CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 21 januari 2021 [1]

Gevoegde zaken C-721/19 en C-722/19

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

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrijheid van vestiging – Vrij verrichten van diensten – Beperkingen – Richtlijn 2014/23/EU – Artikelen 3 en 43 – Plaatsing van overheidsopdrachten – Selectieprocedures voor concessiehouders – Instantloterijen – Nationale wettelijke regeling op grond waarvan een concessie wordt verlengd zonder uitschrijving van een aanbesteding – Wijziging van de concessievoorwaarden – Wezenlijke wijzigingen – Recht van toegang tot het stelsel van beroepsmogelijkheden"

1. Een van de in Italië toegestane vormen van kansspelen is de zogenoemde „nationale instantloterij" [2], waarvan het beheer in 2009 werd gegund volgens het concessiesysteem. De aanbestedende dienst selecteerde de begunstigde van de concessie in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

2. Bij wetsdecreet nr. 78/2009 [3] is een concessiesysteem voor de nationale instantloterij in het leven geroepen waarbij tot vier concessiehouders konden worden gekozen. De looptijd van de concessie bedroeg negen jaar en kon hooguit eenmaal worden verlengd met dezelfde periode.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] Het betreft loterijen van het type „kras en win" waarbij de deelnemers het resultaat van hun inzet onmiddellijk kunnen kennen. Na aankoop van een kraslot wordt de winnende willekeurige combinatie, die op het kraslot is gedrukt en verborgen, onthuld door een bepaalde zone van het lot zelf weg te krassen.

[3] Wetsdecreet van 1 juli 2009 betreffende „maatregelen ter bestrijding van de crisis en verlenging van de termijnen" (GURI nr. 150 van 1 juli 2009), omgezet met wijzigingen in wet nr. 102 van 3 augustus 2009 (GURI nr. 179 van 4 augustus 2009); hierna: „wetsdecreet nr. 78/2009".

3. De aanbesteding leverde slechts één inschrijver op, namelijk Lotterie Nazionali Srl (hierna: „Lotterie Nazionali"), die werd aangesteld als enige concessiehouder.

4. Twee jaar vóór het verstrijken van de eerste periode (2010-2019) moest de aanbestedende dienst op grond van een nieuwe wetsbepaling, wetsdecreet nr. 148/2017 [4], toestemming verlenen om „de bestaande concessieovereenkomst voort te zetten […] tot de uiterste datum zoals bepaald in […] de concessieakte" [5], met andere woorden tot 2028.

5. De Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) heeft twijfels of de voortzetting van de concessieovereenkomst gedurende die periode zonder uitschrijving van een nieuwe aanbestedingsprocedure verenigbaar is met het recht op het vrij verrichten van diensten en met de vrijheid van vestiging (artikelen 49 en 56 VWEU), alsook met richtlijn 2014/23/EU [6].

6. Bovendien vraagt hij zich af of ondernemers van de sector die niet hebben ingeschreven op de oorspronkelijke aanbesteding kunnen opkomen tegen de verlenging en om de uitschrijving van een nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen verzoeken.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht – Richtlijn 2014/23

7. Artikel 3 („Beginsel van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie") luidt:

„1. Aanbestedende diensten en aanbestedende instanties behandelen ondernemers op gelijke wijze zonder te discrimineren, en handelen op transparante en evenredige wijze.

[…]"

8. Artikel 43 („Wijziging van overeenkomsten gedurende de looptijd") bepaalt:

„1. Concessies kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen:

a) wanneer de oorspronkelijke concessiedocumenten duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, met inbegrip van waardeherzieningsclausules, of opties bevatten die voorzien in die wijzigingen, ongeacht hun monetaire waarde. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algehele aard van de concessie zouden veranderen;

[…]

[4] Wetsdecreet van 16 oktober 2017 betreffende „spoedmaatregelen op financieel gebied en dringende noodzaken" (GURI nr. 242 van 16 oktober 2017), omgezet met wijzigingen in wet nr. 172 van 4 december 2017 (GURI nr. 284 van 5 december 2017); hierna: „wetsdecreet nr. 148/2017".

[5] In enkele passages van de verwijzingsbeslissingen [bijvoorbeeld in punt 12, onder c), achtste streepje] stelt de verwijzende rechter dat de voortzetting van de concessieovereenkomst in wezen kan worden gelijkgesteld aan de vernieuwing (*rinnovo*) of verlenging ervan.

[6] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1).

e) indien de wijzigingen, ongeacht hun waarde, niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4.

[…]

4. Een wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan wordt wezenlijk geacht in de zin van lid 1, onder e), wanneer de concessie hierdoor materieel komt te verschillen van de oorspronkelijke concessie. Behoudens leden 1 en 2 wordt een wijziging in elk geval geacht wezenlijk te zijn wanneer aan een of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke concessiegunningsprocedure, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde inschrijvers en de aanvaarding van een andere inschrijving dan de oorspronkelijk aanvaarde mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de concessiegunningsprocedure zouden hebben aangetrokken;

b) de wijziging verandert het economische evenwicht van de concessie ten gunste van de concessiehouder op een wijze die niet was voorzien in de oorspronkelijke concessie;

[…]

5. Een nieuwe concessiegunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn is vereist voor andere wijzigingen van de bepalingen van een concessie gedurende de looptijd dan die bedoeld in de leden 1 en 2."

B. Italiaans recht

1. Wetsdecreet nr. 78/2009

9. Artikel 21 („Gunning van concessies inzake kansspelen") bepaalt:

„1. Teneinde de bescherming van zwaarwegende openbare belangen bij de inning van de [ingezette bedragen] bij kansspelen te waarborgen wanneer zij zijn toegekend aan niet-overheidsactoren, wordt de exploitatie van deze activiteiten altijd bij wege van concessie en met inachtneming van de Europese en nationale beginselen en regels gegund, in de regel aan verscheidene actoren die via open, concurrerende en niet-discriminerende procedures worden gekozen. Bijgevolg […] organiseert de Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (autonoom bestuur van staatsmonopolies; hierna: ‚AAMS'), onder toezicht van het Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerie van Economische Zaken en Financiën, Italië), de procedures die nodig zijn voor de tijdige toekenning van de concessie, ook wat betreft de inning op afstand van de ingezette bedragen van deze loterijen, aan maximaal vier van de best gekwalificeerde kansspelexploitanten uit Italië en de Unie die bovendien aan de nodige morele, technische en economische betrouwbaarheidsvereisten voldoen.

[…]

3. De selectie bij wege van aanbesteding voor de gunning van de concessie verloopt op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, waarbij voorrang wordt gegeven aan de volgende criteria: a) verhoging van het bedrag van de ingediende inschrijvingen in vergelijking met een vooraf vastgestelde basis, die in ieder geval totale inkomsten van ten minste

500 miljoen EUR voor het jaar 2009 en 300 miljoen EUR voor het jaar 2010 waarborgt, ongeacht het uiteindelijke aantal begunstigden;

[…]

4. De looptijd van de in lid 1 bedoelde concessies, die in voorkomend geval eenmaal kunnen worden verlengd, bedraagt hoogstens negen jaar, onderverdeeld in twee perioden van respectievelijk vijf en vier jaar. De voortzetting van de concessie in de tweede periode is afhankelijk van een positieve beoordeling van het beheer door de concessieverlenende overheidsinstantie, die in de eerste helft van het vijfde jaar van de concessie moet worden verstrekt."

2. Wetsdecreet nr. 148/2017

10. Artikel 20, lid 1, luidt:

„Overeenkomstig artikel 21, leden 3 en 4, van wetsdecreet nr. 78 van 1 juli 2009, met wijzigingen omgezet in wet nr. 102 van 3 augustus 2009, verleent het Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agentschap douane en monopolies; hierna: ‚ADM') toestemming om de bestaande concessieovereenkomst met betrekking tot de inning – ook op afstand – van de nationale instantloterijen voort te zetten tot de uiterste datum zoals bepaald in artikel 4, lid 1, van de concessieakte, zodat nieuwe en hogere inkomsten voor de begroting van de Staat ter waarde van 50 miljoen EUR voor 2017 en 750 miljoen EUR voor 2018 kunnen worden gegarandeerd."

II. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

11. Bij in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 15 augustus 2009 en 2 april 2010 bekendgemaakte berichten heeft de AAMS de „selectieprocedure voor de toewijzing van de concessie voor de exploitatie van openbare kansspelen, bekend als ‚nationale instantloterijen'" gestart.[7]

12. Het aanbestedingsbestek bepaalde het volgende[8]:

– Het indirecte beheer van de inning van de ingezette bedragen bij de kansspelen zou altijd bij wege van concessie worden gegund.

– De concessies zouden in de regel worden toegewezen aan maximaal vier verschillende exploitanten die via open, concurrerende en niet-discriminerende procedures zouden worden gekozen.

– Elke concessiehouder zou zijn gehouden tot de betaling van een concessievergoeding op basis van een percentage van de inkomsten.

– De concessiehouders zouden worden geselecteerd op basis van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving en wat betreft de criteria zou onder meer rekening

[7] Volgens de verwijzingsbeslissingen (punt 3, lid 1) had het consortium Lottomatica (nadien Lotterie Nazionali) deze vorm van loterij tot 31 mei 2010 geëxploiteerd krachtens een overeenkomst van 14 oktober 2003. Lottomatica Holding Srl heeft de zeggenschap over Lotterie Nazionali, waarin zij 64 % van het maatschappelijk kapitaal bezit.

[8] In het bestek zijn in wezen de bepalingen van artikel 21 van wetsdecreet nr. 78/2009 overgenomen.

worden gehouden met de verhoging van de inschrijvingen in vergelijking met een vooraf vastgestelde basis, zodat in ieder geval totale inkomsten van ten minste 500 miljoen EUR voor het jaar 2009 en 300 miljoen EUR voor het jaar 2010 zouden zijn gewaarborgd, ongeacht het uiteindelijke aantal begunstigden.

– De looptijd van de concessies, die in voorkomend geval eenmaal kunnen worden verlengd, zou hoogstens negen jaar bedragen, onderverdeeld in twee perioden, van vijf en vier jaar. De voortzetting van de concessie in de tweede periode was afhankelijk van een positieve beoordeling van het door de concessiehouder gevoerde beheer, die de concessieverlenende overheidsinstantie in de eerste helft van het vijfde jaar van de concessie moest verrichten.

13. Aan de aanbesteding nam alleen Lotterie Nazionali deel, die werd aangesteld als exclusieve concessiehouder.

14. Na afloop van de eerste periode van vijf jaar heeft het ADM[9] toestemming verleend voor de voortzetting van de concessie in de tweede periode van vier jaar, tot 30 september 2019.

15. Op 26 juli 2017 heeft Lotterie Nazionali bij het ADM een aanvraag tot verlenging van de concessie met een periode van nog eens negen jaar ingediend.

16. Bij nota van 19 september 2017 heeft het ADM besloten dat de verzochte verlenging in overeenstemming was met het algemeen belang.

17. Op 16 oktober 2017 is artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148/2017 in werking getreden.

18. Bij nota van 1 december 2017 heeft het ADM overeenkomstig die bepaling als einddatum van de concessie 30 september 2028 vastgesteld, na formele aanvaarding door de concessiehouder van de in artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148/2017 vastgestelde voorwaarden. Lotterie Nazionali heeft die voorwaarden op diezelfde datum aanvaard.

19. De vennootschappen Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd en Magellan Robotech Limited (hierna: „verzoekende vennootschappen”) hebben tegen dat besluit beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), die hun beroep heeft verworpen bij de vonnissen met nr. 9730/2018 en nr. 9734/2018, beide van 4 oktober 2018.

20. De verzoekende vennootschappen hebben de vonnissen in eerste aanleg aangevochten bij de Consiglio di Stato. Ook het ADM en Lotterie Nazionali hebben dat gedaan, zij het incidenteel, voor zover de excepties van niet-ontvankelijkheid die zij hadden opgeworpen, waren afgewezen.

21. De Consiglio di Stato heeft bij „tussenarresten” nr. 6079 en nr. 6080 van 3 november 2019 de incidentele beroepen van het ADM en Lotterie Nazionali verworpen, en ten gronde twijfels geuit over de verenigbaarheid van artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148/2017 met het Unierecht.

[9] Het ADM had de AAMS opgevolgd.

22. In die omstandigheden heeft de Consiglio di Stato het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet het Unierecht, met name het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikelen 49 en 56 e.v. VWEU), de beginselen van rechtszekerheid, non-discriminatie, transparantie en onpartijdigheid, vrije mededinging, evenredigheid, gewettigd vertrouwen en coherentie en de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23/EU, indien van toepassing, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling zoals vervat in artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148 van 16 oktober 2017 en de uitvoeringsbesluiten daarvan, waarin het volgende is bepaald: *‚1. Overeenkomstig artikel 21, leden 3 en 4, van wetsdecreet nr. 78 van 1 juli 2009, met wijzigingen omgezet in wet nr. 102 van 3 augustus 2009, verleent het [ADM] toestemming om de bestaande concessieovereenkomst met betrekking tot de inning – ook op afstand – van de nationale instantloterijen voort te zetten tot de uiterste datum zoals bepaald in artikel 4, lid 1, van de concessieakte, zodat nieuwe en hogere inkomsten voor de begroting van de Staat ter waarde van 50 miljoen EUR voor 2017 en 750 miljoen EUR voor 2018 kunnen worden gegarandeerd*’ in het geval dat:

– in artikel 21, lid 1, van wetsdecreet nr. 78 van 1 juli 2009, met wijzigingen omgezet in wet nr. 102 van 3 augustus 2009, is bepaald dat de betrokken concessies in de regel worden verleend aan verscheidene partijen die worden gekozen door middel van open, concurrerende en niet-discriminerende procedures;

– in artikel 21, lid 4, van voornoemd decreet is bepaald dat de in lid 1, bedoelde concessies hooguit eenmaal kunnen worden verlengd;

– de verzoekende vennootschappen niet aan de in 2010 uitgeschreven aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen;

– de specifieke bestaande overeenkomst bij aanvang met één enkele concessiehouder is gesloten als gevolg van een openbare aanbesteding waarbij één inschrijving werd ingediend;

– de verlenging van de bestaande concessieovereenkomst – concreet – zou inhouden dat die overeenkomst, zonder een aanvullende aanbesteding, uitsluitend met die ene concessiehouder wordt verlengd, en geen nieuwe overeenkomsten met een aantal partijen worden gesloten?

2) Moet het Unierecht, met name het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikelen 49 en 56 e.v. VWEU), de beginselen van rechtszekerheid, non-discriminatie, transparantie en onpartijdigheid, vrije mededinging, evenredigheid, gewettigd vertrouwen en coherentie en de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23/EU, indien van toepassing, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling zoals vervat in artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148 van 16 oktober 2017, waarin overeenkomstig artikel 21, leden 3 en 4, van wetsdecreet nr. 78 van 1 juli 2009, met wijzigingen omgezet in wet nr. 102 van 3 augustus 2009, is bepaald dat: *‚het [ADM] toestemming verleent om de bestaande concessieovereenkomst met betrekking tot de inning – ook op afstand – van de nationale instantloterijen voor te zetten tot de uiterste datum zoals bepaald in artikel 4, lid 1, van de concessieakte, zodat nieuwe en hogere inkomsten voor de begroting van de Staat ter waarde van 50 miljoen EUR voor 2017 en 750 miljoen EUR voor 2018 kunnen worden gegarandeerd*’ en waarbij het volgende in aanmerking wordt genomen:

– de enige bestaande concessieovereenkomst wordt zonder een nieuwe aanbesteding uit te schrijven tijdelijk verlengd in plaats van de vernieuwing met meervoudige concessies overeenkomstig artikel 21, lid 4, van wetsdecreet nr. 78 van 1 juli 2009, met wijzigingen omgezet in wet nr. 102 van 3 [augustus] 2009, mogelijk te maken;

– voordat de concessie vervalt: wetsdecreet nr. 148 van 2017 is op 16 oktober 2017 in werking getreden, en is dus op die dag in de Italiaanse *Gazzetta Ufficiale* (Italiaans staatsblad) bekendgemaakt, terwijl de concessie op 30 september 2019 zou vervallen;

– nieuwe en hogere inkomsten voor de begroting van de Staat ter waarde van 50 miljoen EUR voor 2017 en 750 miljoen EUR voor 2018 worden gegarandeerd, waardoor een aantal aspecten met betrekking tot de betalingsvoorwaarden en -termijn van de concessievergoeding en mogelijk het totaalbedrag van de verschuldigde betaling volgens het kostenprofiel worden gewijzigd, in het bijzonder door de wijziging van de betalingstermijnen, waardoor deze vroeger vallen dan wat in de oorspronkelijke concessie was vastgelegd, gelet – volgens de uiteenzettingen van verzoeksters – op het objectieve en welbekende feit dat tijd financiële waarde vertegenwoordigt?

3) Moet het Unierecht, met name het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikelen 49 en 56 e.v. VWEU), de [Unierechtelijke] beginselen van rechtszekerheid, non-discriminatie, transparantie en onpartijdigheid, vrije mededinging, evenredigheid, gewettigd vertrouwen en coherentie en de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23/EU, indien van toepassing, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling zoals vervat in de uitvoeringsbesluiten van voornoemd decreet, en met name in de mededeling van het [ADM] [protocol nr.] 0133677 van 1 december 2017 waarin, tot uitvoering van het bepaalde in artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148 van 16 oktober 2017 en overeenkomstig het bepaalde in artikel 4, eerste alinea, van het concessieakkoord voor het beheer van de instantloterijen dat voorziet in de mogelijkheid het akkoord hooguit eenmaal te verlengen, de uiterste termijn van de concessieovereenkomst wordt uitgesteld tot 30 september 2028; hetgeen geldt in elk geval onverminderd het bepaalde in datzelfde artikel 4 betreffende de onderverdeling van de duur van de concessie in twee perioden van respectievelijk vijf en vier jaar (niettemin is de verlenging van vier jaar tot 30 september 2028 als uiterste datum na de eerste periode van vijf jaar vanaf 1 oktober 2019 afhankelijk van de positieve beoordeling door het [ADM] van het verloop van het beheer die vóór 30 maart 2024 moet worden verstrekt); en waarin is vastgelegd dat de vennootschap vóór 15 december 2017 een bedrag van 50 miljoen EUR overmaakt, vóór 30 april 2018 een bedrag van 300 miljoen EUR en vóór 31 oktober 2018 een bedrag van 450 miljoen EUR;

– dat wil zeggen: voordat de oorspronkelijke termijn van de concessie was verstreken (de mededeling van het [ADM] [protocol nr.] 0133677 is op 1 december 2017 bekendgemaakt, terwijl de concessieovereenkomst op 30 september 2019 zou zijn verstreken);

– waarmee […] een vooruitbetaling van 800 miljoen EUR op eerdere data wordt gegarandeerd (50 miljoen EUR vóór 15 december 2017, 300 miljoen EUR vóór 30 april 2018 en 450 miljoen EUR vóór 31 oktober 2018) ten opzichte van de uiterste datum (30 september 2019);

– waardoor […] het totaalbedrag van de verschuldigde betaling volgens het kostenprofiel mogelijk wordt gewijzigd, gelet – volgens de uiteenzettingen van verzoeksters – op het objectieve en welbekende feit dat tijd financiële waarde vertegenwoordigt?

4) Moet het Unierecht, met name het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikelen 49 en 56 e.v. VWEU), de beginselen van rechtszekerheid, non-discriminatie, transparantie en onpartijdigheid, vrije mededinging, evenredigheid, gewettigd vertrouwen en coherentie en de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23/EU, indien van toepassing, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een dergelijke regeling ook in het geval dat de exploitanten van de sector die nu tot de markt willen toetreden […] niet onder de beschreven nieuwe contractvoorwaarden hebben deelgenomen aan de oorspronkelijke aanbesteding tot plaatsing van de concessie die komt te vervallen en waarvoor de verlenging aan de huidige concessiehouder is toegekend, of is van […] de mogelijke beperking van de toegang tot de markt […] enkel sprake in het geval dat zij aan de oorspronkelijke aanbesteding hebben deelgenomen?"

III. Procedure bij het Hof

23. De verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn bij de griffie van het Hof ingekomen op 23 september 2019. Gezien de onderlinge overeenkomsten heeft het Hof besloten de zaken te voegen.

24. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, de Italiaanse regering en de Commissie, die de vragen van het Hof schriftelijk hebben beantwoord.

IV. Beoordeling

A. Voorafgaande preciseringen

25. De twijfels die de Consiglio di Stato in de verwijzingsbeslissingen formuleert, betreffen hoofdzakelijk de materiële aspecten van het geding, waarop de eerste tot en met de derde prejudiciële vraag betrekking hebben.

26. De vierde vraag is daarentegen eerder procedureel van aard, in die zin dat daarin aan de orde wordt gesteld of het geding op enige wijze wordt beïnvloed door het feit dat de verzoekende vennootschappen, „exploitanten van de sector die nu tot de markt willen toetreden", niet hebben deelgenomen aan de oorspronkelijke aanbesteding.

27. Na analyse van de eerste prejudiciële vraag, lijkt het me de voorkeur te verdienen om de tweede en de derde vraag samen te behandelen op grond van de nauwe band die ertussen bestaat.

28. Eerst moet worden vastgesteld welke Unierechtelijke regel van toepassing is op deze zaken en welke algemene regeling zowel in de rechtspraak van het Hof als in richtlijn 2014/23 is vastgesteld met betrekking tot de wijziging van concessievoorwaarden.

29. Bovendien zij erop gewezen dat in de procedure geen bezwaar is gemaakt tegen de Italiaanse regelgeving die deze vorm van loterij onder een concessieregeling plaatst, waarvan de verenigbaarheid met het Unierecht reeds is beoordeeld door het Hof. [10]

30. In dit geding staan evenmin de rechtvaardiging van de totale looptijd van de concessie (aanvankelijk negen jaar, eventueel verlengd met dezelfde periode) [11] noch andere aspecten van de concessieregeling [12] ter discussie.

B. Toepasselijk rechtskader

31. Artikel 54 van richtlijn 2014/23 bepaalt dat deze „niet van toepassing [is] op de gunning van concessies die vóór 17 april 2014 zijn aanbesteed of gegund". Aangezien de oorspronkelijke concessie van de nationale instantloterij in het jaar 2010 is toegewezen, lijkt die bepaling in beginsel [13] de toepassing van richtlijn 2014/23 op het geding uit te sluiten. [14]

32. Ik vermeld nu al dat, ongeacht het antwoord op die vraag, in ieder geval rekening moet worden gehouden met de rechtspraak van het Hof over de gevolgen van de artikelen 49 en 56 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor de voorschriften inzake de plaatsing van overheidsopdrachten.

33. Die rechtspraak trekt uit die twee bepalingen van het VWEU met name gevolgen met betrekking tot wanneer de wezenlijke wijzigingen van een overheidsopdracht in beginsel kunnen verplichten tot een nieuwe aanbesteding. Dat criterium geldt ook voor concessieovereenkomsten voor diensten. [15]

[10] Arrest van 19 december 2018, Stanley International Betting en Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; hierna: „arrest Stanley International Betting en Stanleybet Malta"), punt 66: „[H]et Hof [heeft] het gebruik van het concessiesysteem in de kansspelsector […] goedgekeurd op grond dat dit een doeltreffend mechanisme kan vormen om de in de kansspelspelsector actieve exploitanten te controleren met het doel de exploitatie van deze activiteiten voor criminele of frauduleuze doeleinden te voorkomen (zie in die zin arrest van 12 september 2013, Biasci e.a., C-660/11 en C-8/12, EU:C:2013:550, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."

[11] De totale looptijd van een concessie zou een relevante factor kunnen zijn. Uit de rechtspraak blijkt dat „de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar de uitoefening van de door de artikelen 43 EG en 49 EG gewaarborgde vrijheden door marktdeelnemers uit andere lidstaten kan belemmeren en zelfs onmogelijk maken" [arrest van 9 september 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506), punt 46].

[12] Uit de lezing van de vonnissen in eerste aanleg van de Tribunale amministrativo regionale del Lazio blijkt dat Sisal destijds bezwaar heeft gemaakt tegen de eerste aanbesteding, waarover de Consiglio di Stato in zijn arrest nr. 1705/2010 een definitieve uitspraak heeft gedaan.

[13] Arrest Stanley International Betting en Stanleybet Malta, punt 34: „[…] [V]olgens vaste rechtspraak inzake overheidsopdrachten, die naar analogie kan worden toegepast ter zake van de concessie van diensten, [is] de toepasselijke richtlijn in beginsel die […] welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen."

[14] In casu is er geen sprake van een zuiver nationale situatie: de concessie heeft naar haar aard een zekere grensoverschrijdende dimensie, die de nationale dimensie dus overstijgt en twee van de verzoekende vennootschappen zijn buiten Italië gevestigd.

[15] Arrest van 13 april 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), punt 37: „Ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers kunnen wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst".

34. Indien voor een concessie een nieuwe aanbesteding moet worden uitgeschreven omdat de voorwaarden ervan wezenlijk zijn gewijzigd, gelden de regels die van toepassing zijn op de datum van de aankondiging ervan en niet die welke golden bij de toewijzing van de oorspronkelijke concessie. [16]

35. Uitgaande van deze premisse zou, indien de bij wetsdecreet nr. 148/2017 ingevoerde veranderingen in de concessievoorwaarden voor de instantloterij in die mate wezenlijk zouden zijn dat een nieuwe aanbesteding moet worden uitgeschreven, richtlijn 2014/23 ratione temporis op de nieuwe aanbesteding van toepassing zijn. [17]

36. Ditzelfde geldt voor verlengingen zoals die welke in casu aan de orde is, zelfs als daarin was voorzien in de oorspronkelijke concessieakte. Indien de toekenning van een verlenging met een nieuwe en langdurige periode (van negen jaar) afhankelijk is van een beoordeling ad casum door de aanbestedende dienst en niet automatisch is [18], lijkt het me logischer dat het op het ogenblik van de beoordeling geldende regelgevingskader in acht wordt genomen.

37. Hoe dan ook wordt door de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23 de rechtspraak van het Hof inzake overheidsopdrachten louter in een wettekst opgenomen:

– Artikel 3 neemt de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie over, die bijdragen aan het bereiken van „het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten [om] het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten [te garanderen]”. [19]

– Artikel 43, dat ziet op de wijziging van de concessie gedurende de looptijd ervan, is geïnspireerd op in de rechtspraak van het Hof geconsolideerde criteria [20], volgens welke „een wezenlijke wijziging van een concessieovereenkomst in beginsel moet leiden tot een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de aldus gewijzigde overeenkomst”. [21]

38. Bijgevolg zal het resultaat op basis van de rechtspraak inzake de inachtneming van de vrijheid van vestiging of het vrij verrichten van diensten dan wel op basis van de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23, in wezen hetzelfde zijn.

16 Arrest van 18 september 2019, Commissie/Italië (C-526/17, EU:C:2019:756), punt 60: „[…] [D]e ten tijde van deze [wezenlijke] wijziging geldende wetgeving van de Unie [is] van toepassing”. In haar antwoord op de vragen van het Hof is de Italiaanse regering van mening dat die rechtspraak inzake richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, niet van toepassing is omdat richtlijn 2014/23 een specifieke regel (artikel 54) bevat die niet in de eerste was opgenomen. Ik ben het niet eens met dat argument, dat een cirkelredenering bevat, aangezien de strekking van voormeld artikel 54 vooronderstelt dat er geen wezenlijke wijzigingen zijn aangebracht.

17 Wetsdecreet nr. 148/2017 en de daaropvolgende nota van het ADM dateren van na de uiterste datum voor omzetting van richtlijn 2014/23 (18 april 2016, overeenkomstig artikel 51, lid 1, ervan).

18 In hun antwoord op de vragen van het Hof benadrukken Stanleybet Malta, Magellan Robotech en de Commissie dat de voortzetting van de concessieovereenkomst geenszins *verplicht* was.

19 Arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punten 31 en 32).

20 Overweging 75 van richtlijn 2014/23 luidt als volgt: „Rekening houdend met de toepasselijke rechtspraak van de Hof van Justitie van de Europese Unie moet derhalve duidelijkheid worden verschaft over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een concessie tijdens de uitvoering ervan een nieuwe concessiegunningsprocedure vereisen.”

21 Arrest van 18 september 2019, Commissie/Italië (C-526/17, EU:C:2019:756, punt 59). Zowel in dit arrest als in het arrest van 11 juli 2013, Commissie/Nederland (C-576/10, EU:C:2013:510, punt 54), wordt de wijziging van de wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst aan de orde gesteld. Het is logisch dat minimale of bijkomstige wijzigingen mogelijk zijn zonder aanleiding te geven tot een nieuwe aanbesteding. Dit volgt ook uit overweging 75 van richtlijn 2014/23: „Wijzigingen van de concessie die een geringe wijziging van de waarde van de overeenkomst tot gevolg hebben, moeten tot een bepaalde waarde altijd mogelijk zijn zonder dat een nieuwe concessieprocedure nodig is.”

39. Wat betreft de niet-toepasselijkheid ratione materiae die voortvloeit uit overweging 35 van richtlijn 2014/23[22], waarnaar Lotterie Nazionali verwijst[23], volstaat het om eraan te herinneren dat er in de onderhavige zaak sprake was van een concurrerende gunningsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

C. Algemene regeling betreffende wijzigingen van concessies

40. In lijn met de hierboven aangehaalde rechtspraak maakt artikel 43 van richtlijn 2014/23 een onderscheid tussen wijzigingen van concessies die mogelijk zijn „zonder nieuwe gunningsprocedure" (leden 1 en 2) en andere wijzigingen. Deze laatste worden aangemerkt als *wezenlijk*.

41. Lid 5 van dat artikel bepaalt concreet dat „een nieuwe concessiegunningsprocedure overeenkomstig deze richtlijn is vereist voor andere wijzigingen van de bepalingen van een concessie gedurende de looptijd dan die bedoeld in de leden 1 en 2".

42. Het sleutelelement om te bepalen wanneer een wijziging wezenlijk is en verplicht tot een nieuwe gunningsprocedure, is te vinden in artikel 43, lid 4, van richtlijn 2014/23: „Een wijziging van een concessie gedurende de looptijd ervan wordt wezenlijk geacht […] wanneer de concessie hierdoor materieel komt te verschillen van de oorspronkelijke concessie."

43. Om concrete vorm te geven aan die algemene regel, voorziet lid 4 in vier gevallen van wezenlijke wijzigingen, waarvan er in casu twee van belang kunnen zijn:

– „De wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel hadden uitgemaakt van de oorspronkelijke concessiegunningsprocedure, […] bijkomende deelnemers aan de concessiegunningsprocedure zouden hebben aangetrokken."[24]

– „De wijziging verandert het economische evenwicht van de concessie ten gunste van de concessiehouder op een wijze die niet was voorzien in de oorspronkelijke."[25]

D. Eerste prejudiciële vraag

44. De Consiglio di Stato wijst erop dat de verzoekende vennootschappen niet hebben deelgenomen aan de overeenkomstig wetsdecreet nr. 78/2009 uitgeschreven aanbesteding en stelt dat de reden daarvoor kan zijn geweest dat de vernieuwing van de concessie louter een mogelijkheid was, die afhankelijk was van de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de overheidsinstantie.

[22] „Het is passend van het toepassingsgebied van deze richtlijn concessies voor de exploitatie van loterijen uit te sluiten die door een lidstaat aan een ondernemer zijn gegund op grond van een uitsluitend recht dat is verleend in het kader van een procedure waaraan geen bekendheid is gegeven, overeenkomstig toepasselijke nationale wettelijke en bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die in overeenstemming zijn met het VWEU. Deze uitsluiting wordt gerechtvaardigd door het feit dat een ondernemer een uitsluitend recht geniet, waardoor er geen sprake kan zijn van toepassing van een mededingingsprocedure, en is tevens ingegeven door de noodzaak om voor de lidstaten de mogelijkheid te behouden de kansspelsector om redenen van bescherming van de openbare orde en de samenleving nationaal te reguleren."

[23] Punt 9 van haar schriftelijke opmerkingen.

[24] Deze mogelijkheid heeft het Hof behandeld in het arrest van 7 september 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634), punt 29: „[E]en wijziging van de elementen van een opdracht, die erin bestaat dat de omvang van het voorwerp van de opdracht wordt beperkt, [kan] tot gevolg […] hebben dat de opdracht binnen het bereik van een groter aantal marktdeelnemers komt."

[25] Deze regel vindt zijn oorsprong in het arrest van 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punt 37).

45. Hij voegt daaraan toe dat die discretionaire bevoegdheid teniet zou zijn gedaan door wetsdecreet nr. 148/2017, dat bovendien twee jaar vóór het verstrijken van de in de concessieakte vastgestelde (eerste) periode van negen jaar in werking is getreden.

46. De eventuele onverenigbaarheid met de Europese regelgeving zou er dus in bestaan dat de wetgever in 2017 bij een normatieve handeling iedere mogelijkheid tot administratieve beoordeling met betrekking tot de beslissing om de concessieovereenkomst voort te zetten of een nieuwe aanbesteding uit te schrijven teniet zou hebben gedaan.

47. Mijns inziens dient eerst te worden opgemerkt dat in de voortzetting van de concessieovereenkomst gedurende een tweede periode van negen jaar reeds was voorzien in de oorspronkelijke akte, die in overeenstemming was met wetsdecreet nr. 78/2009.

48. Dit gegeven is belangrijk omdat de *toepassing* van deze regeling in overeenstemming was met die akte en eenvoudigweg een van de bepalingen van de oorspronkelijke concessieovereenkomst ten uitvoer is gelegd.

49. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, houdt de uitoefening van de mogelijkheid om de concessie eenmaal te verlengen met nog eens negen jaar geen wijziging in van het oorspronkelijke model, dat in overeenstemming was met het systeem met verschillende concessiehouders (het voorzag in de mogelijkheid van maximaal vier begunstigden van de concessie).

50. Dat model is als zodanig onveranderd gebleven. Toen het in het jaar 2010 de facto in praktijk is gebracht, heeft slechts één marktdeelnemer aan de aanbesteding deelgenomen, die derhalve is aangesteld als enige concessiehouder, waardoor de in de oorspronkelijke concessieakte bedoelde voortzetting van de concessieovereenkomst met nog eens negen jaar aan hem moest worden toegekend.

51. Het is evenwel zo dat de concessieverlenende overheidsinstantie – eveneens volgens de oorspronkelijke concessieakte – het door de concessiehouder gevoerde beheer positief moest beoordelen om de voortzetting met negen jaar mogelijk te maken.

52. Zonder vooruit te lopen op hetgeen ik hieronder zal uiteenzetten over de specifieke voorwaarden die voor de inschrijver gelden om de voortzetting van de concessieovereenkomst met nog eens negen jaar te verkrijgen, lijkt het mij niet van belang dat tot die voortzetting is besloten bij wetsdecreet, nadat de concessieverlenende overheidsinstantie had bevestigd dat dit in overeenstemming was met het algemeen belang.

53. In een nota van 19 september 2017 [26] heeft het ADM het beheer dat Lotterie Nazionali tot dan had gevoerd positief beoordeeld en de redenen uiteengezet waarom de concessieovereenkomst met deze vennootschap overeenkomstig de oorspronkelijke concessieakte met nog eens negen jaar moest worden voortgezet. Bij die beoordeling heeft het ADM zijn discretionaire beoordelingsbevoegdheid waarnaar de Consiglio di Stato verwijst, uitgeoefend.

[26] De nota was het antwoord op het door de concessiehoudende vennootschap ingediende verzoek tot vernieuwing van de concessie van 26 juli 2017.

54. In die nota staat te lezen dat de voortzetting van de concessieovereenkomst met Lotterie Nazionali niet alleen voordelig was voor de openbare belangen vanuit economisch oogpunt, maar bovendien gegrond was gelet op de positieve beoordeling van het door de vennootschap gevoerde beheer. [27]

55. Bij wetsdecreet nr. 148/2017 werd derhalve bevestigd dat het wenselijk was om de concessieovereenkomst voort te zetten, wat het ADM op grond van zijn discretionaire bevoegdheid al had besloten.

56. Ongeacht de redenen waarom de voortzetting is goedgekeurd bij een beslissing van de wetgever en niet bij een besluit van de concessieverlenende overheidsinstantie, staat vast dat deze laatste, zoals ik al zei, het beheer van de concessiehouder reeds vóór de vaststelling van wetsdecreet nr. 148/2017 positief had beoordeeld en had gewezen op het bij de voortzetting van de concessieovereenkomst bestaande openbaar belang.

1. Verschillende concessiehouders en één enkele concessiehouder

57. In verscheidene passages van de verwijzingsbeslissingen en in een aantal opmerkingen van de partijen die gekant zijn tegen de voortzetting van de concessieovereenkomst met Lotterie Nazionali [28], wordt gesteld dat die voortzetting zou betekenen dat een model met verschillende concessiehouders wordt omgezet in een model met één enkele concessiehouder.

58. Zoals ik eerder al aangaf, was het overeenkomstig wetsdecreet nr. 78/2009 nog steeds mogelijk om voor verschillende concessiehouders te kiezen toen de voortzetting van de concessieovereenkomst werd goedgekeurd, zonder dat dit model als dusdanig krachtens wetsdecreet nr. 148/2017 werd vervangen door dat met één enkele concessiehouder.

59. Ook heb ik uiteengezet dat indien in het kader van dit geschil over één enkele concessiehouder wordt gesproken, dit niet te wijten is aan de toepassing van een regel maar aan de louter feitelijke situatie dat aan de aanbesteding slechts één kandidaat had deelgenomen.

60. Vanuit het oogpunt van het Unierecht zijn, zoals het Hof heeft bevestigd, beide mogelijkheden in beginsel geldig. [29] Op normatief vlak moet de keuze voor het model met één enkele concessiehouder evenwel coherent een legitiem doel nastreven.

61. Naar mijn mening is het niet noodzakelijk om dieper in te gaan op de rechtvaardiging van een model met één enkele concessiehouder, aangezien dat model, zoals gezegd, in casu niet aan de orde is.

[27] Volgens het ADM had de concessiehouder voldaan aan het vereiste bedrag aan ingezamelde weddenschappen, het fysieke distributienetwerk van de nationale instantloterij doeltreffend beheerd in overeenstemming met de aanwijzingen van het ADM zelf, alsook de aan de staat verschuldigde concessievergoeding en het aan de winnende deelnemers verschuldigde prijzengeld correct en tijdig uitbetaald.

[28] De voorstanders van een nieuwe aanbesteding betogen dat wetsdecreet nr. 148/2017, door de vernieuwing van de concessie te gelasten, een model met één enkele concessiehouder in het leven heeft geroepen.

[29] Arrest Stanley International Betting en Stanleybet Malta, punt 53 en dictum: „De artikelen 49 en 56 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling […], die voor de concessie van de exploitatie van het lottospel voorziet in een model met één enkele concessiehouder, anders dan voor andere spelen en weddenschappen, waarvoor een model met verschillende concessiehouders geldt, voor zover de nationale rechter vaststelt dat met de nationale wettelijke regeling daadwerkelijk op een samenhangende en stelselmatige wijze de legitieme doelstellingen worden nagestreefd waarop de betrokken lidstaat zich beroept.”

62. Wel is het zo dat het ADM het in zijn nota van 19 september 2017 over het systeem met één enkele concessiehouder heeft, dat destijds zijn voorkeur genoot. [30] Dit waren echter overwegingen die het ADM subsidiair maakte voor het geval dat de concessieovereenkomst met Lotterie Nazionali, in tegenstelling tot wat het overheidsagentschap zelf verkoos, niet kon worden voortgezet. [31]

63. De discussie over een (onbestaande) verandering van model lijkt mij derhalve naast de kwestie te zijn. Ook met de vaststelling van wetsdecreet nr. 148/2017 was het niet de bedoeling van de Italiaanse wetgever dat de concessies voor de exploitatie van de nationale instantloterij voortaan overeenkomstig het model met één enkele concessiehouder werden gegund. In dat wetsdecreet werd eenvoudigweg besloten de concessieovereenkomst overeenkomstig de bepalingen van de oorspronkelijke concessieakte voort te zetten met de vennootschap waaraan de concessie was gegund na een volgens het model met verschillende concessiehouders uitgeschreven aanbesteding, waaraan alleen die vennootschap had deelgenomen.

E. Tweede en derde prejudiciële vraag

64. De Consiglio di Stato erkent dat wetsdecreet nr. 148/2017 „dezelfde rechtsgrondslag (causa petendi) heeft en het oorspronkelijke contractuele voorwerp (petitum) betreft". Concreet is het totaalbedrag dat Lotterie Nazionali voor de tweede periode van negen jaar moet betalen gelijk aan dat van de oorspronkelijke concessieakte (800 miljoen EUR).

65. De verwijzingsbeslissingen hebben het echter over een *verandering* met betrekking tot de „betalingsvoorwaarden en -termijn van de concessievergoeding": de betaling van voormelde concessievergoeding vervroegen naar 2017 (50 miljoen EUR) en naar 2018 (750 miljoen EUR) [32].

66. De verwijzende rechter voegt hieraan toe dat in die situatie […] „het totaalbedrag van de verschuldigde betaling volgens het kostenprofiel mogelijk wordt gewijzigd, gelet – volgens de uiteenzettingen van verzoeksters – op het objectieve en welbekende feit dat tijd financiële waarde vertegenwoordigt".

67. Degenen die stellen dat die nieuwe betalingswijze geen wezenlijke wijziging vormde, argumenteren dat het bedrag dat de concessiehouder voor de aanbesteding van 2010 verschuldigd was, gelijk was aan dat voor de vernieuwing ervan in 2017 (800 miljoen EUR). Bovendien zou de vooruitbetaling nadeliger zijn voor de concessiehouder, aangezien deze nog vóór het begin van de tweede periode van negen jaar plaatsvindt.

68. Om de twijfels van de Consiglio di Stato weg te nemen moet: a) de betalingswijze voor de eerste periode van de concessie worden vergeleken met die van de tweede, en b) als uit die vergelijking blijkt dat er sprake is van een verandering, deze verandering al dan niet als wezenlijk worden aangemerkt.

[30] Opmerkingen van de Italiaanse regering, punt 64.

[31] Het stelde met name dat indien niet voor een voortzetting van de concessieovereenkomst werd gekozen, de wezenlijke onderdelen van de nieuwe aanbesteding in een specifieke regeling moesten worden vastgelegd.

[32] Er golden drie tranches: 50 miljoen EUR vóór 15 december 2017; 300 miljoen EUR vóór 30 april 2018, en 450 miljoen EUR vóór 31 oktober 2018.

1. Vergelijking van de betalingsvoorwaarden

69. In de oorspronkelijke concessie werden de inkomsten voor de concessieverlenende overheidsinstantie geraamd op ten minste 500 miljoen EUR in het eerste jaar (2009) en 300 miljoen EUR in het tweede jaar (2010).

70. Volgens de door wetsdecreet nr. 148/2017 vastgestelde spreiding van de betalingen, bedroegen de inkomsten voor de begroting van de Staat 50 miljoen EUR het eerste jaar (2017) en 750 miljoen EUR het tweede jaar (2018), waardoor de betaling van de vergoeding voor de vernieuwing van de concessie eigenlijk werd vervroegd.

71. Uit de nieuwe betalingsvoorwaarden volgde derhalve dat:

– de eerste tranche (50 miljoen EUR) van de vernieuwing één tiende bedroeg van de in de concessievoorwaarden van 2010 geplande tranche (500 miljoen EUR) voor het eerste deel van de betaling;

– de tweede tranche (750 miljoen EUR) van de vernieuwing was echter meer dan het dubbele van diezelfde tranche (300 miljoen EUR) van de oorspronkelijke concessie.

72. De wijziging betrof dus het tempo waarin de concessiehouder zijn bijdrage moest betalen, niet het bedrag van die bijdrage noch de verdeling ervan in twee opeenvolgende tranches.

73. Zoals de Commissie stelt [33], is het aannemelijk dat de verlaging van de eerste betaling (50 miljoen EUR) de concessiehouder in de gelegenheid zou stellen om zich beter *voor te bereiden* op de betaling van de tweede tranche (750 miljoen EUR) het jaar nadien. Hoewel deze laatste tranche meer dan het dubbele bedroeg van het in wetsdecreet nr. 78/2009 vastgestelde bedrag, kon de concessiehouder van meet af aan over inkomsten van de concessie zelf beschikken en kan dus niet worden uitgesloten dat hij gebaat was bij het systeem als geheel.

74. De vervroeging van de voor de vernieuwing verschuldigde concessievergoeding met twee jaar kon in se de concessiehouder evenwel financiële moeilijkheden opleveren die vergelijkbaar zijn met die van andere marktdeelnemers die voorschotten moeten betalen in ruil voor toekomstige inkomsten. [34]

2. Wezenlijke wijziging?

75. Afgezien van alle andere omstandigheden met betrekking tot de betaling van de concessievergoeding, had de voortzetting van de concessieovereenkomst met Lotterie Nazionali gedurende nog eens negen jaar geen enkele (wezenlijke noch geringe) wijziging van de concessie zelf tot gevolg, aangezien zoals gezegd de oorspronkelijke concessieakte in acht is genomen.

[33] Punten 47 tot en met 49 van haar opmerkingen.

[34] Dit suggereren Lotterie Nazionali (laatste alinea van punt 32 en laatste zin van het tweede streepje van punt 35 van haar opmerkingen) en Lottomatica (punt 4.3 van haar opmerkingen). Evenwel kan niet worden uitgesloten dat Lotterie Nazionali heeft ingestemd met de vooruitbetaling omdat zij daar eigenlijk bij gebaat was. Zo niet, lijkt het logisch te veronderstellen dat zij de concessieovereenkomst niet had willen voortzetten.

76. Dit zou anders zijn indien de oorspronkelijke concessieakte niet in de vernieuwing had voorzien. In een dergelijk scenario zou een verlenging met negen jaar, ex lege of bij specifiek besluit van de aanbestedende dienst, van een aflopende concessie buiten de aanbestedingsprocedures om ongetwijfeld een wezenlijke wijziging van de concessieovereenkomst vormen. [35]

77. Het debat is bijgevolg beperkt tot de vraag of de betalingswijze die in de tweede concessieperiode van toepassing was *wezenlijk* verschilde van die van de eerste periode.

78. Ik wil eraan herinneren dat voor beide perioden niet alleen „de rechtsgrondslag (causa petendi) en het contractuele voorwerp (petitum)" onveranderd zijn gebleven, maar ook de door de concessiehouder verschuldigde concessievergoeding en de voorwaarde dat de betaling in twee tranches plaatsvond, namelijk voor het eerste en het tweede jaar van elk van de perioden.

79. De enige verandering waarvan sprake is, betreft het deelbedrag van die twee tranches, zoals eerder toegelicht, en de vervroeging naar 2017 en 2018 van die betalingen, vóór de aanvang van de nieuwe concessieperiode in 2019. [36]

80. Onverminderd de beoordeling van de verwijzende rechter, die gezien zijn kennis van de zaak beter in staat is om zich hierover uit te spreken, kan de wijziging van de bedragen van elke tranche in mijn opvatting niet als wezenlijk worden aangemerkt, aangezien het financiële evenwicht van de concessie na afweging van de voor- en nadelen voor de concessiehouder en de concessieverlenende overheidsinstantie niet in die mate in het voordeel van eerstgenoemde lijkt over te hellen dat een nieuwe aanbesteding moet worden uitgeschreven.

81. Alleen op basis van een meer gedetailleerde financiële analyse kan worden vastgesteld of wat een nadeel voor de concessiehouder lijkt te zijn (de vervroegde betalingen wanneer Lotterie Nazionali de inkomsten van de tweede concessieperiode nog niet kon ontvangen), paradoxaal genoeg eerder een voordeel zou kunnen zijn, dan wel of het oorspronkelijke financiële evenwicht eenvoudigweg is behouden.

82. In zijn nota van 19 september 2017 heeft het ADM het over de voordelen van de voortzetting van de concessieovereenkomst met de concessiehouder gedurende de tweede periode van negen jaar en wijst het erop dat er nog geïnteresseerde marktdeelnemers waren. [37] In de verwijzingsbeslissingen is er bovendien sprake van „exploitanten van de sector die nu tot de markt willen toetreden".

[35] Met betrekking tot vernieuwingen of verlengingen van Italiaanse concessies heeft het Hof dit bevestigd in de arresten van 13 september 2007, Commissie/Italië (C-260/04, EU:C:2007:508), inzake concessies voor het beheer en de inzameling van paardenweddenschappen; 14 juli 2016, Promoimpresa (C-458/14 en C-67/15, EU:C:2016:558), inzake concessies met betrekking tot goederen die deel uitmaken van het openbaar domein, en 18 september 2019, Commissie/Italië (C-526/17, EU:C:2019:756), inzake een concessie voor openbare werken.

[36] Overeenkomstig artikel 20, lid 1, van wetsdecreet nr. 148/2017 was de bedoeling daarvan „nieuwe en hogere inkomsten voor de begroting van de Staat […] voor 2017 en […] voor 2018" te garanderen en met andere woorden al gedurende die twee jaar liquide middelen te verschaffen, in plaats van te wachten om de concessievergoeding te ontvangen in 2019 en 2020.

[37] Door in hun opmerkingen te rechtvaardigen dat de concessie vervroegd werd vernieuwd, gelet op het aantal geschillen in verband met aanbestedingen in de Italiaanse kansspelsector, erkennen Lottomanica (punt 4.2) en Lotterie Nazionali (punt 26) dat derden belang hadden bij de gunning van de concessie. Toen de verzoekende vennootschappen vernamen dat wetsdecreet nr. 148/2017 was vastgesteld, hebben zij het ADM onverwijld in kennis gesteld van hun belang bij de gunning van de concessie (brieven van Sisal van 31 oktober en 9 november 2017 en van Stanleybet Malta van 8 november 2017, in de bijlage bij hun opmerkingen).

83. De verwachtingen van de verzoekende vennootschappen wegen echter niet op tegen het onmiskenbare feit dat de oorspronkelijke concessie ab initio voorzag in de eventuele vernieuwing ervan gedurende een tweede periode van negen jaar, zonder de mededinging van derden. Die verwachtingen kunnen na afloop van die (niet-verlengbare) periode van negen jaar wel volledig worden ingelost.

84. Lottomatica Holding en Lotterie Nazionali stellen dat de vervroeging van het besluit tot voortzetting van de concessieovereenkomst naar 2017 gegrond was, aangezien anders voldoende tijd nodig was geweest om een nieuwe aanbesteding uit te schrijven en tegen 30 september een concessiehouder aan te stellen. [38]

85. Het is aan de verwijzende rechter om te bepalen of er sprake was van die of enige andere grond om vóór het einde van de eerste periode van negen jaar in gesprek te gaan met de concessiehouder en dan te beslissen over de voortzetting van de concessieovereenkomst gedurende de tweede en even lange periode.

86. Hoe dan ook is die factor mijns inziens niet van belang om te bepalen of de veranderingen in de betaling van de concessievergoeding kunnen worden aangemerkt als wezenlijke wijzigingen in de concessie. In dit verband moet worden gelet op de inhoud van de veranderingen, niet op het ogenblik waarop de concessieverlenende overheidsdienst heeft besloten deze door te voeren.

87. Het tijdstip waarop het ADM dat besluit heeft genomen kan gevolgen hebben voor andere aspecten van de rechterlijke toetsing (bijvoorbeeld omdat het misbruik van bevoegdheid aan het licht brengt), maar is volgens mij niet relevant om te beoordelen of er sprake is van een wezenlijke wijziging van de concessievoorwaarden.

88. Kortom, in een debat dat beperkt is tot de vraag of de verandering in de opeenvolging van de betalingen als wezenlijk kan worden aangemerkt omdat „de concessie hierdoor materieel komt te verschillen van de oorspronkelijke concessie” (artikel 43, lid 4, van richtlijn 2014/23), luidt het antwoord volgens mij ontkennend, hoewel het zoals gezegd uiteindelijk aan de verwijzende rechter is om hierover te oordelen.

F. Vierde prejudiciële vraag

89. De laatste prejudiciële vraag van de Consiglio di Stato luidt, kort samengevat, of de verzoekende vennootschappen kunnen opkomen tegen de vernieuwing van de concessie, hoewel zij „niet onder de [in de verwijzingsbeslissing] beschreven nieuwe contractvoorwaarden hebben deelgenomen aan de oorspronkelijke aanbesteding […] waarvoor de verlenging aan de huidige concessiehouder is toegekend”.

90. Volgens de Consiglio di Stato is het niet bij de vernieuwing van de aanbesteding dat die vennootschappen een rechtmatig belang kunnen hebben, maar wél bij de uitoefening, door de aanbestedende overheidsdienst, van zijn discretionaire bevoegdheid na afloop van de eerste concessieperiode. [39] In dit opzicht zou het dus niet relevant zijn of zij al dan niet hebben deelgenomen aan de aanbesteding van 2010.

[38] Respectievelijk punten 4.2 en 26 van hun schriftelijke opmerkingen.

[39] Dit blijkt uit punt 12, onder c.9), van de verwijzingsbeslissingen.

91. Volgens het Hof geldt de volgende regel: „De deelname aan een aanbestedingsprocedure kan in beginsel, gelet op artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, een voorwaarde vormen die moet zijn vervuld om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van die opdracht, is of dreigt te worden geschaad.” [40]

92. Die algemene regel is mijns inziens niet van toepassing op het onderhavige geding, aangezien het er in casu niet om gaat te bepalen of degenen die niet als inschrijvers hebben deelgenomen aan de selectieprocedure voor de toewijzing van de concessie, kunnen opkomen tegen het (oorspronkelijke) besluit tot gunning. Hier is het veeleer de vraag of de verzoekende vennootschappen in het kader van de vernieuwing van de concessie hun belang bij de uitschrijving van een aanbesteding voor die vernieuwing konden doen gelden, om zodoende mee te dingen naar de toewijzing ervan.

93. Het antwoord op die vraag hangt samen met de reeds behandelde inhoudelijke kwesties, namelijk of de veranderingen in de betalingswijze van de concessievergoeding voor de tweede periode voldoende ingrijpend waren om de oorspronkelijke voorwaarden van de concessie wezenlijk te wijzigen.

94. Om te beoordelen of die veranderingen al dan niet wezenlijk waren en of derhalve een nieuwe aanbesteding had moeten worden uitgeschreven waaraan de verzoekende vennootschappen konden deelnemen, moet aan de betrokken marktdeelnemers het recht worden toegekend om een rechtsvordering in te stellen teneinde dit te laten verifiëren.

V. Conclusie

95. Gelet op het bovenstaande geef ik in overweging om op de vragen van de Consiglio di Stato te antwoorden als volgt:

„De artikelen 49 en 56 VWEU, alsook de artikelen 3 en 43 van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, moeten aldus worden uitgelegd dat:

1) wanneer de oorspronkelijke concessieakte voor de exploitatie van de nationale instantloterijen voorziet in de voortzetting van de concessieovereenkomst gedurende een tweede periode van negen jaar met dezelfde concessiehouder, zij er niet aan in de weg staan dat die maatregel wordt getroffen krachtens een bepaling met kracht van wet, nadat de concessieverlenende overheidsinstantie heeft bevestigd dat de voortzetting van de overeenkomst in overeenstemming is met het algemeen belang en overeenkomt met de oorspronkelijke concessieakte;

2) onder voorbehoud van de verificatie die de verwijzende rechter dient te verrichten, veranderingen in de concessievoorwaarden die de rechtsgrondslag, het voorwerp, het bedrag van de concessievergoeding en de betaling ervan in twee tranches onveranderd laten en uitsluitend de deelbedragen wijzigen die de concessiehouder voor elk van die tranches moet betalen, geen wezenlijke wijzigingen in de zin van artikel 43 van richtlijn 2014/23 zijn;

[40] Arrest van 28 november 2018, Amt Azienda Transporti e Mobilità e.a. (C-328/17, EU:C:2018:958, punt 46).

3) de marktdeelnemers die belang hebben bij de gunning van de concessie kunnen opkomen tegen de voortzetting van de concessieovereenkomst met de concessiehouder op grond dat de voorwaarden die van toepassing zijn op de voortzetting een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke concessie uitmaken. In dit opzicht is het niet van belang dat die marktdeelnemers niet hebben deelgenomen aan de oorspronkelijke aanbesteding."