bez ohľadu na to, aká bude odpoveď na uvedenú otázku, v každom prípade treba vziať do úvahy judikatúru Súdneho dvora súvisiacu s vplyvom článkov 49 a 56 ZFEÚ, ktoré sa týkajú slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, na pravidlá verejného obstarávania.

33. Uvedená judikatúra konkrétne vyvodzuje z uvedených dvoch ustanovení Zmluvy o FEÚ dôsledky týkajúce sa otázky, kedy si podstatné úpravy verejnej zákazky v zásade môžu vyžadovať nové verejné obstarávanie. Uvedené kritérium sa uplatní aj na koncesné zmluvy na služby. [15]

34. Ak v prípade, že ide o podstatné úpravy podmienok koncesie, treba vyhlásiť novú verejnú súťaž na túto koncesiu, táto súťaž sa musí riadiť predpismi platnými v čase jej vyhlásenia, a nie predpismi platnými v čase, keď bola udelená pôvodná koncesia. [16]

35. Pokiaľ vychádzame z tohto predpokladu, ak by zmeny v podmienkach koncesie na prevádzkovanie okamžitej lotérie, ktoré boli zavedené zákonným dekrétom č. 148/17, boli také podstatné, že by si vyžadovali novú verejnú súťaž, na túto súťaž by sa *ratione temporis* uplatnila smernica 2014/23. [17]

36. To isté kritérium môže platiť pre prípady predĺžení, ako je predĺženie, ktoré je predmetom sporu, aj keď boli upravené v pôvodnom dokumente. Ak odsúhlasenie predĺženia na ďalšie a dlhšie obdobie (deviatich rokov) nie je automatické, ale závisí od individuálneho posúdenia verejným obstarávateľom, [18] zdá sa mi logickejšie, že je potrebné vychádzať z právneho rámca platného v čase, keď dôjde k tomuto posúdeniu.

37. V každom prípade článkami 3 a 43 smernice 2014/23 sa do právneho predpisu len preberá judikatúra Súdneho dvora týkajúca sa verejného obstarávania:

– článok 3 vyjadruje zásady rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie a transparentnosti, ktoré sledujú „hlavn[ý] cie[ľ] pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania[, ktorým je] zabezpečiť voľný pohyb služieb a otvorenie nenarušenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch“, [19]

– článok 43, ktorého predmetom je úprava koncesie počas jej platnosti, tiež vychádza z kritérií vyplývajúcich z ustálenej judikatúry, [20] podľa ktorých „v zásade podstatná zmena zmluvy o…

[15] Rozsudok z 13. apríla 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, bod 37): „na účely zabezpečenia transparentnosti postupov a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi môžu podstatné zmeny zásadných ustanovení koncesnej zmluvy na služby v určitých prípadoch vyžadovať udelenie novej koncesnej zmluvy, ak majú podstatne odlišné znaky, ako sú znaky pôvodnej koncesnej zmluvy“.

[16] Rozsudok z 18. septembra 2019, Komisia/Taliansko (C-526/17, EU:C:2019:756, bod 60): „…uplatniteľnou právnou úpravou Únie je tá, ktorá je účinná v čase tejto [podstatnej] zmeny“. Talianska vláda vo svojej odpovedi na otázky Súdneho dvora vyjadrila názor, že uvedená judikatúra, ktorá sa týka smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, sa neuplatní, lebo smernica 2014/23 obsahuje osobitné ustanovenie (článok 54), ktoré sa v prvej uvedenej smernici nenachádzalo. Nesúhlasím s týmto tvrdením, ktoré má tautologický charakter, lebo podmienkou uplatnenia spomenutého článku 54 je, že nedošlo k podstatným úpravám.

[17] Zákonný dekrét č. 148/17 a neskoršie oznámenie ADM boli prijaté po uplynutí lehoty na prebratie smernice 2014/23 (podľa článku 51 ods. 1 táto lehota uplynula 18. apríla 2016).

[18] Stanleybet Malta, Magellan Robotech a Komisia vo svojich odpovediach na otázky Súdneho dvora zdôrazňujú, že vôbec neexistovala *povinnosť* pokračovať v koncesnom vzťahu.

[19] Rozsudok z 19. júna 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, body 31 a 32).

[20] V odôvodnení 75 smernice 2014/23 je to vyjadrené takto: „ je potrebné spresniť podmienky, za ktorých si úprava koncesie počas jej plnenia vyžaduje nový postup udeľovania koncesie, a to po zohľadnení príslušnej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie“.

koncesii… musí viesť k novému verejnému obstarávaniu týkajúcemu sa takto zmenenej zmluvy“.[21]

38. Výsledok teda bude – či už podľa judikatúry týkajúcej sa dodržiavania slobody usadiť sa alebo slobody poskytovať služby, alebo podľa článkov 3 a 43 smernice 2014/23 – v podstate rovnaký.

39. Pokiaľ ide o neuplatnenie *ratione materiae*, ktoré údajne vyplýva z odôvodnenia 35 smernice 2014/23,[22] na ktoré sa odvoláva Lotterie Nazionali,[23] stačí uviesť, že v tejto veci sa uskutočnil súťažný postup udeľovania koncesie, ktorý bol zverejnený.

C. Všeobecné pravidlá týkajúce sa úprav koncesie

40. Nadväzujúc na vyššie opísanú judikatúru, článok 43 smernice 2014/23 rozlišuje medzi úpravami koncesie, ktoré možno vykonať „bez nového postupu udeľovania koncesie“ (odseky 1 a 2), a ostatnými úpravami. Tieto ostatné úpravy sa označujú ako *podstatné*.

41. V odseku 5 uvedeného článku sa jednoznačne uvádza: „V prípade iných úprav ustanovení koncesie počas jej platnosti[,] než sú úpravy ustanovené v odsekoch 1 a 2[,] je potrebný nový postup udeľovania koncesie v súlade s touto smernicou.“

42. Kľúčový význam pre určenie, kedy je úprava podstatná a vyžaduje si nový postup, má článok 43 ods. 4 smernice 2014/23: „Úprava koncesie počas jej platnosti sa považuje za podstatnú…, ak sa v jej dôsledku povaha koncesie podstatne líši od pôvodne udelenej koncesie.“

43. Na konkretizáciu uvedeného všeobecného pravidla ten istý článok 43 ods. 4 stanovuje štyri prípady podstatných úprav, z ktorých môžu mať v tejto veci význam dve:

– „úpravou sa zavádzajú podmienky, ktoré by v prípade, ak by boli súčasťou pôvodného postupu udeľovania koncesie,… do postupu udeľovania koncesie prilákali ďalších účastníkov“,[24]

– „úpravou sa mení ekonomická rovnováha koncesie v prospech koncesionára spôsobom, ktorý nebol stanovený v pôvodnej koncesii“.[25]

[21] Rozsudok z 18. septembra 2019, Komisia/Taliansko (C-526/17, EU:C:2019:756, bod 59). Tak v tomto rozsudku, ako aj v rozsudku z 11. júla 2013, Komisia/Holandsko (C-576/10, EU:C:2013:510, bod 54), sa vychádza z úpravy podstatných aspektov zmluvy. Je logické, že menšie alebo vedľajšie úpravy sú prípustné a neznamenajú, že je nevyhnutná nová verejná súťaž. Potvrdzuje to odôvodnenie 75 smernice 2014/23, v ktorom sa uvádza, že „úpravy koncesie, ktorých dôsledkom je malá zmena hodnoty zákazky do určitej úrovne hodnoty, by mali byť vždy možné bez toho, aby bolo potrebné vykonať nový postup udeľovania koncesie“.

[22] „Z rozsahu pôsobnosti tejto smernice je vhodné vylúčiť koncesie, ktoré súvisia s prevádzkovaním lotérií a ktoré členské štáty udelili hospodárskemu subjektu na základe výlučného práva udeleného na základe postupu bez zverejnenia podľa uplatniteľných vnútroštátnych zákonov, iných právnych predpisov alebo uverejnených správnych opatrení v súlade so ZFEÚ. Takéto vylúčenie je opodstatnené udelením výlučného práva hospodárskemu subjektu, čím sa súťažný postup stáva neuplatniteľným, ako aj potrebou zachovať pre členské štáty možnosť regulovať na vnútroštátnej úrovni odvetvie hazardných hier so zreteľom na ich povinnosti týkajúce sa ochrany verejného a sociálneho poriadku.“

[23] Bod 9 jej písomných pripomienok.

[24] Súdny dvor sa zaoberal touto okolnosťou v rozsudku zo 7. septembra 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, bod 29): „podstatné zúženie… predmetu [zákazky] môže mať za následok, že o ňu bude mať záujem väčší počet hospodárskych subjektov“.

[25] Zdroj tohto pravidla v judikatúre možno nájsť v rozsudku z 19. júna 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, bod 37).

D. Prvá prejudiciálna otázka

44. Consiglio di Stato (Štátna rada) zdôrazňuje, že odvolateľky sa nezúčastnili na verejnej súťaži vyhlásenej v súlade so zákonným dekrétom č. 78/2009, a uvádza, že dôvodom ich neúčasti mohlo byť, že obnovenie koncesie bolo len eventuálne, lebo záviselo od uplatnenia diskrečnej právomoci priznanej správnemu orgánu.

45. Dodáva, že uvedená diskrečná právomoc bola zrušená zákonným dekrétom č. 148/17, ktorý navyše nadobudol účinnosť dva roky pred uplynutím (prvého) deväťročného obdobia stanoveného v akte o udelení koncesie.

46. Prípadná nezlučiteľnosť s právnou úpravou Únie by teda spočívala v tom, že zákonodarca v roku 2017 právnym predpisom vylúčil akúkoľvek diskrečnú právomoc správneho orgánu pri rozhodovaní o zachovaní koncesného vzťahu alebo vyhlásení novej verejnej súťaže.

47. Podľa môjho názoru treba v prvom rade poukázať na to, že pokračovanie koncesného vzťahu počas ďalšieho deväťročného obdobia bolo uvedené už v pôvodnom akte, ktorý bol v súlade so zákonným dekrétom č. 78/2009.

48. Táto okolnosť je dôležitá, lebo *uplatnením* uvedeného ustanovenia bol vykonaný uvedený akt, pričom sa jednoducho uplatnilo jedno z ustanovení pôvodnej koncesnej zmluvy.

49. Ako podrobnejšie vysvetlím nižšie, uplatnením právomoci iba raz obnoviť koncesiu na ďalšie deväťročné obdobie sa nezmenil pôvodný model, ktorý zodpovedal systému viacerých koncesionárov (umožňoval udeliť koncesiu až štyrom uchádzačom).

50. Uvedený model ako taký zostal nedotknutý. Keďže sa však pri jeho uplatnení v roku 2010 do verejnej súťaže *de facto* prihlásil len jeden hospodársky subjekt, ktorý sa v dôsledku toho stal jediným koncesionárom, bolo potrebné rozhodnúť, že koncesný vzťah bude počas ďalších deviatich rokov pokračovať – ako to bolo stanovené v pôvodnom dokumente – práve s týmto subjektom.

51. Je však pravda, že aj podľa pôvodného dokumentu bolo na umožnenie obnovenia koncesie na ďalších deväť rokov potrebné, aby správny orgán, ktorý udeľuje koncesiu, kladne vyhodnotil činnosť vykonávanú koncesionárom.

52. Bez toho, aby boli dotknuté vysvetlenia, ktoré uvediem, týkajúce sa osobitných podmienok, ktoré musí splniť uchádzač, aby mohol ďalších deväť rokov zostať v koncesionárskom vzťahu, považujem za nepodstatné, že o pokračovaní tohto vzťahu sa rozhodlo zákonným dekrétom po tom, čo správny orgán, ktorý udeľuje koncesiu, overil, či je toto pokračovanie v súlade s verejným záujmom.

53. ADM totiž v oznámení z 19. septembra 2017 [26] kladne vyhodnotila činnosť, ktorú dovtedy vykonávala Lotterie Nazionali, a uviedla dôvody, pre ktoré bolo opodstatnené zostať ďalších deväť rokov v koncesionárskom vzťahu s touto spoločnosťou v súlade s pôvodným dokumentom. Pri uskutočňovaní uvedeného posúdenia ADM využila svoje diskrečné právomoci, na ktoré poukazuje Consiglio di Stato (Štátna rada).

[26] Toto oznámenie bolo vydané na základe žiadosti o obnovenie koncesie podanej koncesionárom 26. júla 2017.

54. V spomenutom oznámení sa uvádza, že pokračovanie koncesného vzťahu so spoločnosťou Lotterie Nazionali je nielen prospešné pre verejné záujmy z ekonomického hľadiska, ale je opodstatnené z dôvodu, že činnosť tejto spoločnosti bola vyhodnotená kladne.[27]

55. Zákonným dekrétom č. 148/17 bolo teda potvrdené, že je vhodné pokračovať v koncesionárskom vzťahu, čo už v rámci diskrečnej právomoci posúdila ADM.

56. Bez ohľadu na to, z akých dôvodov sa o uvedenom pokračovaní rozhodlo právnym predpisom, a nie aktom verejnoprávneho orgánu, ktorý udeľuje koncesiu, je nesporné, že tento orgán – pripomínam – pred schválením zákonného dekrétu č. 148/17 už kladne vyhodnotil činnosť koncesionára a konštatoval, že pokračovanie koncesného vzťahu je vo verejnom záujme.

1. Viacerí koncesionári a jediný koncesionár

57. Na viacerých miestach v návrhoch na začatie prejudiciálneho konania, ako aj v niektorých pripomienkach účastníkov konania, ktorí nesúhlasia s pokračovaním koncesného vzťahu so spoločnosťou Lotterie Nazionali,[28] sa uvádza, že toto pokračovanie by malo za následok zmenu systému viacerých koncesionárov na systém jediného koncesionára.

58. Už som uviedol, že rozhodnutie v prospech modelu viacerých koncesionárov, ktoré bolo vyjadrené v zákonnom dekréte č. 78/2009, v čase schválenia pokračovania koncesného vzťahu naďalej platilo, pričom ako také nebolo nahradené modelom jediného koncesionára podľa zákonného dekrétu č. 148/17.

59. Tiež som vysvetlil, že ak v rámci tohto konania bolo možné hovoriť o jedinom koncesionárovi, nebolo to spôsobené uplatnením predpisu, ale čisto skutkovou okolnosťou, a to tým, že do verejnej súťaže sa prihlásil len jeden uchádzač.

60. Z hľadiska práva Únie by ktorékoľvek z týchto dvoch rozhodnutí v zásade mohlo byť platné, ako to potvrdil Súdny dvor.[29] Výber modelu jediného koncesionára v normatívnej rovine by si však vyžadoval, aby sa týmto výberom koherentne sledoval legitímny cieľ.

61. Nepovažujem za nevyhnutné podrobnejšie sa zaoberať touto otázkou a skúmať odôvodnenie modelu jediného koncesionára, lebo – pripomínam – v tomto prípade nebol zvolený tento model.

[27] Podľa ADM koncesionár zachoval požadované úrovne príjmov, spravoval sieť fyzickej distribúcie okamžitej národnej lotérie efektívne, s prihliadnutím na pokyny samotnej ADM, a s osobitnou pozornosťou, správne a načas platil protihodnotu, ktorú bol povinný platiť štátu, a vyplácal výhry, na ktoré mali nárok spotrebitelia.

[28] Zástancovia potreby vyhlásiť novú verejnú súťaž tvrdia, že keď zákonný dekrét č. 148/17 stanovil, že koncesia sa obnoví, znamenalo to prechod k modelu jediného koncesionára.

[29] Rozsudok Stanley International Betting a Stanleybet Malta, bod 53 a výrok: „Články 49 a 56 ZFEÚ sa majú vykladať v tom zmysle, že nebránia vnútroštátnej právnej úprave…, ktorá v súvislosti s koncesiou na prevádzkovanie služby automatizovanej hry loto a iných číselných hier s pevnými kurzami stanovuje model jediného koncesionára, na rozdiel od iných hier, tipovacích súťaží a stávok, na ktoré sa uplatňuje model viacerých koncesionárov, pokiaľ vnútroštátny súd konštatuje, že dotknutá vnútroštátna právna úprava skutočne koherentne a systematicky sleduje legitímne ciele uvedené dotknutým členským štátom.“

62. Je pravda, že v oznámení ADM z 19. septembra 2017 je spomenutý systém jediného koncesionára, ktorý uvedená verejnoprávna agentúra v tom čase považovala za vhodnejší.[30] Ide však o úvahy, ktoré ADM uviedla subsidiárne, pre prípad, že by nebolo možné – ako sama navrhovala – pokračovať v koncesionárskom vzťahu so spoločnosťou Lotterie Nazionali.[31]

63. Diskusia o zmene modelu (ku ktorej nedošlo) sa mi teda nezdá byť namieste. Cieľom, ktorý sledoval taliansky zákonodarca – a to aj pri prijímaní zákonného dekrétu č. 148/17 –, nebolo dosiahnuť, aby koncesie na prevádzkovanie okamžitej národnej lotérie v budúcnosti zodpovedali modelu jediného koncesionára. V uvedenom zákonnom dekréte sa jednoducho rozhodlo, že koncesný vzťah bude pokračovať podľa podmienok stanovených v pôvodnom akte so spoločnosťou, ktorej bola koncesia udelená po tom, čo sa ako jediná prihlásila do verejnej súťaže vyhlásenej podľa modelu viacerých koncesionárov.

E. Druhá a tretia prejudiciálna otázka

64. Consiglio di Stato (Štátna rada) uznáva, že zákonným dekrétom č. 148/17 bol zachovaný „rovnaký právny dôvod (*causa petendi*) a predmet zmluvy (*petitum*)“. Celková suma, ktorú Lotterie Nazionali musí zaplatiť za druhé deväťročné obdobie, sa konkrétne zhoduje s celkovou sumou, ktorá bola uvedená v pôvodnom akte (800 miliónov eur).

65. V návrhoch na začatie prejudiciálneho konania sa napriek tomu zdôrazňuje *zmena*, ktorá sa týka „podmienok a lehoty úhrady protiplnenia za koncesiu“: úhrada spomenutého protiplnenia sa posunula na skorší termín v roku 2017 (50 miliónov eur) a v roku 2018 (750 miliónov eur).[32]

66. Vnútroštátny súd dodáva, že uvedená okolnosť môže znamenať zmenu „celkovej výšky platby z hľadiska jej nákladnosti… pri zohľadnení – podľa názoru odvolateliek – objektívnej a všeobecne známej skutočnosti týkajúcej sa finančnej hodnoty času“.

67. Účastníci konania, ktorí zastávajú názor, že tento nový spôsob platby neznamenal podstatnú úpravu, uvádzajú, že tak pri udelení koncesie v roku 2010, ako aj pri jej obnovení v roku 2017 bola suma, ktorú koncesionár musel zaplatiť, rovnaká (800 miliónov eur). Okrem toho skoršia platba je podľa ich názoru pre koncesionára nákladnejšia, keďže ju musí uskutočniť ešte pred začatím druhého deväťročného obdobia.

68. Na zodpovedanie otázok Consiglo di Stato (Štátna rada) je potrebné: a) porovnať spôsob platby platný v prvom koncesnom období so spôsobom platby v druhom koncesnom období, a b) ak by z tohto porovnania vyplynulo, že došlo k nejakej zmene, určiť, či je táto zmena podstatná.

1. Porovnanie platobných podmienok

69. Pri pôvodnej koncesii boli príjmy správneho orgánu, ktorý udeľuje koncesiu, vyčíslené aspoň na 500 miliónov eur v prvom roku (2009) a na 300 miliónov eur v druhom roku (2010).

[30] Bod 64 pripomienok talianskej vlády.

[31] Konkrétne tvrdila, že ak by sa neprijalo riešenie spočívajúce v pokračovaní koncesného vzťahu, bolo by potrebné upraviť základné prvky novej verejnej súťaže v osobitnom predpise.

[32] Boli stanovené tri splátky: 50 miliónov eur do 15. decembra 2017, 300 miliónov eur do 30. apríla 2018 a 450 miliónov eur do 31. októbra 2018.

70. Ako už bolo uvedené, podľa rozdelenia platieb zavedeného zákonným dekrétom č. 148/17 tie isté príjmy štátneho rozpočtu predstavovali 50 miliónov eur za prvý rok (2017) a 750 miliónov eur za druhý rok (2018), čo znamená, že protiplnenie za obdobie obnovenia koncesie sa v skutočnosti malo uhradiť skôr.

71. Tieto nové platobné podmienky teda viedli k tomu, že:

– prvá splátka (50 miliónov eur) za obdobie obnovenia koncesie predstavovala jednu desatinu sumy stanovenej (500 miliónov eur) pre prvú časť platby v ustanoveniach vzťahujúcich sa na koncesiu z roku 2010,

– naopak druhá splátka (750 miliónov eur) za obdobie obnovenia koncesie predstavovala viac než dvojnásobok príslušnej splátky (300 miliónov eur) za pôvodnú koncesiu.

72. Došlo teda k zmene termínov, v ktorých mal koncesionár platiť protiplnenie, a nie k zmene výšky protiplnenia alebo jeho rozdelenia na dve postupné splátky.

73. Je namieste predpokladať, že – ako uvádza Komisia [33] – zníženie sumy prvej platby (50 miliónov eur) by umožnilo koncesionárovi lepšie *sa pripraviť* na zaplatenie druhej splátky (750 miliónov eur) v nasledujúcom roku. Hoci táto druhá splátka predstavuje viac než dvojnásobok príslušnej splátky stanovenej v zákonnom dekréte č. 78/2009, koncesionár mohol od začiatku disponovať príjmami plynúcimi z predmetnej koncesie, a preto nemožno vylúčiť, že tento systém ako celok bol pre neho výhodný.

74. Je však pravda, že povinnosť zaplatiť protiplnenie za obdobie obnovenia koncesie o dva roky skôr prirodzene mohla spôsobiť koncesionárovi finančné ťažkosti podobné tým, ktorým musí čeliť ktorýkoľvek hospodársky subjekt, ak má uhradiť platby zodpovedajúce príjmom, ktoré dosiahne v budúcnosti. [34]

2. Podstatná úprava?

75. Ak teraz necháme stranou ostatné okolnosti týkajúce sa platby protiplnenia, schválenie pokračovania koncesného vzťahu so spoločnosťou Lotteria Nazionali na ďalších deväť rokov nepredstavovalo nijakú (podstatnú ani menšiu) úpravu predmetnej koncesie, lebo – opakujem – bolo v súlade s pôvodným dokumentom.

76. Inak by to bolo v prípade, ak by obnovenie koncesie nebolo už na začiatku stanovené v uvedenom dokumente. V takom prípade by predĺženie koncesie, ktorej platnosť uplynula, o deväť rokov – či už na základe zákona, alebo prostredníctvom samostatného rozhodnutia verejného obstarávateľa – bez výberového konania nepochybne znamenalo podstatnú úpravu koncesnej zmluvy. [35]

[33] Body 47 až 49 jej pripomienok.

[34] Naznačujú to Lotterie Nazionali (posledný odsek bodu 32 a posledná časť druhej zarážky bodu 35 jej pripomienok) a Lottomatica (bod 4.3 jej pripomienok). Nemožno však vylúčiť, že ak Lotterie Nazionali súhlasila s platbou vopred, bolo to preto, lebo jej to v konečnom dôsledku vyhovovalo. Je logické domnievať sa, že v opačnom prípade by nepokračovala v koncesnom vzťahu.

[35] Súdny dvor to potvrdil v súvislosti s obnovením alebo predĺžením talianskych koncesií v rozsudkoch z 13. septembra 2007, Komisia/Taliansko (C-260/04, EU:C:2007:508), pokiaľ ide o koncesie na usporadúvanie a výber dostihových stávok; zo 14. júla 2016, Promoimpresa (C-458/14 a C-67/15, EU:C:2016:558), pokiaľ ide o koncesie týkajúce sa verejného majetku, a z 18. septembra 2019, Komisia/Taliansko (C-526/17, EU:C:2019:756), pokiaľ ide verejnú koncesiu na práce.

77. Predmetom sporu je teda len posúdenie, či sa spôsob úhrady, ktorý platil v druhom koncesnom období, *podstatne* líšil od spôsobu úhrady vzťahujúceho sa na prvé koncesné obdobie.

78. Pripomínam, že nielen „právny dôvod (*causa petendi*) a predmet zmluvy (*petitum*)“, ale tiež protiplnenie, ktoré musel platiť koncesionár, ako aj požiadavka, aby sa platba uskutočnila v dvoch splátkach za prvý a druhý rok každého z týchto dvoch období, zostali v týchto obdobiach nezmenené.

79. Zmena, ku ktorej skutočne došlo, sa týkala čiastkovej sumy týchto dvoch splátok, ktorá bola odlišná, ako už bolo uvedené, a posunutia uvedených platieb na skorší termín v rokoch 2017 a 2018 pred začatím nového koncesného obdobia, ktoré sa začalo v roku 2019. [36]

80. S výhradou posúdenia, ktoré musí vykonať vnútroštátny súd, ktorý má najlepšie predpoklady na to, aby rozhodol o tejto otázke, keďže pozná spor, si nemyslím, že úprava súm každej splátky by sa mohla považovať za podstatnú, keďže po zvážení jej výhod a nevýhod pre koncesionára a pre správny orgán, ktorý udeľuje koncesiu, sa nezdá, že by sa ňou zmenila finančná rovnováha koncesie v prospech koncesionára do takej miery, že by sa vyžadovala nová verejná súťaž.

81. Len podrobnejšia ekonomická analýza by umožnila určiť, či to, čo sa na prvý pohľad javí ako nevýhoda pre koncesionára (povinnosť uskutočniť platby v skoršom termíne, keď Lotterie Nazionali ešte nemohla vybrať príjmy za druhé koncesné obdobie), bolo nevýhodou alebo paradoxne mohlo byť pre neho výhodné alebo jednoducho nespôsobilo zmenu pôvodnej finančnej rovnováhy ako celku.

82. V úvahách týkajúcich sa výhod pokračovania koncesného vzťahu s existujúcim koncesionárom počas druhého deväťročného obdobia, ktoré sa nachádzajú v oznámení ADM z 19. septembra 2017, sa spomína aj to, že tohto koncesionára chceli nahradiť iné subjekty. [37] V návrhoch na začatie prejudiciálneho konania sa tiež hovorí o „subjekt[och] pôsobiac[ich] v tomto odvetví, ktoré v súčasnosti majú záujem vstúpiť na trh“.

83. Očakávania odvolateliek však nemôžu prevážiť nad nepopierateľnou skutočnosťou, že v pôvodnej koncesii bola už od začiatku stanovená možnosť jej obnovenia na druhé deväťročné obdobie bez súťaže s tretími osobami. Uvedené očakávania sa môžu v celom rozsahu uplatňovať po skončení uvedeného deväťročného obdobia (ktoré nemožno predĺžiť).

84. Lottomatica Holding a Lotterie Nazionali zasa tvrdia [38], že prijatie rozhodnutia o pokračovaní koncesného vzťahu už v roku 2017 bolo odôvodnené preto, lebo ak by k nemu nedošlo, bol by potrebný dostatočný čas na uskutočnenie novej verejnej súťaže a výber koncesionára do 30. septembra 2019.

[36] Podľa článku 20 ods. 1 zákonného dekrétu č. 148/17 sa tým mali „zaisti[ť] nové a vyššie príjmy štátneho rozpočtu… za rok 2017 a… za rok 2018“, teda poskytnúť finančné prostriedky už počas týchto dvoch rokov namiesto toho, aby sa čakalo na vybratie protiplnenia v rokoch 2019 a 2020.

[37] Lottomatica (v bode 4.2 svojich pripomienok) a Lotterie Nazionali (bode 26 svojich pripomienok), ktoré vysvetľujú, že postup obnovenia sa uskutočnil skôr vzhľadom na počet sporov, ktoré vznikajú v rámci verejných súťaží v odvetví hazardných hier v Taliansku, uznávajú, že tretie osoby mali záujem uchádzať sa o koncesiu. Keď sa odvolateľky dozvedeli o prijatí zákonného dekrétu č. 148/17, bezodkladne oznámili ADM, že majú záujem o koncesiu (listy spoločnosti Sisal z 31. októbra a z 9. novembra 2017 a list spoločnosti Stanleybet Malta z 8. novembra 2017, ktoré sú pripojené k ich pripomienkam).

[38] Bod 4.2 písomných pripomienok spoločnosti Lottomatica Holding a bod 26 písomných pripomienok spoločnosti Lotterie Nazionali.

85. Prináleží vnútroštátnemu súdu rozhodnúť, či existoval uvedený alebo akýkoľvek iný dôvod na to, aby sa nadviazal kontakt s koncesionárom pred skončením prvého deväťročného obdobia a aby sa v tom čase rozhodlo o pokračovaní koncesného vzťahu v druhom, rovnako dlhom období.

86. V každom prípade sa domnievam, že táto okolnosť nemá význam pri určovaní, či vykonané zmeny platby protiplnenia možno považovať za podstatné úpravy koncesie. V tejto súvislosti je rozhodujúce posúdiť obsah takých zmien, a nie okamih, v ktorom správny orgán, ktorý udeľuje koncesiu, rozhodol o ich vykonaní.

87. Časové okolnosti, za ktorých ADM prijala uvedené rozhodnutie, by mohli ovplyvniť iné aspekty jeho súdneho preskúmania (napríklad z dôvodu, že by svedčili o prípadnom zneužití právomoci), ale nepovažujem ich za relevantné pre posúdenie, či došlo k podstatnej úprave podmienok koncesie.

88. Aby som to zhrnul, ak obmedzíme spor na rozhodnutie, či zmenu v poradí platieb možno považovať za podstatnú preto, lebo „sa v jej dôsledku povaha koncesie podstatne líši od pôvodne udelenej koncesie“ (článok 43 ods. 4 smernice 2014/23), podľa môjho názoru ju nemožno považovať za podstatnú, aj keď zdôrazňujem, že o tejto otázke s konečnou platnosťou rozhodne vnútroštátny súd.

F. Štvrtá prejudiciálna otázka

89. Svojou poslednou prejudiciálnou otázkou sa Consiglio di Stato (Štátna rada) v podstate pýta, či odvolateľky môžu napadnúť obnovenie koncesie napriek tomu, že sa nezúčastnili na pôvodnej verejnej súťaži, „ktorá pokračuje s existujúcim koncesionárom v zmysle… nových zmluvných podmienok“ opísaných v návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

90. Consiglio di Stato (Štátna rada) zastáva názor, že je možné, že odvolateľky už nemajú oprávnený záujem na obnovení verejnej súťaže, ale na tom, aby správny orgán, ktorý udeľuje koncesiu, po skončení prvého koncesného obdobia uplatnil svoju diskrečnú právomoc.[39] Na tento účel by teda bolo nepodstatné, či sa odvolateľky zúčastnili na verejnej súťaži v roku 2010.

91. Podľa Súdneho dvora platí pravidlo, že „účasť na zadávacom konaní v zásade môže platne predstavovať vzhľadom na článok 1 ods. 3 smernice 89/665 podmienku, ktorej splnenie sa vyžaduje na preukázanie, že dotknutá osoba odôvodnila záujem na získaní dotknutej zákazky alebo že jej hrozí vznik škody z dôvodu údajnej nezákonnej povahy rozhodnutia o zadaní uvedenej zákazky“.[40]

92. Uvedené všeobecné pravidlo však podľa môjho názoru nemožno uplatniť na tento spor, v ktorom sa nerozhoduje o tom, či subjekty, ktoré sa nezúčastnili na postupe výberu koncesionára ako uchádzači, sú oprávnené napadnúť (pôvodné) rozhodnutie o udelení koncesie. V tomto prípade ide o to, či odvolateľky v rámci obnovenia koncesie mohli uplatniť svoj záujem na tom, aby uvedené obnovenie bolo predmetom verejnej súťaže, a tak sa uchádzať o získanie obnovenej koncesie.

[39] Vyplýva to z písmena c.9) bodu 12 návrhov na začatie prejudiciálneho konania.

[40] Rozsudok z 28. novembra 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità a i. (C-328/17, EU:C:2018:958, bod 46).

93. Odpoveď na uvedenú otázku súvisí s vecnými otázkami, ktorými som sa už zaoberal, teda s tým, či boli zmeny v systéme platby protiplnenia za druhé koncesné obdobie dostatočne významné na to, aby podstatne zmenili pôvodné podmienky uvedenej koncesie.

94. Na účely rozhodnutia o tom, či uvedené zmeny mali podstatný charakter, z čoho by vyplynula povinnosť vyhlásiť novú verejnú súťaž, na ktorej by sa mohli dotknuté subjekty zúčastniť, je pritom potrebné priznať týmto subjektom oprávnenie podať žalobu, na základe ktorej sa táto okolnosť overí.

V. Návrh

95. Na základe vyššie uvedeného navrhujem odpovedať na otázky, ktoré položila Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko), takto:

Články 49 a 56 ZFEÚ, ako aj články 3 a 43 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesií sa majú vykladať v tom zmysle, že:

1. ak je v pôvodnom dokumente týkajúcom sa koncesie na prevádzkovanie okamžitých národných lotérií stanovené, že koncesný vzťah bude pokračovať s tým istým koncesionárom počas ďalšieho deväťročného obdobia, uvedené články nebránia tomu, aby sa toto opatrenie schválilo právnym predpisom s právnou silou zákona po tom, čo správny orgán, ktorý udeľuje koncesiu, potvrdil, že pokračovanie tohto vzťahu je v súlade s verejným záujmom a zodpovedá pôvodnému dokumentu;

2. s výhradou overenia, ktoré musí vykonať vnútroštátny súd, úpravy podmienok koncesie, podľa ktorých zostáva zachovaný rovnaký právny dôvod, rovnaký predmet plnenia, rovnaká výška protiplnenia a jeho zaplatenie v dvoch splátkach a ktorými sa menia len čiastkové sumy, ktoré musí koncesionár v rámci každej z týchto splátok zaplatiť, nemajú podstatný charakter v zmysle článku 43 smernice 2014/23;

3. subjekty, ktoré majú záujem o získanie koncesie, sú oprávnené napadnúť pokračovanie koncesného vzťahu s koncesionárom na základe toho, že podmienky, ktoré platia pre toto pokračovanie, predstavujú podstatnú úpravu pôvodnej koncesie. Na tento účel je nepodstatné, že uvedené subjekty sa nezúčastnili na pôvodnej verejnej súťaži.