Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 21. jaanuaril 2021 [1]

Liidetud kohtuasjad C-721/19 ja C-722/19

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

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu))

Eelotsusemenetlus – Asutamisvabadus – Teenuste osutamise vabadus – Piirangud – Direktiiv 2014/23/EL – Artiklid 3 ja 43 – Riigihanked – Kontsessionääri valimise menetlus – Kiirloteriid – Kontsessiooni ilma hanketa uuendama kohustavad riigisisesed õigusaktid – Kontsessiooni tingimuste muutmine – Sisulised muudatused – Õigus õiguskaitsevahenditele

1. Itaalias lubatud hasartmänguvormide hulgas on nn üleriigiline kiirloterii [2], mille korraldamise õigus anti 2009. aastal halduskontsessioonisüsteemi abil. Hankija valis kontsessionääri välja riigihankemenetluses, milles juhinduti majanduslikult soodsaima pakkumuse kriteeriumist.

2. Dekreetseadusega nr 78/2009 [3] loodi üleriigilise kiirloterii kontsessioonisüsteem, milles saab valida kuni neli kontsessionääri. Kontsessiooni kestusaeg oli üheksa aastat, mida sai pikendada ainult üks kord samaks ajavahemikuks.

3. Riigihankes osales ainult üks pakkuja, Lotterie Nazionali Srl (edaspidi „Lotterie Nazionali"), kes sai ainukontsessionääriks.

[1] Algkeel: hispaania.

[2] Need on „kraabi ja võida" tüüpi loteriid, milles osalejad saavad oma panuse tulemuse kohe teada. Pärast pileti ostmist ilmub juhuslik võidukombinatsioon, mis on piletile trükitud ja peidetud, pileti teatud ala kraapimisel nähtavale.

[3] 1. juuli 2009. aasta dekreetseadus nr 78/2009 „Kriisi vastu võitlemise meetmed ja tähtaegade pikendamine" (*GURI* nr 150, 1.7.2009), seadusena kinnitatud koos muudatustega 3. augusti 2009. aasta seadusega nr 102 (*GURI* nr 179, 4.8.2009; edaspidi „dekreetseadus nr 78/2009").

4. Kaks aastat enne algse ajavahemiku (2010–2019) lõppu kohustas uus õigusakt, dekreetseadus nr 148/2017 [4] hankijat lubama „olemasoleva kontsessioonisuhte jätkumist […] kuni kontsessiooniaktis […] ette nähtud maksimaalse tähtaja lõpuni“ [5] ehk kuni 2028. aastani.

5. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kahtleb, kas kontsessioonisuhte jätkumine selle ajavahemiku vältel ilma uut hankemenetlust korraldamata on kooskõlas teenuste osutamise vabaduse ja asutamisvabadusega (ELTL artiklid 49 ja 56) ning direktiiviga 2014/23/EL [6].

6. Ta soovib ühtlasi teada, kas selle sektori ettevõtjad, kes algses hankemenetluses ei osalenud, võivad uuendamist vaidlustada, nõudes uue hankemenetluse korraldamist.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus. Direktiiv 2014/23

7. Artiklis 3 („Võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõte“) on ette nähtud:

„1. Avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijad kohtlevad ettevõtjaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt ning tegutsevad läbipaistval ja proportsionaalsel viisil.

[…]“.

8. Artiklis 43 („Lepingute muutmine nende kehtivusajal“) on sätestatud:

„1. Kontsessioone võib ilma käesoleva direktiivi kohaselt kontsessiooni andmise uut menetlust korraldamata muuta järgmistel juhtudel:

a) kui muudatused, sõltumata nende rahalisest väärtusest, olid esialgsetes kontsessiooni alusdokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega, mis võivad hõlmata maksumuse läbivaatamise klausleid või võimalusi. Sellistes klauslites märgitakse võimalike muudatuste või alternatiivsete lahenduste ulatus ja olemus ning ka tingimused, mille korral neid võib kasutada. Nendega ei nähta ette muudatusi või alternatiivseid lahendusi, millega muudetaks kontsessiooni üldist olemust;

[…]

e) kui muudatused ei ole sõltumata oma väärtusest lõike 4 tähenduses olulised.

[…]

[4] 16. oktoobri 2017. aasta dekreetseadus nr 148/2017 „Kiireloomulised sätted finantsvaldkonnas ja edasilükkamatute kulutuste kohta“ (*GURI* nr 242, 16.10.2017), seadusena kinnitatud koos muudatustega 4. detsembri 2017. aasta seadusega nr 172 (*GURI* nr 284, 5.12.2017; edaspidi „dekreetseadus nr 148/17“).

[5] Eelotsusetaotluste mõnes lõigus (näiteks punkti 12 alapunktis c.8) kinnitab asja menetlev kohus, et kontsessioonisuhte jätkumine on sisuliselt samastatav selle uuendamise (*rinnovo*) või pikendamisega.

[6] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta (ELT 2014, L 94, lk 1).

4. Kontsessiooni muudatust selle kehtivusajal käsitatakse lõike 1 punkti e kohaselt olulisena, kui sellega muutub kontsessioon oluliselt võrreldes algselt sõlmitud lepinguga. Ilma et see piiraks lõigete 1 ja 2 kohaldamist, käsitatakse muudatust igal juhul olulisena, kui on täidetud üks või mitu järgmistest tingimustest:

a) muudatusega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumisi või oleksid kontsessiooni andmise menetlusse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid tingimusi oleks kasutatud algses kontsessiooni andmise menetluses;

b) muudatusega muudetakse kontsessiooni majanduslikku tasakaalu kontsessionääri jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses kontsessioonis ette nähtud;

[…]

5. Käesoleva direktiivi kohaselt uue kontsessiooni andmise menetlus on nõutav kontsessiooni kehtivusajal selle sätetesse muude kui lõigetes 1 ja 2 ette nähtud muudatuste tegemisel.“

B. Itaalia õigus

1. Dekreetseadus nr 78/2009

9. Artiklis 21 („Kontsessioonide andmine hasartmängude valdkonnas“) on märgitud:

„1. Et tagada ülekaalukate avalike huvide kaitse mängupanuste kogumisel siis, kui see tegevus usaldatakse avaliku sektori välistele isikutele, tehakse seda alati kontsessiooni korras ning see kontsessioon antakse ühenduse ja riigisiseste põhimõtete ja eeskirjade kohaselt reeglina mitmele isikule, kes valitakse välja avatud, konkurentsipõhises ja mittediskrimineerivas menetluses. Seega […] alustab majandus- ja rahandusministeeriumi all tegutsev sõltumatu riigimonopolide amet (Ministero dell’economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato) […] menetlusi, mida on vaja, et sõlmida aegsasti kontsessioonileping, mis hõlmab ka nende loteriipanuste kogumist kaugside teel, kõige paremini kvalifitseerunud riigisiseste ja ühenduse hasartmängukorraldajatega, keda ei valita siiski välja üle nelja ning kes vastavad nii kõlblusega seotud kui ka tehnilise ja majandusliku suutlikkuse kriteeriumidele.

[…]

3. Kontsessioonilepingu sõlmimine hankemenetluse teel põhineb majanduslikult soodsaima pakkumuse kriteeriumil, kusjuures kõige olulisemaks peetakse järgmisi kriteeriume:
a) pakkumuste maksumuse suurenemine võrreldes eelnevalt kindlaks määratud baasiga, mis tagab igal juhul tulude kogusumma, mis ei ole 2009. aastal väiksem kui 500 miljonit eurot ja 2010. aastal väiksem kui 300 miljonit eurot, olenemata kontsessionääride lõplikust arvust;

[…]

4. Lõikes 1 nimetatud kontsessioonid, mida võib vaid üks kord uuendada, kestavad kuni üheksa aastat, mis jagatakse kaheks: viie ja nelja aasta pikkuseks ajavahemikuks. Kontsessioonilepingu jätkumine teisel ajavahemikul sõltub sellest, kas kontsessiooni andnud ametiasutus annab

teenuse haldamisele positiivse hinnangu, mis tuleb koostada kontsessioonilepingu viienda kehtivusaasta esimese poolaasta jooksul.“

2. Dekreetseadus nr 148/2017

10. Artikli 20 lõikes 1 on märgitud:

„Vastavalt 1. juuli 2009. aasta dekreetseaduse nr 78 (kinnitatud koos muudatustega 3. augusti 2009. aasta seadusena nr 102) artikli 21 lõigetele 3 ja 4 lubab tolli- ja monopoliamet (Agenzia delle dogane e dei monopoli) senist üleriigiliste kiirloteriide panuste kogumise, sh kaugside teel kogumise kontsessioonisuhet jätkata kuni kontsessiooniakti artikli 4 lõikes 1 nimetatud tähtaja lõpuni, et tagada edasised ja suuremad riigieelarvetulud, nimelt 50 miljonit eurot 2017. aastal ja 750 miljonit eurot 2018. aastal.“

II. Faktilised asjaolud, menetlus liikmesriigis ja eelotsuse küsimused

11. 15. augusti 2009. aasta ja 2. aprilli 2010. aasta Euroopa Liidu Teatajas avaldatud hanketeadetega algatas Amministratione Autonoma dei Monopoli di Stato (sõltumatu riigimonopolide amet, Itaalia) „nn üleriigiliste kiirloteriide korraldamise kontsessiooni andmise valikumenetluse“ [7].

12. Hankedokumentides oli ette nähtud: [8]

– Mängupanuste kogumise tegevuse kaudse korraldamise õigus antakse alati kontsessiooni korras.

– Reeglina antakse kontsessioon mitmele isikule, kelle arv ei tohi olla suurem kui neli, kes valitakse avatud, konkurentsipõhises ja mittediskrimineerivas menetluses.

– Iga kontsessionäär on kohustatud maksma tasu protsentuaalselt tulu pealt.

– Kontsessionäärid valitakse majanduslikult soodsaima pakkumuse põhimõtte alusel ja selle kriteeriumide hulgas on pakkumuste suurenemine võrreldes eelnevalt kindlaks määratud baasiga, et tagada igal juhul tulud kogusummas, mis ei ole 2009. aastal väiksem kui 500 miljonit eurot ja 2010. aastal väiksem kui 300 miljonit eurot, olenemata kontsessionääride lõplikust arvust.

– Kontsessioonid, mida võib vaid üks kord uuendada, kestavad kuni üheksa aastat, mis jagatakse kaheks: viie ja nelja aasta pikkuseks ajavahemikuks. Kontsessioonilepingu jätkumine teisel ajavahemikul sõltub sellest, kas kontsessiooni andnud ametiasutus annab teenuse haldamisele positiivse hinnangu, mis tuleb koostada viienda aasta esimese poolaasta jooksul.

13. Hankemenetluses osales ainult Lotterie Nazionali, kellest sai ainukontsessionäär.

[7] Eelotsusetaotlustest (punkt 3.1) nähtub, et 14. oktoobri 2003. aasta kokkuleppe kohaselt korraldas seda loteriivormi kuni 31. maini 2010 ettevõtjate ajutine ühendus Lottomatica (millest sai pärast Lotterie Nazionali). Lottomatica Holding Srl kontrollib Lotterie Nazionalit, kelle kapitalis kuulub talle 64% osalus.

[8] Hankedokumentides korrati sisuliselt dekreetseaduse nr 78/2009 artiklis 21 sätestatut.

14. Pärast esimest, viieaastast ajavahemikku lubas Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (tolli- ja monopoliamet, Itaalia, edaspidi „ADM“)[9] kontsessioonil jätkuda teise, nelja-aastase ajavahemiku jooksul kuni 30. septembrini 2019.

15. Lotterie Nazionali palus 26. juulil 2017 ADMil kohaldada lepingutingimust, mis käsitleb kontsessiooni jätkumist uue üheksa-aastase ajavahemiku vältel

16. ADM järeldas 19. septembri 2017. aasta teates, et taotletud jätkumine on kooskõlas avaliku huviga.

17. 16. oktoobril 2017 jõustus dekreetseaduse nr 148/2017 artikli 20 lõige 1.

18. Selle sätte kohaselt määras ADM 1. detsembri 2017. aasta teatega kontsessiooni lõpptähtajaks 30. septembri 2028, tingimusel et kontsessionäär nõustub ametlikult dekreetseaduse nr 148/17 artikli 20 lõikes 1 täpsustatud tingimustega. Loterie Nazionali nõustus nende tingimustega samal päeval.

19. Äriühingud Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd ja Magellan Robotech Limited (edaspidi „kaebuse esitanud äriühingud“) vaidlustasid selle otsuse Tribunale amministrativo regionale del Lazios (Lazio maakonna halduskohus, Itaalia), kes jättis nende nõuded 4. oktoobri 2018. aasta kohtuotsustega nr 9730/2018 ja nr 9734/2018 rahuldamata.

20. Kaebuse esitanud äriühingud esitasid esimese astme kohtuotsuste peale apellatsioonkaebuse Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu). ADM ja Lotterie Nazionali vaidlustasid samuti need kohtuotsused vastuapellatsioonkaebusega vastuvõetamatuse vastuväidete osas, mis olid tagasi lükatud.

21. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) jättis 3. novembri 2019. aasta „osaliste mittelõplike kohtuotsustega“ nr 6079 ja nr 6080 ADMi ja Lotterie Nazionali vastuapellatsioonkaebused rahuldamata ning märkis sisulises osas, et tal on kahtlusi dekreetseaduse nr 148/17 artikli 20 lõike 1 kooskõlas liidu õigusega.

22. Neil tingimustel esitas Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas liidu õigust, täpsemalt asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust (ELTL artiklid 49 jj ning 56 jj), õiguskindluse, diskrimineerimiskeelu, läbipaistvuse, erapooletuse, konkurentsivabaduse, proportsionaalsuse, õiguspärase ootuse ja ühtsuse põhimõtet ning direktiivi 2014/23/EL artikleid 3 ja 43 – kui neid peaks peetama kohaldatavaks – tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus sellised õigusnormid nagu need, mis on sätestatud 16. oktoobri 2017. aasta dekreetseaduse nr 148 artikli 20 lõikes 1 ning vastavates rakendusaktides, kus on sätestatud: *„1. Vastavalt 1. juuli 2009. aasta dekreetseaduse nr 78 (kinnitatud koos muudatustega 3. augusti 2009. aasta seadusena nr 102) artikli 21 lõigetele 3 ja 4 lubab tolli- ja monopoliamet (Agenzia delle dogane e dei monopoli) senist üleriigiliste kiirloteriide panuste kogumise, sh kaugside teel kogumise kontsessioonisuhet jätkata kuni kontsessiooniakti artikli 4 lõikes 1 nimetatud tähtaja lõpuni, et tagada edasised ja suuremad riigieelarvetulud, nimelt 50 miljonit eurot 2017. aastal ja 750 miljonit eurot 2018. aastal*“, olukorras, kus:

[9] ADM on sõltumatu riigimonopolide ameti õigusjärglane.

– 1. juuli 2009. aasta dekreetseaduse nr 78 (kinnitatud koos muudatustega 3. augusti 2009. aasta seadusena nr 102) artikli 21 lõikes 1 on sätestatud, et kõnealused kontsessioonid antakse reeglina mitmele isikule, kes valitakse välja avatud, konkurentsipõhises ja mittediskrimineerivas menetluses;

– selle dekreetseaduse artikli 21 lõikes 4 on sätestatud, et lõikes 1 nimetatud kontsessioone võib vaid üks kord uuendada;

– 2010. aastal korraldatud hankemenetluses kaebuse esitanud äriühingud ei osalenud;

– senine konkreetne suhe loodi alguses üheainsa kontsessionääriga sellise riigihankemenetluse tulemusel, milles esitati ainult üks pakkumus;

– senise kontsessioonisuhte jätkumisega kaasneb – *in concreto* –, et mitme isikuga kontsessiooni uuendamise asemel jätkatakse seda suhet ainult selle ainukontsessionääriga, ilma uut hankemenetlust korraldamata?

2. Kas liidu õigust, täpsemalt asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust (ELTL artiklid 49 jj ning 56 jj), õiguskindluse, diskrimineerimiskeelu, läbipaistvuse, erapooletuse, konkurentsivabaduse, proportsionaalsuse, õiguspärase ootuse ja ühtsuse põhimõtet ning direktiivi 2014/23/EL artikleid 3 ja 43 – kui neid peaks peetama kohaldatavaks – tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus sellised õigusnormid nagu need, mis on sätestatud 16. oktoobri 2017. aasta dekreetseaduse nr 148 artikli 20 lõikes 1, kus on – sõnaselgelt 1. juuli 2009. aasta dekreetseaduse nr 78 (kinnitatud koos muudatustega 3. augusti 2009. aasta seadusena nr 102) artikli 21 lõigete 3 ja 4 alusel – sätestatud, et „*tolli- ja monopoliamet (Agenzia delle dogane e dei monopoli) [lubab] senist üleriigiliste kiirloteriide panuste kogumise, sh kaugside teel kogumise kontsessioonisuhet jätkata kuni kontsessiooniakti artikli 4 lõikes 1 nimetatud tähtaja lõpuni, et tagada edasised ja suuremad riigieelarvetulud, nimelt 50 miljonit eurot 2017. aastal ja 750 miljonit eurot 2018. aastal*“, arvestades, et:

– need näevad ette ainsa senise kontsessioonisuhte jätkumise selle asemel, et uuendada võimalikult mitut kontsessiooni, nagu on sätestatud 1. juuli 2009. aasta dekreetseaduse nr 78 (kinnitatud koos muudatustega 3. augusti 2009. aasta seadusena nr 102) artikli 21 lõikes 4, uut hankemenetlust korraldamata;

– 2017. aasta dekreetseadus nr 148 jõustus enne kontsessioonilepingu lõppemist (konkreetselt 16. oktoobril 2017 ehk samal päeval, mil see avaldati ametlikus väljaandes *Gazzetta Ufficiale italiana*, samas kui kontsessioonileping oleks lõppenud 30. septembril 2019);

– nende eesmärk on tagada edasised ja suuremad riigieelarvetulud, nimelt 50 miljonit eurot 2017. aastal ja 750 miljonit eurot 2018. aastal, muutes selleks mõnest aspektist kontsessioonitasu maksmise tingimusi ja tähtaega ning potentsiaalselt kulukuse seisukohast ka tasumisele kuuluvat kogusummat, täpsemalt maksetähtaegade muutmise teel, tuues algses kontsessioonilepingus ette nähtud tähtpäevad varasemaks, kui võtta arvesse – apellantide vaatenurgast – aja rahalist väärtust, mis on objektiivne ja üldteada tõsiasi?

3. Kas liidu õigust, täpsemalt asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust (ELTL artiklid 49 jj ning 56 jj), õiguskindluse, diskrimineerimiskeelu, läbipaistvuse, erapooletuse, konkurentsivabaduse, proportsionaalsuse, õiguspärase ootuse ja ühtsuse põhimõtet ning direktiivi 2014/23/EL artikleid 3 ja 43 – kui neid peaks peetama kohaldatavaks – tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus sellised õigusnormid nagu need, mis sisalduvad eelviidatud dekreetseaduse rakendusaktides, täpsemalt Itaalia tolli- ja monopoliameti 1. detsembri 2017. aasta teatis ([protokolli nr] 0133677), kus – sõnaselgelt 16. oktoobri 2017. aasta dekreetseaduse nr 148 artikli 20 lõike 1 alusel ning lähtudes kiirloteriide korraldamise kontsessioonilepingu artikli 4 esimesest lõigust, kus on ette nähtud, et lepingut saab ainult üks kord uuendada – on kontsessioonisuhte uueks tähtajaks määratud 30. september 2028, ilma et see piiraks samas artiklis 4 sätestatu kohaldamist seoses kontsessiooni kestuse jagamisega kaheks ajavahemikuks, millest üks on viis ja teine neli aastat pikk (pärast esimese, 1. oktoobril 2019 algava viieaastase ajavahemiku lõppu sõltub lepingu jätkumine järgmisel neljal aastal ehk kuni 30. septembrini 2028 seega sellest, kas tolli- ja monopoliamet annab teenuse haldamisele 30. märtsiks 2024 positiivse hinnangu); samuti on neis normides ette nähtud, et 15. detsembriks 2017 maksab äriühing 50 miljonit eurot, 30. aprilliks 2018 maksab ta 300 miljonit eurot ja 31. oktoobriks 2018 maksab ta 450 miljonit eurot, arvestades, et:

   – see nähti ette enne selle kontsessioonilepingu algse tähtaja möödumist (tolli- ja monopoliameti teatis ([protokolli nr] 0133677) kannab kuupäeva 1. detsember 2017, samas kui kontsessioonileping oleks lõppenud 30. septembril 2019);

   – nii tagati […] 800 miljoni euro suuruse summa (50 miljonit eurot 15. detsembriks 2017; 300 miljonit eurot 30. aprilliks 2018; 450 miljonit eurot 31. oktoobriks 2018) kättesaamine enne seda tähtpäeva (30. september 2019);

   – sellega kaasneb […] tasumisele kuuluva kogusumma potentsiaalne muutumine kulukuse aspektist, võttes arvesse – apellantide vaatenurgast – aja rahalist väärtust, mis on objektiivne ja üldteada tõsiasi?

4. Kas liidu õigust, täpsemalt asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust (ELTL artiklid 49 jj ning 56 jj), õiguskindluse, diskrimineerimiskeelu, läbipaistvuse, erapooletuse, konkurentsivabaduse, proportsionaalsuse, õiguspärase ootuse ja ühtsuse põhimõtet ning direktiivi 2014/23/EL artikleid 3 ja 43 – kui neid peaks peetama kohaldatavaks – tuleb tõlgendada nii, et sellised õigusnormid on liidu õigusega vastuolus ka juhul, kui selle sektori ettevõtjad, kes on praegu turule sisenemisest huvitatud […], ei osalenud hankemenetluses, mis algul korraldati selle kontsessioonilepingu sõlmimiseks, mis on nüüd lõppemas ning mida jätkatakse senise kontsessionääriga eelkirjeldatud uutel lepingutingimustel, […] või kas turulepääsu piiranguga saab olla tegemist ainult juhul […], kui nad algses hankemenetluses tõepoolest osalesid?“

III. Menetlus Euroopa Kohtus

23. Eelotsusetaotlused registreeriti Euroopa Kohtus 23. septembril 2019. Kuna need on omavahel seotud, otsustas Euroopa Kohus need liita.

24. Kirjalikud seisukohad esitasid Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, Itaalia valitsus ja komisjon, kes vastasid kirjalikult küsimustele, mille Euroopa Kohus neile esitas.

IV. Õiguslik hinnang

A. Sissejuhatavad täpsustused

25. Kahtlused, mida Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) eelotsusetaotlustes väljendab, puudutavad eelkõige vaidluse sisulisi aspekte, mida käsitlevad esimene kuni kolmas eelotsuse küsimus.

26. Neljas küsimus on seevastu pigem menetluslik, kuna selles küsitakse, kas vaidlust mõjutab kuidagi asjaolu, et kaebuse esitanud äriühingud, „kes on praegu turule sisenemisest huvitatud“, algses hankemenetluses ei osalenud.

27. Pärast esimese eelotsuse küsimuse analüüsimist esitan oma seisukohad teise ja kolmanda küsimuse kohta ühiselt, sest pean paremaks käsitleda neid koos, kuna need on tihedalt seotud.

28. Kõigepealt tuleb täpsustada, milline liidu õigusnorm on nendes kohtuasjades kohaldatav ja milline on üldine kord, mis on kehtestatud nii Euroopa Kohtu praktikas kui ka direktiivis 2014/23 kontsessioonide tingimuste muutmise osas.

29. Pean ühtlasi märkima, et vaidluses ei ole esitatud vastuväiteid Itaalia õigusnormide vaidlustamiseks seetõttu, et sellele loteriivormile on kehtestatud kontsessioonikord, mille kooskõla kohta liidu õigusega on Euroopa Kohus juba seisukohta avaldanud. [10]

30. Käesolevas kohtuvaidluses ei ole vaidlust ka kontsessiooni kogukestuses (algsed üheksa aastat, pluss veel võimalikud üheksa aastat) [11] ega selle korra muudes aspektides. [12]

[10] 19. detsembri 2018. aasta kohtuotsus Stanley International Betting ja Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; edaspidi „kohtuotsus Stanley International Betting ja Stanleybet Malta“), punkt 66: „Euroopa Kohus on heaks kiitnud kontsessioonisüsteemi kasutamise hasartmängude valdkonnas, leides, et see võib kujutada endast tõhusat vahendit, mis võimaldab kontrollida hasartmängusektoris tegutsevaid ettevõtjaid, et välistada sellise tegevuse ärakasutamine kuritegelikul või petturlikul ajendil (vt selle kohta 12. septembri 2013. aasta kohtuotsus Biasci jt, C-660/11 ja C-8/12, EU:C:2013:550, punkt 24 ja seal viidatud kohtupraktika)“.

[11] Kontsessiooni kogukestus võib olla oluline element. Kohtupraktikast tuleneb, et „kuni 15-aastase kestusega kontsessioonide andmine takistab või isegi keelab teistes liikmesriikides asuvate ettevõtjate vabaduste, mis on tagatud EÜ artiklitega 43 ja 49, kasutamist“ (9. septembri 2010. aasta kohtuotsus Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, punkt 46)).

[12] Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Lazio maakonna halduskohus) esimeses kohtuastmes tehtud kohtuotsustest ilmneb, et omal ajal esitati kaebus esimese hanke kohta, milles Sisal osales; Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) lahendas selle lõplikult oma kohtuotsuses nr 1705/2010.

B. Kohaldatav õiguslik raamistik

31. Vastavalt direktiivi 2014/23 artiklile 54 „ei kohaldata [seda direktiivi] selliste kontsessioonide andmise suhtes, mille pakkumine kuulutati välja või mis anti enne 17. aprilli 2014“. Kuna üleriigilise kiirloterii kontsessioon anti 2010. aastal, näib põhimõtteliselt [13], et see säte välistab direktiivi 2014/23 kohaldamise vaidluses. [14]

32. Ütlen juba ette ära, et milline vastus sellele küsimusele ka ei oleks, tuleks igal juhul arvesse võtta Euroopa Kohtu praktikat, mis käsitleb asutamisvabadust ja teenuste osutamise vabadust käsitlevate ELTL artiklite 49 ja 56 mõju riigihanke-eeskirjadele.

33. Eelkõige teeb see kohtupraktika nendest kahest EL toimimise lepingu sättest järeldused küsimuses, millal võib riigihankelepingusse oluliste muudatuste tegemise tõttu olla põhimõtteliselt vajalik korraldada uus hankemenetlus. See kriteerium on kohaldatav ka teenuste kontsessioonilepingutele. [15]

34. Kui kontsessiooni tingimuste oluliste muudatuste tõttu tuleb korraldada uus hankemenetlus, siis reguleerivad seda õigusnormid, mis kehtivad hanke väljakuulutamise kuupäeval, mitte algse kontsessiooni andmise ajal kehtinud õigusnormid. [16]

35. Selle eelduse alusel, kui dekreetseadusega nr 148/17 kiirloterii kontsessiooni tingimustesse tehtud muudatused olid olulised, mistõttu need nõuavad uut hankemenetlust, kuulub kontsessioon *ratione temporis* direktiivi 2014/23 kohaldamisalasse. [17]

36. Sama kriteerium võib kehtida ka selliste pikendamiste puhul, nagu on kõne all käesolevas asjas, isegi kui need olid märgitud algses dokumendis. Kuigi uue ja pika ajavahemiku (üheksa aastat) võrra pikendamine sõltub hankija *ad casum* hindamisest, mis ei ole automaatne, [18] näib mulle loogilisem, et pikendamine peab toimuma vastavuses sellel kuupäeval kehtivate õigusnormidega.

[13] Kohtuotsus Stanley International Betting ja Stanleybet Malta, punkt 34: „[R]iigihangete valdkonnas ja analoogia alusel teenuste kontsessioonide suhtes kohaldatava väljakujunenud kohtupraktika kohaselt kuulub üldjuhul kohaldamisele see direktiiv, mis kehtib hetkel, mil hankija valib selle menetluse liigi, mida ta kavatseb järgida, ning lahendab lõplikult küsimuse, kas riigihankelepingu sõlmimiseks on nõutav eelneva hankemenetluse korraldamine“.

[14] Selles kohtuasjas ei saa rääkida puhtalt riigisisesest olukorrast: kontsessioonil on selle tunnuste tõttu selge piiriülene mõõde, mis on suurem riigisisesest, ning kahe kaebuse esitanud äriühingu asukoht on väljaspool Itaaliat.

[15] 13. aprilli 2010. aasta kohtuotsus Wall (C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 37): „Menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks võib teenuste kontsessioonilepingu põhiklauslite oluline muutmine luua teatud eelduste korral vajaduse sõlmida uus kontsessioonileping – seda juhul, kui need muudatused on algse kontsessioonilepingu tingimustest oluliselt erinevad“.

[16] 18. septembri 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 60): „[…] kuuluvad kohaldamisele need liidu õigusnormid, mis kehtivad selle [olulise] muutmise kuupäeval“. Oma vastuses Euroopa Kohtu küsimustele leiab Itaalia valitsus, et see kohtupraktika, mis käsitleb Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, ei ole kohaldatav, kuna direktiiv 2014/23 näeb ette erinormi (artikkel 54), mida seal ei olnud. Ma ei nõustu selle ringtõendava argumendiga, kuna nimetatud artiklis 54 ettenähtu eeldab, et olulisi muudatusi ei ole.

[17] Dekreetseadus nr 148/17 ja järgnev ADMi teade on direktiivi 2014/23 ülevõtmise tähtpäevast (18. aprill 2016, vastavalt direktiivi 2014/23 artikli 51 lõikele 1) hilisemad.

[18] Oma vastustes Euroopa Kohtu küsimustele rõhutavad Stanleybet Malta, Magellan Robotech ja komisjon, et ei olnud mingit *kohustust* kontsessioonisuhet jätkata.

37. Igal juhul on direktiivi 2014/23 artiklitega 3 ja 43 ainult lisatud õigusakti teksti Euroopa Kohtu praktika riigihangete valdkonnas:

– Artikkel 3 kajastab võrdse kohtlemise, diskrimineerimiskeelu ja läbipaistvuse põhimõtet, mis teenivad „riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusnormide põhieesmärk[i, milleks on] teenuste vaba liikumise ning avatud ja ausa konkurentsi tagamine kõikides liikmesriikides“ [19].

– Artikkel 43, mis reguleerib kontsessiooni muutmist selle kehtivusajal, lähtub ka väljakujunenud kohtupraktikast tulenevatest kriteeriumidest[20], mille kohaselt „[p]õhimõtteliselt tuleb […] kontsessioonilepingu olulise muutmise korral korraldada uus hange, mis käsitleb selliselt muudetud lepingut“ [21].

38. Järelikult on vastavalt kas asutamisvabadust või teenuste osutamise vabadust käsitlevale kohtupraktikale või direktiivi 2014/23 artiklitele 3 ja 43 tulemus sisuliselt sama.

39. Mis puutub direktiivi 2014/23 põhjendusest 35 [22] tulenevasse *ratione materiae* kohaldamata jätmisse, millele viitab Lotterie Nazionali, [23] siis piisab, kui märkida, et käesoleval juhul oli tegemist konkurentsipõhise hankemenetlusega, mis kuulutati avalikult välja.

C. Kontsessiooni muutmise üldeeskirjad

40. Eespool märgitud kohtupraktikajoont järgides teeb direktiivi 2014/23 artikkel 43 vahet kontsessiooni muutmisel „ilma […] uut menetlust korraldamata“ (lõiked 1 ja 2) ja muudel muudatustel. Need viimased on liigitatud *sisulisteks*.

41. Selle artikli lõikes 5 on imperatiivselt sätestatud, et „[k]äesoleva direktiivi kohaselt uue kontsessiooni andmise menetlus on nõutav kontsessiooni kehtivusajal selle sätetesse muude kui lõigetes 1 ja 2 ette nähtud muudatuste tegemisel“.

42. Võti vahetegemiseks, millal on muudatus oluline ja nõuab uue hankemenetluse korraldamist, on kindlaks määratud direktiivi 2014/23 artikli 43 lõikes 4: „Kontsessiooni muudatust selle kehtivusajal käsitatakse […] olulisena, kui sellega muutub kontsessioon oluliselt võrreldes algselt sõlmitud lepinguga“.

[19] 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punktid 31 ja 32).

[20] Direktiivi 2014/23 põhjendus 75 kajastab seda nii: „Euroopa Liidu Kohtu asjaomast kohtupraktikat arvesse võttes on seetõttu vaja selgitada tingimusi, mille puhul kontsessiooni muutmine täitmise ajal nõuab uut kontsessiooni andmise menetlust“.

[21] 18. septembri 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia (C-526/17, EU:C:2019:756, punkt 59). Nii selles kohtuotsuses kui ka 11. juuli 2013. aasta kohtuotsuses komisjon *vs*. Madalmaad (C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54) on tegemist lepingu oluliste aspektide muutmisega. On loogiline, et väikesed või juhuslikud muudatused on lubatud ega muuda uut hankemenetlust vajalikuks. Direktiivi 2014/23 põhjendus 75 kinnitab seda nii: „Kontsessiooni muutmine, mille tulemusena muutub lepingu maksumus vähesel määral teataval tasemel summani, peaks olema alati võimalik, ilma et oleks vaja korraldada uut kontsessiooni andmise menetlust“.

[22] „On asjakohane jätta käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja kontsessioonid, mis on seotud loteriidega, mille käitamise on liikmesriigid andnud ettevõtjale ainuõiguse alusel, mis anti teavituseta menetlusega vastavalt siseriiklikele õigusnormidele ja avaldatud haldusnormidele kooskõlas ELi asutamislepinguga. Selline kohaldamisalast väljajätmine on õigustatud, sest ainuõiguse andmine ühele ettevõtjale ei võimalda konkurentsipõhise menetluse kohaldamist, samuti peab liikmesriikidele jääma võimalus reguleerida hasartmängusektorit riiklikul tasandil, sest neil on kohustus tagada avalik ja sotsiaalne kord.“

[23] Tema kirjalike seisukohtade punkt 9.

43. Selle üldreegli väljendusena käsitleb lõige 4 nelja oluliste muudatuste tegemise juhtu, millest võivad käesoleval juhul olla asjakohased kaks:

– „muudatusega lisatakse tingimusi, mis […] oleksid kontsessiooni andmise menetlusse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid tingimusi oleks kasutatud algses kontsessiooni andmise menetluses“ [24];

– „muudatusega muudetakse kontsessiooni majanduslikku tasakaalu kontsessionääri jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses kontsessioonis ette nähtud“ [25].

D. Esimene eelotsuse küsimus

44. Olles märkinud, et kaebuse esitanud äriühingud ei osalenud dekreetseaduse nr 78/2009 alusel korraldatud hankemenetluses, kinnitab Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu), et nende osalemisest loobumise põhjus võis olla see, et kontsessiooni uuendamine oli üksnes võimalik, kuna see sõltus ametiasutusele antud kaalutlusõiguse kasutamisest.

45. Ta lisab, et see kaalutlusõigus kõrvaldati dekreetseadusega nr 148/17, mis jõustus pealegi kaks aastat enne kontsessiooniaktis märgitud (esimese) üheksa-aastase ajavahemiku lõppu.

46. Võimalik vastuolu Euroopa õigusnormidega seisneb tema sõnul seega selles, et 2017. aasta seadusandja on normatiivaktiga välistanud igasuguse ametiasutuse kaalutlusõiguse teostamise võimaluse seoses otsusega kontsessioonisuhe säilitada või korraldada uus hankemenetlus.

47. Minu arvates on esimene asjaolu, mida tuleb rõhutada, see, et kontsessioonisuhte jätkumine täiendava üheksa aasta pikkuse ajavahemiku jooksul oli ette nähtud juba algses aktis, mis omakorda oli kooskõlas dekreetseadusega nr 78/2009.

48. See asjaolu on oluline seetõttu, et seda ette nähtud sätet *aktiveerides* täideti seda akti, kohaldades lihtsalt ühte algse kontsessioonilepingu tingimustest.

49. Nagu ma pärast lahti seletan, ei muutnud kontsessiooni uue üheksa aasta pikkuse ajavahemiku jooksul ainult ühe korra jätkamise õiguse kasutamine algset mudelit, mis oli kooskõlas mitme kontsessionääri süsteemiga (see nägi ette kuni neli võimalikku kontsessioonääri).

50. See mudel iseenesest püsis muutumatuna. Kuna aga 2010. aastal selle praktikas rakendamisel osales hankes *de facto* ainult üks ettevõtja, kes sai seega ainukontsessionääriks, jätkus just temaga kontsessioonisuhe täiendava üheksa aasta jooksul, mis oli algses dokumendis ette nähtud.

51. On siiski tõsi, et ka algse dokumendi kohaselt pidi kontsessiooniandjast ametiasutus andma kontsessionääripoolsele haldamisele positiivse hinnangu, selleks et oleks võimalik kontsessiooni pikendamine üheksa-aastase ajavahemiku võrra.

[24] Seda võimalust käsitles Euroopa Kohus 7. septembri 2016. aasta kohtuotsuses Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 29): „hankelepingu […] eseme ulatuse oluli[ne] vähendami[ne] võib kaasa tuua suurema hulga ettevõtjate kaasamise“.

[25] Selle reegli allikaks kohtupraktikas võib olla 19. juuni 2008. aasta kohtuotsus pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 37).

52. Ilma et see mõjutaks kuidagi allpool toodud selgitusi konkreetsete tingimuste kohta, mis on pakkujale kehtestatud selleks, et ta saaks kontsessioonisuhet jätkata veel üheksa aastat, näib mulle ebaoluline, et see jätkamine otsustati dekreetseadusega pärast seda, kui kontsessiooniandjast ametiasutus oli kinnitanud, et see on avaliku huviga kooskõlas.

53. Nimelt hindas ADM 19. septembri 2017. aasta teates [26] Lotterie Nazionali senist haldamist positiivselt ja esitas põhjused, mille pärast oli kontsessioonisuhte jätkamine selle äriühinguga vastavalt algsele dokumendile veel üheksa aasta jooksul asjakohane. Selle hindamise käigus kasutas ADM oma kaalutlusõigust, millele viitab Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu).

54. Selles teates on märgitud, et kontsessioonisuhte jätkamine Lotterie Nazionaliga on lisaks sellele, et see on avalikes huvides majanduslikult kasulik, põhjendatud, sest selle äriühingu tegevusele antud hinnang on positiivne. [27]

55. Dekreetseadus nr 148/17 kinnitas seega, et on sobiv jätkata kontsessioonisuhet, mida ADM oli kaalutlusõiguse alusel juba kaalunud.

56. Olenemata sellest, mis põhjustel see jätkamine määrati seadusandliku akti, mitte kontsessiooni andva ametiasutuse aktiga, on kindel, et see ametiasutus oli – kordan – juba enne dekreetseaduse nr 148/17 vastuvõtmist andnud kontsessionääripoolsele haldamisele positiivse hinnangu ning märkinud ära avaliku huvi kontsessioonisuhte jätkumise vastu.

1. Mitu kontsessionääri ja ainukontsessionäär

57. Eelotsusetaotluste mitmes lõigus, samuti mõnes nende isikute seisukohas, kes on Lotterie Nazionaliga kontsessioonisuhte jätkumise vastu, [28] väidetakse, et selline jätkamine tähendaks mitme kontsessionääriga süsteemi muutmist ainukontsessionääri süsteemiks.

58. Olen juba tõdenud, et dekreetseaduses nr 78/2009 sätestatud mitme kontsessionääri variant kehtis endiselt ka siis, kui lubati kontsessioonisuhet jätkata, ilma et seda oleks iseenesest dekreetseadusega nr 148/17 asendatud ainukontsessionääri mudeliga.

59. Samuti selgitasin, et kuigi käesoleva vaidluse raames võiks tegemist olla ainukontsessionääriga, ei ole see tingitud mitte õigusnormi kohaldamisest, vaid puhtalt faktilisest asjaolust, et hankes osales ainult üks taotleja.

60. Liidu õiguse seisukohast on mõlemad mudelid põhimõtteliselt võimalikud, nagu on kinnitanud Euroopa Kohus. [29] Ainukontsessionääri mudeli valimine õigusnormides nõuaks siiski, et sellega taotletakse järjekindlalt õiguspärast eesmärki.

[26] Teates vastati kontsessioonäärist äriühingu 26. juuli 2017. aasta taotlusele uuendada kontsessiooni.

[27] ADM leidis, et kontsessionäär oli säilitanud nõutud panuste kogumise taseme; oli ADMi enda esitatud juhiste kohaselt hallanud üleriigilise kiirloterii füüsilist turustusvõrku tõhusalt ning pööranud erilist tähelepanu riigile makstava vastutasu ning tarbijate võitude nõuetekohasele ja õigeaegsele väljamaksmisele.

[28] Uue hankemenetluse vajalikkuse pooldajad väidavad, et dekreetseadusega nr 148/17, millega anti korraldus kontsessiooni uuendada, toimus üleminek ainukontsessionääri mudelile.

[29] Kohtuotsus Stanley International Betting ja Stanleybet Malta, punkt 53 ja resolutsioon: „ELTL artikleid 49 ja 56 tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus sellised siseriiklikud õigusnormid[,] mis näevad – erinevalt teistest hasart- ja ennustusmängudest ning kihlvedudest, mille puhul kohaldatakse mitme kontsessionääri mudelit – loterii korraldamisteenuse kontsessiooni suhtes ette üheainsa kontsessionääri mudeli, kui liikmesriigi kohus tuvastab, et […] õigusnormidega tõepoolest püütakse tõhusalt, ühtselt ja süstemaatiliselt saavutada neid õiguspäraseid eesmärke, millele asjaomane liikmesriik tugineb“.

61. Ma ei pea vajalikuks selles suunas edasi minna, et välja selgitada, kas ainukontsessionääri mudel on õigustatud, sest – kordan – selle mudeliga ei ole käesoleval juhul tegemist.

62. Tõsi on, et ADMi 19. septembri 2017. aasta teates on viidatud ainukontsessionääri süsteemile, mida see riiklik amet pidas tookord eelistatavaks.[30] Need kaalutlused esitas ADM siiski täiendavalt, juhuks kui ei peeta õigeks, nagu ta ise välja pakkus, kontsessioonisuhet Lotterie Nazionaliga jätkata.[31]

63. Seega näib mulle, et ei ole kohane arutada mudeli muutmise üle (mida ei toimunud). Itaalia seadusandja tahe ei olnud ka dekreetseaduse nr 148/17 vastuvõtmisel see, et üleriigilise kiirloterii korraldamise kontsessioonid vastaksid edaspidi ainukontsessionääri mudelile. Selles dekreetseaduses otsustati lihtsalt jätkata kontsessioonisuhet algse akti tingimuste järgi äriühinguga, kes sai kontsessionääriks pärast seda, kui ta oli osalenud mitme kontsessionääri mudeli alusel välja kuulutatud hankes üksinda.

E. Teine ja kolmas eelotsuse küsimus

64. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) tunnistab, et dekreetseadus nr 148/17 säilitas algse kontsessiooniga „sama õigusliku aluse (*causa petendi*) ja eseme (*petitum*)“. Täpsemalt on summa, mille Lotterie Nazionali peab teise üheksa-aastase ajavahemiku eest tasuma, sama, mis oli märgitud algses aktis (800 miljonit eurot).

65. Eelotsusetaotlustes on siiski välja toodud üks *muudatus*, mis puudutab „kontsessioonitasu maksmise tingimusi ja tähtaega“: see tasu saadi kätte varem – 2017. aastal (50 miljonit eurot) ja 2018. aastal (750 miljonit eurot)[32].

66. Asja menetlev kohus lisab, et sellega võib kaasneda „potentsiaalselt kulukuse seisukohast […] tasumisele kuuluva kogusumma [muutumine], kui võtta arvesse – apellantide vaatenurgast – aja rahalist väärtust, mis on objektiivne ja üldteada tõsiasi“.

67. Need, kes on seisukohal, et see uus makseviis ei kujuta olulist muudatust, väidavad, et nii 2010. aasta hankelepingu sõlmimisel kui ka 2017. aasta lepingu uuendamisel oli summa, mis tuli kontsessionääril maksta, sama (800 miljonit eurot). Lisaks on tasu varasem maksmine väidetavalt kontsessionäärile kulukam, kuna see tuleb maksta juba enne teise üheksa-aastase ajavahemiku algust.

68. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kahtluste hajutamiseks tuleb: a) võrrelda makseviisi kontsessiooni esimesel ajavahemikul kontessiooni teise ajavahemiku makseviisiga ja b) kui sellest võrdlusest ilmneb, et midagi muutus, siis otsustada, kas pidada seda muutust oluliseks või mitte.

[30] Itaalia valitsuse seisukohtade punkt 64.

[31] Ta väitis eelkõige, et kui lahendust kontsessioonisuhte jätkamise kasuks ei aktsepteerita, tuleks uue hankemenetluse olulised elemendid sätestada erinormiga.

[32] Määrati kindlaks maksmine kolmes osas: 50 miljonit eurot 15. detsembriks 2017; 300 miljonit eurot 30. aprilliks 2018 ja 450 miljonit eurot 31. oktoobriks 2018.

1. Makseviiside võrdlus

69. Algse kontsessiooni puhul olid tulud kontsessiooniandjast ametiasutusele esimesel aastal (2009) vähemalt 500 miljonit eurot ja teisel aastal (2010) 300 miljonit eurot.

70. Nagu juba märgitud, olid dekreetseadusega nr 148/17 kehtestatud maksete jaotuse kohaselt need samad riigieelarvetulud esimesel aastal (2017) 50 miljonit eurot ja teisel aastal (2018) 750 miljonit eurot, mis tähendas tegelikult kontsessiooni pikendamise ajavahemiku eest tasu varem kättesaamist.

71. Uued maksetingimused tähendasid seega, et:

– uuendatud ajavahemiku esimene makse (50 miljonit eurot) moodustas ühe kümnendiku 2010. aasta kontsessioonile kehtivate sätete kohaselt esimese maksena ette nähtud summast (500 miljonit eurot);

– seevastu uuendatud ajavahemiku teine makse (750 miljonit eurot) oli algse kontsessiooni samast maksest (300 miljonit eurot) enam kui kaks korda suurem.

72. Seega muudeti kontsessionääri poolt maksete tegemise rütmi, mitte nende summat ega jagunemist kaheks järjestikuseks osaks.

73. On tõenäoline, nagu märgib komisjon,[33] et esimese makse (50 miljonit eurot) vähendamine võimaldas kontsessionääril teise makse (750 miljonit eurot) tasumist järgneval aastal paremini ette valmistada. Isegi kui viimane on dekreetseaduses nr 78/2009 kehtestatud vastavast maksest enam kui kaks korda suurem, saaks kontsessionäär algusest peale arvestada kontsessioonist endast teenitud tuludega, mistõttu ei ole välistatud, et süsteem tervikuna tuleb talle kasuks.

74. On siiski tõsi, et uuendatud ajavahemiku eest tasu maksmise kahe aasta võrra ettepoole toomine võis iseenesest tekitada kontsessionäärile rahalisi raskusi, mis on analoogsed nendega, millega peavad toime tulema kõik ettevõtjad, kui nad peavad alles laekumata tulude eest tasu ette maksma.[34]

2. Sisuline muudatus?

75. Kui tasu maksmisega seotud muud asjaolud hetkel kõrvale jätta, siis ei toonud Lotteria Nazionaliga kontsessioonisuhte jätkamine veel üheksa aasta jooksul kaasa kontsessiooni enda mingit (ei olulist ega ka väiksemat) muudatust, kuna see – kordan – vastas algsele dokumendile.

[33] Tema kirjalike seisukohtade punktid 47–49.

[34] Sellele vihjavad Lotterie Nazionali (tema seisukohtade punkti 32 viimane lõik ja punkti 35 teise taande viimane lause) ja Lottomatica (tema seisukohtade punkt 4.3). Ei saa siiski välistada, et kui Lotterie Nazionali nõustus tasu varem maksma, siis seda seetõttu, et see talle lõppkokkuvõttes sobis. Vastasel juhul on loogiline arvata, et ta ei oleks kontsessioonisuhte jätkamisega nõustunud.

76. See oleks teisiti juhul, kui kontsessiooni uuendamist ei oleks selles dokumendis juba algul ette nähtud. Sellisel juhul tähendaks see, kui lõpule jõudvat kontsessiooni pikendatakse kas *ex lege* või hankija iseseisva otsusega üheksa aasta võrra ilma hankemenetlust korraldamata, kahtlemata olulist kontsessioonilepingu muudatust. [35]

77. Arutelu piirdub seega hindamisega, kas makseviis, mis kehtis kontsessiooni teisel ajavahemikul, erines *oluliselt* esimesel ajavahemikul kehtinud makseviisist.

78. Meenutagem, et mõlemal ajavahemikul jäid muutumatuks lisaks kontsessiooni „õiguslikule alusele (*causa petendi*) ja esemele (*petitum*)“ nii tasu, mida tuli kontsessionääril maksta, kui ka nõue, et teha tuleb kaks makset – kummagi ajavahemiku esimesel ja teisel aastal.

79. Muudatus, mis tegelikult tehti, puudutas nende kahe makse osamäära, mis oli eespool kirjeldatud moel erinev, ja nende maksete uue kontsessiooni ajavahemiku alguse suhtes 2019. aastal ettepoole toomist aastatele 2017 ja 2018. [36]

80. Kui eelotsusetaotlused esitanud kohtu hinnangust, kellel on kohtuvaidluse menetlemisest tulenevalt paremad teadmised selle aspekti üle otsustamiseks, ei tulene teisiti, ei arva ma, et kummagi makse suuruse muutmist võiks pidada oluliseks, sest kui kaaluda selle eeliseid ja puudusi kontsessionääri ja kontsessiooniandjast ametiasutuse jaoks, ei paista, et see oleks muutnud kontsessiooni finantstasakaalu kontsessionääri kasuks niivõrd, et see oleks nõudnud uut hankemenetlust.

81. Ainult põhjalikum majanduslik analüüs võimaldaks välja selgitada, kas see, mis paistab olevat kontsessionääri jaoks puudus (maksete varem tegemine, kui Lotterie Nazionali ei saanud veel kontsessiooni teise ajavahemiku enda tulusid), seda ka oli, või võis paradoksaalselt tema kasuks olla, või see lihtsalt säilitas kokkuvõttes algse finantstasakaalu.

82. ADMi 19. septembri 2017. aasta teates, milles kaaluti teisel üheksa-aastasel ajavahemikul kontsessionääriga kontsessioonisuhte jätkamise eeliseid, ei unustatud, et oli teisi ettevõtjaid, kes olid valmis asuma tema asemele. [37] Eelotsusetaotlustes on mainitud ka „sektori ettevõtja[i]d, kes on praegu turule sisenemisest huvitatud“.

83. Kaebuse esitanud äriühingute ootused ei saa siiski olla tähtsamad vaieldamatust asjaolust, et algses kontsessioonis oli *ab initio* ette nähtud selle võimalik uuendamine veel üheks üheksa-aastaseks ajavahemikuks ilma kolmandate isikutega konkureerimata. Need ootused omandavad täie mõju selle teise üheksa-aastase ajavahemiku (mida ei saa enam pikendada) lõpul.

[35] Euroopa Kohus kinnitas seda Itaalia kontsessioonide uuendamise või pikendamise kohta 13. septembri 2007. aasta kohtuotsuses komisjon *vs.* Itaalia (C-260/04, EU:C:2007:508) seoses hobuste võiduajamiste kihlvedude korraldamise ja vastavate panuste kogumise kontsessioonidega; 14. juuli 2016. aasta kohtuotsuses Promoimpresa (C-458/14 ja C-67/15, EU:C:2016:558) riigivara kontsessioonide kohta ja 18. septembri 2019. aasta kohtuotsuses komisjon *vs.* Itaalia (C-526/17, EU:C:2019:756) ehitustööde kontsessiooni kohta.

[36] Dekreetseaduse nr 148/17 artikli 20 lõike 1 kohaselt sooviti nii tagada „edasised ja suuremad riigieelarvetulud […] 2017. aastal ja […] 2018. aastal“, see tähendab saada vahendeid juba nende kahe aasta jooksul, selle asemel et oodata tasu saamist 2019. ja 2020. aastal.

[37] Kolmandate isikute huvi kontsessiooni vastu tunnustasid Lottomatica ja Lotterie Nazionali oma seisukohtades (vastavalt punktid 4.2 ja 26), kui nad õigustasid uuendamise menetluse ettepoole toomist kohtuvaidluste suure arvuga hasartmängusektori hankemenetlustes Itaalias. Kui kaebuse esitanud äriühingud said teada, et oli vastu võetud dekreetseadus nr 148/17, pöördusid nad viivitamatult ADMi poole, et anda teada oma huvist kontsessiooni vastu (Sisali 31. oktoobri ja 9. novembri 2017. aasta kirjad ning Stanleybet Malta 8. novembri 2017. aasta kiri, mis on lisatud nende seisukohtadele).

84. Lottomatica Holding ja Lotterie Nazionali väidavad omakorda,[38] et kontsessioonisuhte jätkamise otsuse ettepoole toomine 2017. aastale oli põhjendatud, kuna vastasel juhul oleks tulnud puudu ajast uue hankemenetluse korraldamiseks ja kontsessionääri määramiseks 30. septembriks 2019.

85. Eelotsusetaotlused esitanud kohtu ülesanne on kindlaks teha, kas oli olemas selline põhjus või mõni muu põhjus, et alustada kontakte kontsessionääriga enne esimese üheksa-aastase ajavahemiku lõppu ning sel hetkel otsustada, kas kontsessioonisuhet jätkata veel ühe sama pika ajavahemiku vältel.

86. Igal juhul leian, et see tegur ei mõjuta küsimust, kas tasu maksmise osas toimunud muudatusi võib pidada kontsessiooni olulisteks muudatusteks. Sellega seoses on oluline võtta arvesse nende muudatuste sisu, mitte ajahetke, millal kontsessiooniandjast ametiasutus otsustas need teha.

87. Ajahetk, mil ADM selle otsuse vastu võttis, võib arvesse tulla kohtuliku kontrolli muudes küsimustes (näiteks näidates võimu kuritarvitamist), kuid ma ei pea seda asjakohaseks küsimuses, kas kontsessiooni tingimusi muudeti oluliselt.

88. Kokkuvõttes, kuivõrd vaidlus piirdub küsimusega, kas maksete järjestuse muutumist võib pidada oluliseks seetõttu, et „sellega muutub kontsessioon oluliselt võrreldes algselt sõlmitud lepinguga“ (direktiivi 2014/23 artikli 43 lõige 4), on minu seisukoht, et nii see ei ole, kuigi – rõhutan – selles küsimuses on viimane sõna asja menetleval kohtul.

F. Neljas eelotsuse küsimus

89. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) soovib oma viimase eelotsuse küsimusega kokkuvõttes teada, kas kaebuse esitanud äriühingud võivad kontsessiooni uuendamist vaidlustada, kuigi nad ei osalenud algses hankemenetluses kontsessiooni sõlmimiseks, „mida jätkatakse senise kontsessionääriga [eelotsusetaotlustes]kirjeldatud uutel lepingutingimustel“.

90. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) seisukoht on, et nendel äriühingutel võib olla õigustatud huvi mitte uue hankemenetluse korraldamise vastu, vaid selle vastu, et kontsessiooniandjast ametiasutus teostaks kontsessiooni esimese ajavahemiku lõpus oma kaalutlusõigust.[39] Sellisel juhul ei ole järelikult oluline, kas nad 2010. aasta hankes osalesid või mitte.

91. Euroopa Kohtu hinnangul võib üldjuhul „[h]ankemenetluses osalemine […] põhimõtteliselt direktiivi 89/665 artikli 1 lõike 3 kohaselt kujutada endast tingimust, mille täidetus on nõutav tõendamaks, et asjaomasel isikul on põhjendatud huvi kõnealust lepingut saada või ta võib nimetatud lepingu sõlmimise otsuse väidetava õigusvastasuse tõttu kahju kannatada“[40].

[38] Vastavalt nende kirjalike seisukohtade punktid 4.2 ja 26.

[39] Nii nähtub eelotsusetaotluste punkti 12 alapunktist c.9.

[40] 28. novembri 2018. aasta kohtuotsus Amt Azienda Trasporti e Mobilità jt (C-328/17, EU:C:2018:958, punkt 46).

92. See üldreegel ei ole minu arvates aga selles vaidluses kohaldatav, kuna selles ei ole vaja välja selgitada, kas isikutel, kes kontsessionääri valimise menetluses ei osalenud, on õigus (algset) lepingu sõlmimise otsust vaidlustada. Siin on küsimus selles, kas kaebuse esitanud äriühingud võisid kontsessiooni uuendamise raames tugineda oma huvile selle vastu, et uuendamise suhtes kohaldataks hankemenetlust, mis võimaldaks neil selles osaleda.

93. Vastus on seotud juba käsitletud sisuliste küsimustega, see tähendab, kas kontsessiooni teise ajavahemiku eest makstava tasu maksmise korras tehtud muudatused olid piisavad selleks, et selle kontsessiooni algseid tingimusi oluliselt muuta.

94. Selleks et tuvastada, kas need muudatused olid olulised või mitte, mis toob kaasa kohustuse korraldada uus hankemenetlus, milles nad võiksid osaleda, tuleb tunnustada huvitatud ettevõtjate õigust pöörduda kohtusse, kes seda kontrolliks.

V. Ettepanek

95. Esitatut arvestades teen ettepaneku vastata Consiglio di Statole (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) järgmiselt:

„ELTL artikleid 49 ja 56 ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. veebruari 2014. aasta direktiivi 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta artikleid 3 ja 43 tuleb tõlgendada nii, et:

1. Kui üleriigiliste kiirloteriide korraldamiseks antud kontsessiooni algne dokument näeb ette kontsessioonisuhte jätkamise teise üheksa aasta pikkuse ajavahemiku vältel sama kontsessionääriga, ei ole nende artiklitega vastuolus, kui vastav otsus tehakse seadusjõuga aktiga pärast seda, kui kontsessiooniandjast ametiasutus on kinnitanud, et kontsessioonisuhte jätkamine vastab avalikule huvile ja on algse dokumendiga kooskõlas.

2. Kui eelotsusetaotlused esitanud kohtu kontrolli tulemusel ei selgu teisiti, ei ole kontsessioonitingimuste muudatused, mille tulemusel jääb samaks kontsessiooni õiguslik alus, ese, tasu suurus ja nõue, et viimane tasutakse kahe maksega, ning muutub ainult nende kontsessionääri tehtava kahe makse osamäär, direktiivi 2014/23 artikli 43 tähenduses olulised muudatused.

3. Kontsessiooni saamisest huvitatud ettevõtjatel on õigus vaidlustada kontsessioonisuhte jätkamine kontsessionääriga põhjendusel, et pikendatud kontsessioonisuhte tingimused kujutavad endast algse kontsessiooni olulist muutmist. Sellega seoses ei ole oluline, et need ettevõtjad algses hankemenetluses ei osalenud.“