



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 27. septembra 2018¹

Zadeva C-375/17

**Stanley International Betting Ltd,
Stanleybet Malta Ltd
proti
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Agenzia delle Dogane e dei Monopoli,
ob udeležbi
Lottomatica SpA,
Lottoitalia Srl**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložil Consiglio di Stato (državni svet, Italija))

„Predhodno odločanje – Svoboda ustanavljanja, svoboda opravljanja storitev in splošna načela prava Unije – Koncesija za upravljanje igre loto – Odločitev nacionalnega zakonodajalca o podelitvi koncesije enemu samemu gospodarskemu subjektu – Izračun vrednosti naročila – Določba o odvzemu koncesije“

1. „*The world neither ever saw, nor ever will see, a perfectly fair lottery.*“ (Nikoli ni bilo in nikoli ne bo povsem pravične loterije.)²

2. Obravnavani predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložil Consiglio di Stato (državni svet, Italija), se nanaša na postopek javnega naročanja za podelitev ekskluzivne koncesije gospodarskemu subjektu za upravljanje storitve avtomatizirane igre loto (Lotto) in drugih številčnih iger s fiksno kvoto v Italiji. Družbi Stanley International Betting Ltd in Stanleybet Malta Ltd (v nadaljevanju: družbi Stanley) sta v postopkih pred italijanskimi sodišči izpodbijali nacionalna pravila, na podlagi katerih so zadevni italijanski organi objavili navedeni javni razpis. Navedeni družbi trdita, da so nacionalni organi z nekaterimi vidiki razpisanega naročila dejansko vzpostavili oviro, zaradi katere je bil subjektom, kot sta navedeni družbi, omejen dostop do trga, in tako kršili Direktivo 2014/23/EU o podeljevanju koncesijskih pogodb³, določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja in pravici do opravljanja storitev ter splošna načela prava Unije.

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

² Adam Smith, *Wealth of Nations*, 1776, knjiga 1, poglavje X, del 1.

³ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 (UL 2014, L 94, str. 1, ter popravka v UL 2015, L 114, str. 24, in v UL 2018, L 82, str. 17) (v nadaljevanju: Direktiva).

Pravni okvir

Pravo EU

3. Člen 49 PDEU določa, da se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo.
4. Člen 56 PDEU določa, da so prepovedane omejitve svobode opravljanja storitev v Evropski uniji za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav članic, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.
5. Člena 49 in 56 PDEU ne vplivata na določbe zakonov ali drugih predpisov, ki določajo posebno obravnavo tujih državljanov zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja (člen 52 oziroma člen 62 PDEU).
6. Direktiva 2014/23 določa pravila o postopkih naročanja, ki jih izvedejo javni naročniki in naročniki s koncesijami, katerih ocenjena vrednost ni manjša od mejne vrednosti 5.186.000 EUR (člena 1(1) in 8(1)). V skladu s členom 5(10) „izključne pravice“ pomenijo „pravice, ki jih z zakonom ali drugim objavljenim predpisom, ki je združljiv s Pogodbama, dodeli pristojni organ države članice in s katerimi se izvajanje dejavnosti omeji na enega gospodarskega subjekta, kar znatno vpliva na možnost drugih gospodarskih subjektov za opravljanje take dejavnosti“.
7. Člen 10 spada pod naslov „Izključitve“. Ta člen opredeljuje tiste koncesije, ki jih podelijo javni naročniki in naročniki, ki ne spadajo na področje uporabe Direktive. Člen 10(9) določa, da se Direktiva ne uporablja za koncesije za storitve za loterijske storitve, ki jih zajema koda CPV 92351100-7, ki jih država članica podeli gospodarskemu subjektu na podlagi izključne pravice.⁴ V uvodni izjavi 35 Direktive je v zvezi s tem navedeno, da „[t]a direktiva ne bi smela vplivati na možnost držav članic, da v skladu s pravom Unije izberejo metode za organiziranje in nadziranje iger na srečo in stav, tudi z dovoljenji. Primerno je, da se iz področja uporabe te direktive izključijo koncesije, ki so povezane s prirejanjem loterij in jih država članica gospodarskemu subjektu podeli na podlagi izključne pravice s postopkom brez objave na podlagi veljavnih nacionalnih zakonov ali drugih objavljenih predpisov, ki so skladni s PDEU. Ta izključitev je utemeljena z dodelitvijo izključne pravice gospodarskemu subjektu, zaradi česar ni mogoče uporabiti konkurenčnega postopka, in s potrebo po ohranitvi možnosti držav članic, da na nacionalni ravni regulirajo sektor iger na srečo zaradi njihovih obveznosti glede varstva javnega in družbenega reda.“
8. Člen 51(1) določa, da „[d]ržave članice uveljavijo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, do 18. aprila 2016 [...]“. Člen 54 določa, da se Direktiva „ne uporablja za podeljevanje koncesij, ponujenih ali podeljenih pred 17. aprilom 2014“.

Italijansko pravo

9. S členom 1(653) zakona št. 190 iz leta 2014 (ki ga je predložitveno sodišče opredelilo kot „zakon o stabilnosti iz leta 2015“) je bilo Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agencija za carino in monopole, v nadaljevanju: ADM) naloženo, da organizira razpis za podelitev izključne koncesije za upravljanje storitev igre loto in drugih številčnih iger s fiksno kvoto v Italiji.

⁴ „CPV“ pomeni „enotni besednjak javnih naročil“, ki uvaja „enotni klasifikacijski sistem za javna naročila z namenom poenotenja referenčnih sistemov, ki jih naročniki uporabljajo za opis predmeta svojih naročil“ (uvodna izjava 1 Uredbe Komisije (ES) št. 213/2008 z dne 28. novembra 2007 o spremembi Uredbe (ES) št. 2195/2002 Evropskega parlamenta in Sveta o enotnem besednjaku javnih naročil (CPV) in direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta o postopkih javnega naročanja, kar zadeva revizijo CPV (UL 2008, L 74, str. 1)). Koda 92351100-7 se izrecno nanaša na storitve loterije.

Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

10. V Italiji za prirejanje igre loto⁵ obstajata dve vrsti koncesij: prva za *sprejemanje igralnih vložkov v igri loto*, ki je namenjena prodajalcem, in druga za *upravljanje igre loto*, ki – kot je navedeno v predložitveni odločbi – vključuje „storitve žrebanja, povezav in avtomatizacije“. Italijanska vlada je storitve, ki so predmet koncesije za upravljanje, povzela, kot sledi: (i) žrebanje loterijskih števil; (ii) računalniška povezava med vsemi različnimi prodajnimi mesti; (iii) nadzor nad vplačanimi stavami; (iv) določitev dobitnika; (v) izplačilo dobitkov; (vi) obračun davčnega odtegljaja od dohodkov; in (vii) nakazilo dobička in davčnega odtegljaja na račun italijanske države. Za opravljanje navedenih storitev je bila do 8. junija 2016, ko se je njena pogodba iztekla, odgovorna družba Lottomatica Spa.

11. Agencija ADM je decembra 2015 objavila obvestilo o koncesiji, v katerem je določila naslednje bistvene pogoje: (i) koncesija se podeli za obdobje devetih let brez možnosti podaljšanja; (ii) izbira temelji na merilu ekonomsko najugodnejše ponudbe, pri čemer vrednost naročila znaša 700 milijonov EUR; (iii) izbrani koncesionar vplača navedeni znesek v tranšah (350 milijonov EUR ob dodelitvi koncesije, 250 milijonov EUR v letu 2016, ko ponudnik dejansko prevzame opravljanje storitev loterije, preostali znesek pa do 30. aprila 2017); (iv) izbrani koncesionar lahko za neposredno ali posredno opravljanje storitev, ki niso sprejemanje vplačil v igri loto ali drugih številčnih igrah s fiksno kvoto, uporabi telekomunikacijsko mrežo, če so te storitve po presoji agencije ADM skladne z osnovno dejavnostjo samega sprejemanja vplačil, in (v) koncesionar je upravičen do provizije v višini 6 % sprejetih sredstev.⁶

12. Udeleženci so morali dokazati tudi predhodne izkušnje pri upravljanju iger in sprejemanju vplačil na podlagi veljavnega in učinkovitega dokazila o usposobljenosti iz ene od držav Evropskega gospodarskega prostora.

13. V točki 5.3 razpisne dokumentacije, priložene javnemu razpisu, so bili določeni pogoji glede finančne zmogljivosti. Udeleženci so morali dokazati, da so v triletnem obdobju (bodisi od leta 2012 do leta 2014 bodisi od leta 2013 do leta 2015) iz dejavnosti upravljanja iger ali sprejemanja vplačil ustvarili skupni promet v višini najmanj 100.000.000,00 EUR. Kar zadeva tehnično zmogljivost, so bili v točki 5.4 udeležencem postavljeni naslednji pogoji:

- „(a) skupna realizacija ob vsakem zaključenem poslovnem letu v obdobju 2012–2014 ali 2013–2015 iz sprejemanja vplačil v igro je najmanj 350 milijonov EUR za vrste iger, ki se izvajajo prek igralnih terminalov. Če kandidat deluje na tem področju manj kot tri leta, vendar najmanj 18 mesecev, se vrednost sprejetih vplačil sorazmerno priredi za obdobje dejanskega sprejemanja vplačil;
- (b) posedovanje certifikatov o kakovosti za sisteme podjetniškega poslovanja, skladne s standardom UNI EN ISO 9001:2008, za dejavnosti upravljanja iger ali sprejemanja vplačil v igro, ki jih [ponudnik] opravlja;
- (c) posedovanje certifikatov za sisteme upravljanja informacijske varnosti v skladu s standardom ISO/IEC 27001.“

14. V točki 12.4 je bilo zahtevano, da ekonomska ponudba udeleženca vključuje povišano ponudbo glede na najmanjši znesek vrednosti naročila, ki je bil določen na 700 milijonov EUR, pri čemer so povišane ponudbe morale biti oblikovane na podlagi najmanjšega zneska v višini 3.000.000,00 EUR (trije milijoni EUR).

⁵ Kot razumem, gre pri igri loto v bistvu za to, da igralci pravilno uganemo pet števil iz enega ali več od 11 „bobnov“. Igra loto je igra s fiksno kvoto, kar pomeni, da je znesek, ki ga je mogoče dobiti, vnaprej znan. Žrebanja potekajo trikrat tedensko. Igralne vložke je mogoče vplačati prek spleta in osebno.

⁶ Obvestilo o koncesiji je bilo 17. decembra 2015 objavljeno v Uradnem listu Evropske unije (2015/S 244-443689). Nato je bilo 21. decembra 2015 objavljeno v uradnem listu Republike Italije, posebna serija, št. 150. Na to obvestilo o koncesiji se bom sklicevala s pojmom „javni razpis“.

15. Člen 22.1 vzorčne pogodbe, ki je bil priložen javnemu razpisu, je določal, da ob koncu obdobja koncesije zadevni subjekt „na zahtevo [agencije ADM], pri čemer ta nima obveznosti, nanjo prenese vse materialne in nematerialne dobrine, ki sestavljajo mrežo fizičnih prodajnih mest, ter vso lastnino celotnega avtomatiziranega sistema, ki vsebuje razpoložljive prostore in opremo, vključno s terminali na vseh prodajnih mestih“.

16. V členu 30(2) vzorčne pogodbe so bile navedene okoliščine, v katerih bi lahko prišlo do odvzema koncesije. Te so vključevale:

„(h) [...] vsak primer kaznivega dejanja, zaradi katerega je bil sprožen kazenski postopek in za katerega [agencija ADM] na podlagi njegove vrste, teže, načina izvršitve in povezanosti s predmetom podeljene koncesijske dejavnosti presodi, da zanesljivost, strokovnost in moralna ustreznost koncesionarja niso več podane [...]“;

[...]

(k) koncesionar krši predpise o preprečevanju nepravilnih, protipravnih in nezakonitih iger na srečo in zlasti kadar sam ali prek nadzorovanih ali povezanih družb, ne glede na kraj njihovega sedeža, na italijanskem ozemlju trži druge avtomatizirani loteriji podobne igre ali druge številčne igre s fiksno kvoto, ne da bi za to imel dovoljenje, oziroma druge igre, ki so v italijanski ureditvi prepovedane“.

17. Na podlagi odločbe z dne 16. maja 2016 je bila izključna koncesija podeljena skupini podjetij (Lottoitalia Srl), katere član je bila tudi dotedanja ponudnica storitve (družba Lottomatica SpA). Obvestilo o podelitvi koncesije je bilo 20. maja 2016 objavljeno v uradnem listu Republike Italije. Družbi Stanley sta medtem pri Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (deželno upravno sodišče za Lacij, Italija; v nadaljevanju: TAR za Lacij) vložili tožbo, s katero sta izpodbijali člen 1(653) zakona o stabilnosti iz leta 2015 in predlagali razglasitev ničnosti aktov, povezanih s postopkom, ki ga je agencija ADM vodila v zvezi z izbiro ekskluzivnega koncesionarja za upravljanje igre loto. TAR za Lacij je navedeno tožbo 21. aprila 2016 zavrnilo.

18. TAR za Lacij je pri tem med drugim presodilo, da se igra loto razlikuje od drugih iger na srečo, glede na to, da italijanska država prevzame poslovno tveganje, ter da obstajata dva ločena elementa, in sicer sprejemanje vplačil, ki je dodeljeno 33.000 maloprodajnim sprejemnim mestom, in upravljanje igre loto, ki je dodeljeno enemu samemu koncesionarju. V zvezi z odločitvijo agencije ADM, da namesto podelitve večjega števila koncesij uporabi model ekskluzivne koncesije, je TAR za Lacij presodilo, da je imela navedena odločitev dve prednosti. Prvič, agencija ADM se je na ta način izognila imenovanju „nadkoncesionarja“, ki bi nadziral in usklajeval dejavnosti različnih koncesionarjev za upravljanje igre loto. Drugič, ta odločitev je agencijo ADM razbremenila morebitne odgovornosti v primerih neizpolnjevanja obveznosti posameznega koncesionarja, kar je pomenilo dodatno prednost, in sicer zaradi take razbremenitve italijanske države. Čeprav bi to posledično pomenilo nižjo raven konkurence na zadevnem trgu, naj bi bila navedena odločitev skladna z odgovornim nadzorom, ki ga država opravlja nad to dejavnostjo iger na srečo.

19. TAR za Lacij je poleg tega ugotovilo, da določitev vrednosti naročila na 700 milijonov EUR in koncentracija finančnih bremen za koncesionarja v prvem letu nista neprimerni. Visoka vrednost naročila naj bi bila namreč razumna in sorazmerna. Predhodno je bilo ugotovljeno, da je vsaj 15 subjektov iz tega sektorja izpolnjevalo posebne pogoje, opredeljene v točkah 5.3 in 5.4 razpisne dokumentacije. V preteklih petih letih je bila vsakič ugotovljena letna realizacija iz naslova sprejemanja vplačil v igro v višini več kot 6 milijard EUR, kar je pomenilo, da je koncesionar ustvaril približno 400 milijonov EUR prometa. Upravičeno naj bi bilo mogoče pričakovati, da bo nova koncesija privedla do še višjih zneskov. Navedeni pogoji naj bi bili torej ustrezni in sorazmerni z vrsto in predmetom zahtevane storitve, ponujene na javnem razpisu. Dejstvo, da je družba Lottomatica sodelovala na razpisu kot nosilna družbačasne skupine podjetij, naj bi dokazovalo, da ni res, da je bil razpis

oblikovan posebej v korist te družbe. Poleg tega naj bi bili določbi o odvzemu koncesije dovolj jasni, da ni mogoče šteti, da so bili subjekti zaradi njune nejasnosti odvrnjeni od sodelovanja na razpisu. TAR za Lacij je nazadnje menilo, da se družbi Stanley ne moreta sklicevati na sodbo Sodišča Laezza, saj se je ta nanašala na drugačno vprašanje.⁷

20. V pritožbi pred predložitvenim sodiščem sta družbi Stanley navedli, da sta bili (tako kot drugi subjekti v zadevnem sektorju) zaradi odločitve o organizaciji razpisnega postopka po modelu ekskluzivne koncesije dejansko izključeni iz postopka izbire, ki je bil v bistvu prikrojen za družbo Lottomatica ali pa vsaj za zelo majhno število zelo velikih subjektov, ki so že močno navzoči v Italiji. Družbi Stanley sta tudi navedli, da sta bili odvrnjeni od sodelovanja v razpisnem postopku, in zatrjevali, da sta zakon o stabilnosti iz leta 2015 in razpisna dokumentacija v nasprotju s členoma 49 in 56 PDEU, splošnimi načeli prava Unije in določbami Direktive 2014/23. Predložitveno sodišče meni, da si bo pri odločanju v postopku v glavni stvari lahko pomagalo z odgovori Sodišča na ta vprašanja za predhodno odločanje:

- „1. Ali je treba pravo Unije – zlasti pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev, pa tudi načela prepovedi diskriminacije, preglednosti, svobodne konkurence, sorazmernosti in skladnosti – razlagati tako, da nasprotuje ureditvi, kot jo določajo člen 1(653) zakona o stabilnosti iz leta 2015 in povezani izvedbeni akti, ki določajo koncesije po modelu ekskluzivnega koncesionarja samo za storitev igre loto, in ne za druge igre, napovedne igre in stave?
2. Ali je treba pravo Unije – zlasti pravico do ustanavljanja, svobodo opravljanja storitev ter [Direktivo 2014/23], pa tudi načela prepovedi diskriminacije, preglednosti, svobodne konkurence, sorazmernosti in skladnosti – razlagati tako, da nasprotuje javnemu razpisu, ki vrednost naročila določa precej višje in neutemeljeno glede na pogoje gospodarsko-finančnih in organizacijsko-tehničnih zmogljivosti, določene v točkah 5.3, 5.4, 11, 12.4 in 15.3 razpisnih pogojev za dodelitev koncesije za igro loto?
3. Ali je treba pravo Unije – zlasti pravico do ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev ter [Direktivo 2014/23], pa tudi načela prepovedi diskriminacije, preglednosti, svobodne konkurence, sorazmernosti in skladnosti – razlagati tako, da nasprotuje ureditvi, ki določa uveljavitev dejanske izbire med možnostjo postati prejemnik nove koncesije in možnostjo nadaljevanja svobodnega opravljanja različnih storitev sprejemanja stav v čezmejnem okviru, in sicer izbire, kot izhaja iz člena 30 vzorčne pogodbe, tako da odločitev o sodelovanju na razpisu za dodelitev nove koncesije pomeni odpoved čezmejni dejavnosti, čeprav je Sodišče legitimnost te dejavnosti že večkrat priznalo?“

21. Družbi Stanley, družba Lottomatica, vlade Belgije, Italije in Portugalske ter Evropska komisija so predložile pisna stališča. Iste stranke so na obravnavi 6. junija 2018 ustno podale navedbe in odgovorile na vprašanja Sodišča.

⁷ Sodba z dne 28. januarja 2016 (C-375/14, EU:C:2016:60). V tej zadevi so italijanski organi podeljevali koncesije za pobiranje stav – „izključno v fizični mreži“ – glede športnih, tudi konjskih, in nešportnih dogodkov do največ 2.000 koncesionarjem. Zahteva glede neodplačnega prenosa mreže po izteku koncesije na pristojne organe je bila eno od vprašanj, ki jih je obravnavalo Sodišče. Glej tudi točko 62 in opombo k tej točki.

Presoja

Dopustnost

22. Družba Lottoitalia in italijanska vlada menita, da je predložitvena odločba očitno nedopustna. Predložitveno sodišče je v predložitveni odločbi zgolj navedlo vprašanja, ki sta jih oblikovali družbi Stanley, ne da bi pri tem preučilo, ali je odločanje tega Sodišča sploh potrebno za rešitev sporne zadeve. Predložitvena odločba ne vsebuje pojasnila o tem, zakaj so določbe prava Unije, ki so navedene v zadevnih vprašanjih, upoštevne. Predložitveno sodišče prav tako ni pojasnilo niti povezave med zakonodajo Unije, navedeno v predložitveni odločbi, in upoštevnimi nacionalnimi predpisi.

23. V skladu z ustaljeno sodno prakso v okviru postopka iz člena 267 PDEU zgolj nacionalno sodišče, ki odloča o sporu in prevzame odgovornost za sodno odločbo, glede na značilnosti zadeve presodi tako o potrebi po sprejetju predhodne odločbe, da bi lahko izdalo sodbo, kot tudi o upoštevnosti vprašanj, ki jih postavi Sodišču. Zato mora Sodišče, kadar se postavljena vprašanja nacionalnega sodišča nanašajo na razlago prava Unije, načeloma odločiti.⁸

24. Menim, da predložitvena odločba sicer ni najbolj popoln ali celovit primerek tovrstne odločbe, vendar vsebuje dovolj elementov, ki dokazujejo, da je razlaga prava Unije, za katero je predložitveno sodišče zaprosilo, na nek način povezana z dejanskim stanjem iz postopka v glavni stvari. Pri tem opozarjam, da so bile informacije, ki jih je navedlo predložitveno sodišče, dovolj natančne, da sta vladi Belgije in Portugalske lahko predložili pisna stališča.⁹ Predložitveno sodišče je torej dejanski in pravni okvir opisalo na način, ki Sodišču zagotavlja ustrezno ozadje, na podlagi katerega lahko poda koristne odgovore na zastavljena vprašanja.¹⁰

25. Predložitveno sodišče je povsem odkrito navedlo, da sta vprašanja za predhodno odločanje predlagali družbi Stanley. Vendar je obenem navedlo, da tudi samo meni, da so ta vprašanja očitno upoštevna za odločanje v postopku v glavni stvari. Glede na to, da mora Sodišče predložitvenemu sodišču podati odgovor, ki bo koristen in mu bo omogočil rešitev spora, o katerem odloča, je treba preučiti, kako bi bilo mogoče navedena vprašanja preoblikovati, da bodo bolj natančna.¹¹

26. Na podlagi navedenih razlogov menim, da je predložitvena odločba dopustna.

Uvodne pripombe

27. Prvič, treba je ugotoviti, kakšna vrsta javnega naročila je sploh predmet postopka v glavni stvari. Predložitveno sodišče tega vprašanja sicer izrecno ne obravnava, vendar obstaja domneva – čeprav zgolj implicitna, ki izhaja iz sklicevanja sodišča na Direktivo 2014/23 – da se razpisano naročilo šteje za koncesijo za storitev. Ključni merili, ki opredeljujeta javno naročilo za podelitev koncesije za storitve, sta, da (i) plačilo pri koncesiji za storitve obsega pravico izkoriščanja storitve oziroma to pravico skupaj s plačilom in da se (ii) tveganje, povezano z opravljanjem storitve, prenese na

⁸ Sodba z dne 8. septembra 2010, Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, točka 36 in navedena sodna praksa).

⁹ Glej sklep z dne 3. julija 2014, Talasca (C-19/14, EU:C:2014:2049, točka 23 in navedena sodna praksa).

¹⁰ Primerjaj s scenarijem, opisanim v sklepu z dne 20. julija 2016, Stanleybet Malta in Stoppani (C-141/16, EU:C:2016:596), ki ga navaja družba Lottoitalia.

¹¹ Sodba z dne 13. februarja 2014, TSN in YTN (C-512/11 in C-513/11, EU:C:2014:73, točka 32 in navedena sodna praksa). Glej tudi točki 56 in 68 spodaj.

koncesionarja.¹² Glede na opis načina, na katerega bi koncesionar prejemal plačilo, predstavljenega v predložitveni odločbi, in ugotovitve TAR za Lacij v zvezi s tem, da je dohodek koncesionarja odvisen od letnega prometa, menim, da se naročilo, opisano v javnem razpisu, dejansko nanaša na koncesijo za storitev.

28. Drugič, če gre pri obravnavanem naročilu za čezmejni interes, morajo organi, ki oddajajo naročilo in sklenejo pogodbo, „spoštovati na splošno temeljna pravila Pogodbe ES, zlasti [člen 56 PDEU], in posebej načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njiju“.¹³ Sodišče ugotavljanje obstoja čezmejnega interesa običajno prepušča predložitvenemu sodišču. Vendar je v obravnavani zadevi dovolj elementov, na podlagi katerih lahko Sodišče sklepa, da pri spornem javnem naročilu dejansko obstaja tak interes. Ti elementi se nanašajo na dejstvo, da imata družbi Stanley sedež v Združenem kraljestvu oziroma na Malti in da je s katerega koli objektivnega vidika mogoče ugotoviti, da je vrednost naročila, ne glede na njeno spornost, dovolj visoka, da ima čezmejni pomen.¹⁴

29. Nazadnje, ni sporno, da je agencija ADM javni organ in da zadevni javni razpis spada na področje javnega naročanja, saj je del postopka, s katerim je navedeni javni organ želel zagotoviti storitve upravljanja igre loto. V teh okoliščinah iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je „načelo preglednosti“ korelat načela enakega obravnavanja.¹⁵ Namen pravil, ki urejajo tovrstne postopke, je zagotoviti konkurenčnost, odprtost in pravno urejenost trga javnih naročil. Tako namreč sama razumem sklicevanje na splošna načela prava Unije („načela prepovedi diskriminacije, preglednosti, svobodne konkurence, sorazmernosti in skladnosti“) v vprašanih predložitvenega sodišča.

Direktiva 2014/23

30. Direktiva je začela veljati 17. aprila 2014 in se uporablja za podeljevanje koncesij, ponujenih ali podeljenih po tem datumu.¹⁶ Rok za prenos Direktive v zakonodajo držav članic se je iztekel 18. aprila 2016. V tem primeru je agencija ADM javni razpis v *Uradnem listu Evropske unije* objavila 17. decembra 2015, v uradnem listu Republike Italije pa 21. decembra 2015. Rok za predložitev ponudb se je iztekel 16. marca 2016. Vsi trije datumi so torej nastopili po tem, ko se je Direktiva 2014/23 začela uporabljati za podeljevanje koncesij (17. april 2014). Koncesija je bila podeljena 16. maja 2016, to je po izteku roka za prenos Direktive, vendar preden je bila ta v celoti prenesena v italijansko zakonodajo.¹⁷

31. Sodišče je odločilo, da je načeloma treba uporabiti tisto direktivo, ki je bila veljavna takrat, ko je naročnik izbral vrsto postopka, ki ga bo uporabil, in dokončno odgovoril na vprašanje, ali je treba za oddajo javnega naročila izvesti predhodni javni razpis. Kadar pa se, nasprotno, rok za prenos direktive izteče po tem datumu, te direktive ni mogoče uporabiti.¹⁸ Vendar pa se ta sodna praksa nanaša na okoliščine, v katerih sta bili prejšnji direktivi o javnem naročanju razveljavljeni in nadomeščeni

12 Glej med drugim in po analogiji sodbo z dne 10. marca 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (C-274/09, EU:C:2011:130, točke od 24 do 26 in navedena sodna praksa). V zvezi s tem slednjim vidikom glej ugotovitve TAR za Lacij, navedene v točki 18 zgoraj ter v točkah 50 in 53 spodaj.

13 Glej med drugim sodbo z dne 3. junija 2010, *Sporting Exchange* (C-203/08, EU:C:2010:307, točka 39 in navedena sodna praksa). V besedilu izvirnika je naveden „člen 49 ES“, ki je predhodnik člena 56 PDEU.

14 Glej po analogiji sodbo z dne 16. aprila 2015, *Enterprise Focused Solutions* (C-278/14, EU:C:2015:228, točka 20).

15 Glej med drugim sodbo z dne 16. februarja 2012, *Costa in Cifone* (C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80, točke 73 in 74 ter navedena sodna praksa).

16 Člen 54 Direktive. Datum 17. april 2014 je treba razumeti ob upoštevanju vseh določb Direktive v zvezi z obstoječimi obveznostmi, ki se med drugim nanašajo na spremembo in odpoved koncesijskih pogodb za storitve. Če je bila torej takšna koncesija podeljena kadar koli po 17. aprilu 2014, vendar je do njene spremembe/odpovedi prišlo po dnevu začetka uporabe Direktive, mora zadevni javni organ spoštovati pravila iz člena 43 (sprememba) ali člena 44 (odpoved).

17 Datume za razpisni postopek sem vzela iz podatkov v nacionalnem spisu. Iz moje raziskave izhaja, da je bila Direktiva 2014/23 v italijansko zakonodajo prenesena s sprejetjem dveh ukrepov, objavljenih 19. aprila 2016 oziroma 5. maja 2017.

18 Sodba z dne 10. julija 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 31 in navedena sodna praksa).

z Direktivo 2004/18/ES¹⁹. Čeprav je ta začela veljati 30. aprila 2004, sta se Direktiva 92/50 (javna naročila storitev) in Direktiva 93/37 (javna naročila gradenj) še naprej uporabljali, in sicer do izteka roka za prenos Direktive 2004/18 31. januarja 2006.²⁰ Namen teh pravil je bil gladek prehod med pravili, ki so določala staro in novo ureditev javnega naročanja.²¹

32. V obravnavani zadevi pa položaj ni tak, ker pred sprejetjem Direktive 2014/23 ni bilo nobene posebne ureditve za podeljevanje koncesij.²² Zato na podlagi samega besedila drugega odstavka člena 54 menim, da se Direktiva 2014/23 *ratione temporis* uporablja. To velja (v nasprotju z argumenti italijanske vlade in Komisije), ker je naročnik izbral vrsto postopka, ki ga bo uporabil, in se v tej zadevi dokončno odločil, da bo objavil javni razpis v trenutku, ko je bila Direktiva 2014/23 nedvomno že v veljavi.

33. Vendar pa se pri tem postavlja tudi vprašanje, ali to konkretno naročilo spada na stvarno področje uporabe Direktive. V zvezi s tem je besedilo člena 10(9) Direktive 2014/23 jasno in nedvoumno. Ker se je razpis za podelitev koncesijske pogodbe za storitve igre loto nanašal na „izključne pravice“ (kot so opredeljene v členu 5(10) Direktive²³), povezane z opravljanjem storitve v okviru izrecno navedene kode „enotnega besednjaka javnih naročil“ (CPV), to je kode 92351100-7, je razvidno, da je bil ta javni razpis izvzet iz določb Direktive.²⁴

34. Uvodno izjavo 35 je mogoče razumeti, kot da napeljuje na to, da se izjema uporablja le v primeru, v katerem se zadevna država članica odloči, da pri uveljavljanju svoje „možnosti [...], da [...] izbere metode za organiziranje in nadziranje iger na srečo in stav“, *ne* bo oglaševala oddaje naročila in spodbujala konkurenco, medtem ko se, če zadevna država članica objavi obvestilo o oddaji naročila, ta izjema ne uporablja.²⁵ Po mojem mnenju bi šlo v tem primeru za prisiljeno razlago nepopolnega besedila uvodne izjave, ki v vsakem primeru ni zavezujoča.²⁶ Menim, da je v tej uvodni izjavi pomemben predvsem tisti del besedila, ki se glasi „ki so skladni s PDEU“. V tem delu besedila je namreč poudarjeno, da so javna naročila s čezmejnimi interesom v vsakem primeru predmet nadzora v skladu s Pogodbama in splošnimi načeli prava Unije.

35. Zato se navedena direktiva ne uporablja.

19 Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132). Predhodna zakonodaja je bila določena z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322) in Direktivo Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163).

20 Člena 82 in 83 Direktive 2004/18.

21 Glej tudi sodbo z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, točki 32 in 33).

22 Glej predlog direktive o podeljevanju koncesijskih pogodb, ki ga je pripravila Komisija (COM(2011) 897 final, str. 2).

23 Člen 10(9) določa, da „[v] tem odstavku pojem izključne pravice ne zajema izključnih pravic iz člena 7(2)“. Člen 7(2) se nanaša na „naročnike“, ki so jim bile podeljene posebne ali izključne pravice. Menim, da te pravice niso predmet tega postopka.

24 Ta sklep podkrepljuje stvarno področje uporabe Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (UL 2006, L 376, str. 36). Člen 2(2)(h) te direktive določa, da „se ne uporablja za [...] dejavnosti iger na srečo, pri katerih gre za denarne vloške, vključno z loterijo [...]“. Razlog za to izključitev je naveden v uvodni izjavi 25: „Igre na srečo, vključno z loterijo in stavami, bi se morale izključiti iz področja uporabe te direktive zaradi posebne narave teh dejavnosti, ki od držav članic zahteva izvajanje ukrepov na področju javnega reda in varstva potrošnikov.“

25 Glej točko 7 zgoraj.

26 Sodba z dne 10. januarja 2006, IATA in ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, točka 76).

Prvo vprašanje za predhodno odločanje

36. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu sprašuje, ali je treba pravo Unije razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, ki od pristojnih organov države članice zahteva objavo javnega razpisa za podelitev koncesije za upravljanje igre loto enemu samemu koncesionarju. Predložitveno sodišče to vprašanje postavlja v okoliščinah, v katerih naročila, ki se oddajo za druge igre, napovedne igre in stave, ne temeljijo na ekskluzivnosti, temveč se lahko oddajo več ponudnikom.

37. Vprašanje predložitvenega sodišča po mojem mnenju vsebuje tri elemente. Prvič, ali pravo Unije nasprotuje sami oddaji naročila za podelitev koncesije za upravljanje igre loto? Drugič, ali pravo Unije nasprotuje dejstvu, da se oddaja naročilo za podelitev ekskluzivne koncesije? In tretjič, ali pravo Unije nasprotuje modelu ekskluzivnega koncesionarja, glede na to, da je italijanska država modele neekskluzivnih koncesionarjev uporabljala za druge vrste iger na srečo in stav?

38. Družbi Stanley trdita, da model ekskluzivnega koncesionarja pomeni omejitev v smislu členov 49 in 56 PDEU, ki je ni mogoče utemeljiti z nujnim razlogom v splošnem interesu in je v vsakem primeru nesorazmerna. Prav tako trdita, da med drugim obstajajo razlogi, ki izhajajo iz konkurenčnega prava, zaradi katerih bi bilo treba vse dejavnosti iger na srečo obravnavati enako. Italijanska vlada in družba Lottoitalia se s tem stališčem ne strinjata in trdita, da raznolikost iger na srečo upravičuje različno obravnavo nekaterih iger ter da je omejitev sorazmerna in utemeljena z nujnim razlogom v splošnem interesu. Italijanska vlada prav tako trdi, da je njena odločitev glede izbire modela ekskluzivnega koncesionarja izraz svobode upravljanja in kot taka izvzeta iz nadzora nad ukrepi, povezanimi z dejavnostjo iger na srečo. Vladi Belgije in Portugalske ter Komisija trdijo, da se omejitev zdi sorazmerna in utemeljena s sklicevanjem na nujni razlog v splošnem interesu, pri čemer ravno tako navajajo člena 49 in 56 PDEU.

39. V zvezi s prvim elementom, in sicer ali pravo Unije nasprotuje javnemu naročilu za podelitev koncesije, menim, da to, da se od morebitnega prihodnjega ponudnika loterijskih storitev zahteva, da ima koncesijsko pogodbo, *pomeni* omejitev svoboščin iz členov 49 in 56 PDEU, vendar da je mogoče to omejitev načeloma zlahka utemeljiti.

40. Če nek gospodarski subjekt v Italiji z dejanskega in pravnega vidika ne more opravljati storitev upravljanja igre loto, razen če v postopku oddaje javnega naročila za opravljanje te dejavnosti ne pridobi koncesije, to pomeni oviro za neomejeno uživanje svoboščin, ki jih zagotavljata člena 49 in 56 PDEU. Če poenostavimo, subjekti morajo predložiti svoje ponudbe za pridobitev koncesijske pogodbe, če želijo še naprej opravljati enake storitve in/ali če želijo začeti opravljati te storitve.²⁷ Poleg tega je storitev, ki bi jo subjekti opravljali, zaradi vključitve določb o odvzemu koncesije v koncesijsko pogodbo, kar ogroža neprekinjeno poslovanje (ne glede na to, ali se te uveljavijo zaradi neustreznega ravnanja ali zaradi izteka koncesijske pogodbe), nedvomno ekonomsko manj privlačna, kot če sklenitev koncesijske pogodbe ne bi bila osnovni pogoj za opravljanje te storitve.²⁸

41. V zvezi z drugim elementom menim, da *ni mogoče* samodejno sklepati, da odločitev o uporabi modela ekskluzivnega koncesionarja sama po sebi pomeni *nezakonito* omejitev v smislu členov 49 in 56 PDEU. Nasprotno, zdi se mi, kar je sicer odvisno od samih pogojev koncesijske pogodbe, da bi takšna ekskluzivnost *lahko* skupne omejevalne učinke odločitve – sprejete na podlagi zakona o stabilnosti iz leta 2015 – o izvedbi postopka za oddajo javnega naročila bodisi okrepila bodisi bi *lahko*, nasprotno, takšne učinke tudi ublažila. Predložitveno sodišče bo moralo preučiti, ali

²⁷ Glej med drugim in po analogiji sodbo z dne 15. septembra 2011, Dickinger in Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, točka 41 in navedena sodna praksa).

²⁸ Glej med drugim in po analogiji sodbo z dne 22. januarja 2015, Stanley International Betting in Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, točka 46 in navedena sodna praksa). Glej tudi točki 74 spodaj.

ima razpisana ureditev ekskluzivnosti morebitne odvrtačilne učinke ali pa prepričevalne ali nevtralne učinke, kar bo seveda vplivalo na ugotovitev glede splošne sorazmernosti zadevne ureditve. Po mojem mnenju mora predložitveno sodišče to storiti ob upoštevanju objektivnih meril, ne pa na podlagi subjektivnega ocenjevanja posameznih subjektov.²⁹

42. Stališča v zvezi z izbiro modela, ki sem jih predstavila zgoraj, nujno pomenijo, da bi bilo treba trditev italijanske vlade, da je ta izbira izvzeta iz nadzora na podlagi členov 49 in 56 PDEU, zavrniti. Do takšnega sklepa vodita tudi vsaj dva druga razloga. Prvič, Sodišče je že razsodilo, da je treba naročila, povezana z zgolj enim vidikom dejavnosti iger na srečo, še vedno ocenjevati v skladu s sodno prakso, v okviru katere so se dejavnosti iger na srečo preučevale glede na člena 49 in 56 PDEU, saj jih ne bi smeli obravnavati ločeno od tovrstnih celostnih dejavnosti.³⁰ Drugič, zdi se mi, da bi bilo ločevanje *upravljanja* dejavnosti iger na srečo od same dejavnosti iger na srečo umetno.³¹

43. Zato je treba odločitev o izvedbi postopka za oddajo javnega naročila z uporabo modela ekskluzivnega koncesionarja po mojem mnenju dejansko presojati glede na člena 49 in 56 PDEU. V skladu s to ugotovitvijo je izbira modela, ki sama po sebi ni izrecno diskriminatorna, v nasprotju s pravom Unije, razen če jo je mogoče utemeljiti na podlagi izjem, ki jih izrecno določa PDEU, ali upravičiti z nujnimi razlogi v splošnem interesu.³² Breme priprave navedene utemeljitve pa nosijo zadevni javni organi.³³

44. Italijanska vlada v svojih pisnih stališčih navaja številne cilje v splošnem interesu, vključno s preprečevanjem vmešavanja kriminalnih dejavnosti v upravljanje loterije in usmerjanjem dejavnosti iger na srečo v nadzorovan okvir, v katerem je raven konkurence nižja. Družba Lottitalia se v svojih stališčih ravno tako sklicuje na razloge javnega in družbenega reda, varstvo potrošnikov in preprečevanje goljufij. Družbi Stanley prerokata resničnost uresničevanja navedenih ciljev in trdita, da je poglobitvi razlog, ki je botroval izbiri modela, povečanje prihodkov, ki se stekajo v italijansko državno blagajno.

45. Sodišče je vse razloge, ki jih navajata italijanska vlada in družba Lottitalia, že priznalo – tako skupaj kot posamično – kot nujne razloge v splošnem interesu na področju dejavnosti iger na srečo.³⁴ Nasprotno pa povečanje davčnih prihodkov države članice ni cilj, ki bi lahko utemeljil omejitve svobode opravljanja storitev, čeprav lahko za zadevno vlado pomeni stransko korist.³⁵ Prav tako velja, da se upravna učinkovitost (ali izogibanje upravnim nevspešnostim) ne šteje za nujen razlog v splošnem interesu.³⁶ Predložitveno sodišče mora ugotoviti, kateri cilji se dejansko uresničujejo z izbiro spornega modela.³⁷

29 Na primer, če se je subjekt odločil, da si (zaradi kakršnih koli njemu lastnih notranjih razlogov) ne bo nikdar prizadeval za sklepanje ekskluzivnih pogodb z naročniki, se to *ne* sme upoštevati pri presojanju skupnih odvrtačilnih ali prepričevalnih učinkov modela, ki ga je zadevni naročnik izbral.

30 Sodba z dne 8. septembra 2010, Stoß in drugi (C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 in C-410/07, EU:C:2010:504, točka 56 in navedena sodna praksa).

31 Zdi se, da tudi agencija ADM povezuje obe dejavnosti, saj od ponudnikov zahteva, da izkažejo predhodne izkušnje na področju „dejavnosti upravljanja iger ali sprejemanja vplačil“ in „za vrste iger, ki se izvajajo prek igralnih terminalov“ (glej točki 5.3 in 5.4 razpisne dokumentacije), kar z drugimi besedami pomeni, da niso bile sprejemljive zgolj predhodne izkušnje, povezane z „dejavnostmi upravljanja“.

32 Glej med drugim sodbi z dne 24. januarja 2013, Stanleybet in drugi (C-186/11 in C-209/11, EU:C:2013:33, točka 22 in navedena sodna praksa), in z dne 19. julija 2012, Garkalns (C-470/11, EU:C:2012:505, točka 35 in navedena sodna praksa).

33 Sodba z dne 15. septembra 2011, Dickinger in Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, točka 54 in navedena sodna praksa).

34 Glej med drugim sodbe z dne 15. septembra 2011, Dickinger in Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, točka 63 in navedena sodna praksa); z dne 6. marca 2007, Placanica in drugi (C-338/04, C-359/04 in C-360/04, EU:C:2007:133, točka 46 in navedena sodna praksa), ter z dne 30. junija 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, točki 45 in 46).

35 Glej med drugim sodbi z dne 30. junija 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, točka 52 in navedena sodna praksa), ter z dne 15. septembra 2011, Dickinger in Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, točka 55).

36 Sodba z dne 30. junija 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, točka 48).

37 Sodba z dne 24. januarja 2013, Stanleybet in drugi (C-186/11 in C-209/11, EU:C:2013:33, točka 26 in navedena sodna praksa). V tem primeru se z izrazom „predložitveno sodišče“ za namene ugotavljanja dejstev sklicujem tudi na TAR za Lacij, če bi slednje moralo na koncu opraviti to nalogo.

46. Če navedeno sodišče ugotovi, da je dejanski cilj Italije predvsem povečanje prihodkov ali uresničevanje drugih izključno ekonomskih razlogov, potem je treba ugotoviti, da izbira modela ni združljiva s členoma 49 in 56 PDEU. Če bi navedeno sodišče odločilo, da so izbiri modela botrovali predvsem razlogi, povezani z upravno učinkovitostjo, kot je izogibanje vzpostavitvi dveh ravni koncesij za upravljanje (do česar bi prišlo, če bi, kot predlagata družbi Stanley, agencija ADM namesto enega ekskluzivnega ponudnika storitev za upravljanje loterije imenovala večje število ponudnikov, zaradi česar bi bilo potem morda treba imenovati „nadkoncesionarja“, ki bi nadzoroval vse ostale³⁸), bi se izbira modela podobno kot v prejšnjem primeru štela za nezdružljivo s členoma 49 in 56 PDEU.

47. Če pa bo nacionalno sodišče ugotovilo, da se z izbiro modela ekskluzivnega koncesionarja dejansko sledi enemu od dovoljenih ciljev, bo moralo nato presoditi, ali je omejitev sorazmerna. Sodišče se mora prepričati, da je omejitev primerna za uresničitev ciljev, ki jim sledi zadevni model na ravni varstva, ki ga želi zagotoviti, in da ne presega tistega, kar je nujno za doseg te ciljev.

48. V zvezi s tem imajo države članice sicer široko diskrecijsko pravico, da na podlagi „lastne lestvice vrednot“ ter „moralnih, verskih in kulturnih razhajanj“ določijo zahteve, ki jih narekuje uresničevanje nujnega cilja v splošnem interesu,³⁹ vendar pa morajo zadevni italijanski organi predložitvenemu sodišču predložiti potrebne dokaze, na podlagi katerih se to lahko prepriča, da je zadevni model dejansko namenjen doslednemu in sistematičnemu uresničevanju zastavljenega cilja.⁴⁰ Na primer, Sodišče je v predhodnih predlogih za sprejetje predhodne odločbe omenjalo dokaze, na podlagi katerih je razvidno, da bodo zadevni organi opravljali „natančen nadzor“ nad koncesionarjem ali da bo morala razpis za podelitev ekskluzivne koncesije „spremljati vzpostavitev takega zakonskega okvira, ki zagotavlja, da bo lahko imetnik navedenega monopola dejansko dosledno in sistematično uresničeval tako določen cilj“.⁴¹

49. Predložitveno sodišče v svoji predložitveni odločbi navaja, da je TAR za Lacij presodilo, da je model ekskluzivnega koncesionarja prispeval k nižji ravni konkurence na zadevnem trgu in tako spodbudil odgovorno upravljanje igre loto. V zvezi s tem je Sodišče že ugotovilo, da je lahko vzpostavitev „svobodne in neizkrivljene konkurence [...] na posebnem trgu iger na srečo, torej med več subjekti, ki bi imeli dovoljenje za opravljanje istovrstnih iger na srečo, škodljiva zato, ker bi te subjekte vodila v tekmovanje v inovativnosti, da bi bila njihova ponudba privlačnejša od ponudbe njihovih konkurentov, s tem pa bi se povečali izdatki potrošnikov za te igre in nevarnost njihove odvisnosti“.⁴² Zato izbira modela ekskluzivnega koncesionarja, če je namenjena vzpostavljanju nižje ravni konkurence in posledično spodbujanju odgovornega upravljanja igre loto, ni v nasprotju s pravom Unije.

50. Predložitveno sodišče bo moralo ugotoviti, kateri so dejanski cilji, ki so botrovali izbiri modela ekskluzivnega koncesionarja (pri čemer je italijanska vlada navedla precej različnih ciljev), in če gre za dovoljene cilje, ali je izbira zadevnega modela dejansko sorazmerna in skladna s temi cilji. Menim, da lahko predložitveno sodišče pri presoji sorazmernosti, ki se, poudarjam, razlikuje od vprašanja v zvezi s tem, kateri cilji so botrovali izbiri modela ekskluzivnega koncesionarja, upošteva katere koli vidike upravne učinkovitosti, h katerim je prispeval izbrani model. Prav tako lahko upošteva ugotovitev dejstva, ki jo je navedlo TAR za Lacij, in sicer da izbrani model italijanski državi zagotavlja varstvo pred finančno odgovornostjo.

38 Glej v zvezi s tem točko 18 zgoraj.

39 Sodba z dne 8. septembra 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519, točka 57 in navedena sodna praksa).

40 Sodba z dne 30. aprila 2014, Pflieger in drugi (C-390/12, EU:C:2014:281, točki 49 in 50 ter navedena sodna praksa).

41 Glej med drugim sodbi z dne 8. septembra 2010, Stoß in drugi (C-316/07, od C-358/07 do C-360/07, C-409/07 in C-410/07, EU:C:2010:504, točki 81 in 83), ter z dne 8. septembra 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International (C-42/07, EU:C:2009:519, točka 65).

42 Sodba z dne 24. januarja 2013, Stanleybet in drugi (C-186/11 in C-209/11, EU:C:2013:33, točka 45 in navedena sodna praksa).

51. Nazadnje, v zvezi s tretjim elementom ne poznam nobenega razloga, zakaj bi se moralo naročilo za upravljanje igre loto na podlagi prava Unije oddati več subjektom zgolj zato, ker se večje število neekskluzivnih koncesij v Italiji podeljuje za prirejanje drugih iger, napovednih iger in drugih vrst stav, kot je posredovanje pri stavih s fiksno kvoto.

52. Na podlagi tega argumenta bi namreč lahko trdili, da bi morale biti vse igre zato, ker vključujejo različne vrste iger na srečo, obravnavane enako.⁴³ Zdi se mi namreč očitno, da obstajajo razlike med naročilom, ki ga je agencija ADM oddala na podlagi javnega razpisa v obravnavani zadevi, in – na primer – koncesijo za prirejanje konjskih stav.

53. Kot predložitveno sodišče navaja v svoji predložitveni odločbi, je TAR za Lacij ugotovilo, da se poglobitve razlike nanašajo na: (i) dejstvo, da je razpisano naročilo povezano s tehničnimi, upravnimi in organizacijskimi dejavnostmi za upravljanje nacionalne loterije, ne vključuje pa neposrednega poslovanja s strankami, kot ga zahteva posredovanje pri pobiranju stav; in (ii) poslovno tveganje, ki ga prevzame italijanska država, za katero se ne glede na njegovo spornost zdi, da je v popolnem nasprotju z odsotnostjo *kakršnega koli* tveganja za državo v primerih, v katerih posameznik pri komercialnem ponudniku, ki ima ustrezno dovoljenje, vplača stavo na končni izid nogometne tekme ali zmagovalca konjske dirke. Tudi analiza na podlagi konkurenčnega prava, ki nakazuje, da bi bilo treba trg vseh dejavnosti iger na srečo obravnavati enako (kar z drugimi besedami pomeni podelitev neekskluzivnih koncesij večjemu številu ponudnikov), v obravnavani zadevi ni upoštevana. Sodišče pri svoji presoji iger na srečo v skladu s členoma 49 in 56 PDEU izrecno priznava, da je mogoče konkurenco povsem upravičeno omejiti in da je zato „tradicionalni“ pristop na podlagi člena 101 ali člena 102 PDEU neprimeren.⁴⁴

54. Nazadnje, po mojem mnenju ni nobenega razloga, zaradi katerega bi lahko podvomili o preglednosti modela. Presoja, ki sem jo orisala zgoraj in ki naj bi jo opravilo predložitveno sodišče, bi morala nujno vključevati tudi obravnavo „načela skladnosti“ (kar pomeni, da mora biti izbira modela skladna z zastavljenim ciljem v splošnem interesu) in priznanje, da popolna svoboda konkurence ni vedno zaželena.

55. Zato predlagam, naj se na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da odločitev zadevnih nacionalnih organov za uporabo koncesijskega modela za upravljanje dejavnosti iger na srečo, kot je igra loto, pomeni omejevanje svoboščin, ki so zagotovljene s členoma 49 in 56 PDEU. Predložitveno sodišče mora ugotoviti obseg vseh tovrstnih omejitev, pri tem pa upoštevati objektivne značilnosti razpisanega modela ekskluzivnega koncesionarja. Nacionalni organi morajo nato predložiti zadostne dokaze v zvezi z (i) nujnim ciljem v splošnem interesu, ki ga nameravajo doseči z izbiro konkretnega modela, in v zvezi s (ii) sorazmernostjo izbranega modela s tem ciljem.

Drugo vprašanje za predhodno odločanje

56. Drugo vprašanje za predhodno odločanje izhaja iz predpostavke, da je vrednost naročila glede na druge pogoje v javnem razpisu nesorazmerno („neutemeljeno“) visoka, predložitveno sodišče pa v njem sprašuje, ali pravo Unije zato nasprotuje tej vrednosti. TAR za Lacij, o ugotovitvah katerega predložitveno sodišče ni podvomilo, kaj šele da bi jim nasprotovalo, je prišlo do povsem nasprotnega sklepa. Zato bi drugo vprašanje za predhodno odločanje preoblikovala tako: ali pravo Unije nasprotuje temu, da bi javni organ, ki objavi javni razpis, določil vrednost naročila, če je ta vrednost visoka, zlasti z vidika in glede na druge pogoje, določene v javnem razpisu?

⁴³ Glej med drugim in po analogiji sodbo z dne 10. januarja 2006, IATA in ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10, točka 95 in navedena sodna praksa).

⁴⁴ Sodba z dne 24. januarja 2013, Stanleybet in drugi (C-186/11 in C-209/11, EU:C:2013:33, točka 45 in navedena sodna praksa).

57. Družbi Stanley se osredotočata na kumulativni učinek visoke vrednosti naročila in drugih razpisnih pogojev, pri tem pa zatrjujeta, da je to privedlo do njune izključitve iz sodelovanja na razpisu in do pridržanja razpisanega naročila za dotedanjo ponudnico storitve. Vladi Belgije in Italije, družba Lottoitalia in Komisija pa, nasprotno, opozarjajo na objektivne dejavnike, na podlagi katerih je bila izračunana vrednost naročila. Pri tem ugotavljajo, da je izračunani znesek ne glede na druge razpisne pogoje sorazmeren in razumen. Portugalska vlada ni predložila posebnih stališč v zvezi z drugim vprašanjem za predhodno odločanje.

58. Po mojem mnenju je treba izhajati iz dejstva, da vključitev vrednosti naročila v javni razpis *sama po sebi* ni sporna. Približna vrednost je namreč ena od bistvenih informacij, ki jih mora vsebovati javno objavljen razpis (podobno kot velja, na primer, za opis lastnosti razpisanega naročila). Če razpis te informacije ne vsebuje, obstaja tveganje, da se nanj ne bo nihče prijavil.

59. Če pa bi se pri samostojni obravnavi vrednosti naročila ugotovilo, da ta ne temelji na objektivni podlagi, bi to med drugim pomenilo kršitev načela preglednosti.

60. Menim, da je nacionalno sodišče v svoji predložitveni odločbi predstavilo zadostne ugotovitve dejstev, na podlagi katerih se Sodišče lahko prepriča, da za znesek 700 milijonov EUR to ne velja. Obravnavani znesek namreč ni tako neverjetno visok, da bi lahko trdili, da nima objektivne podlage.

61. V predložitveni odločbi je navedeno, da je TAR za Lacij ugotovilo, da (i) je letna realizacija iz naslova sprejemanja vplačil v igro loto v preteklih zaporednih petih letih preseгла 6 milijard EUR na leto (v zvezi s tem opozarjam, da je ta znesek naveden v točki II.2.1 obvestila o naročilu); in (ii) da bi letni prihodki iz tega naslova znašali približno 400 milijonov EUR (kar ustreza predlagani 6-odstotni proviziji, ki je ravno tako navedena v točki II.2.1 obvestila o naročilu). Tako se zdi, da je italijanska država ponujala možnost letnega zaslužka v višini 400 milijonov EUR v obdobju devetih let (pri čemer bi izbrani ponudnik užival zaščito pred vsakršno konkurenco) v zameno za (najmanj) 700 milijonov EUR, ki bi jih bilo treba plačati v obdobju treh let.

62. V predložitveni odločbi so navedeni tudi drugi dejavniki, ki jih je upoštevalo TAR za Lacij. Čeprav vsote, ki so se v drugih državah članicah zaračunavale v zameno za pridobitev koncesije za loterijske storitve, morda niso nujno primerljive, pa je po mojem mnenju povsem primerno upoštevati dodatne dejavnike, kot so dejstva, da je plačilo za koncesijo razporejeno na tri leta, da je bilo podjetjem za predložitev ponudbe dovoljeno ustanavljanje začasnih skupin podjetij in da lahko ali pa tudi ne italijanska država prevzame določen del tveganja; ta dejstva je treba obravnavati v povezavi z naravo storitev, ki naj bi se opravljale, kot celote in z zahtevo, da se po izteku koncesije „vse materialne in nematerialne dobrine, ki sestavljajo mrežo [...]“ (člen 22.1 vzorčne pogodbe), brezplačno prenesejo na agencijo ADM.⁴⁵ Dejstvo, da je agencija ADM ocenila, da 15 podjetij izpolnjuje pogoje iz javnega razpisa, postavlja izračunani znesek 700 milijonov EUR v širši, vendar kljub temu upošteven, splošen okvir.

⁴⁵ V zadevi Laezza (sodba z dne 28. januarja 2016, C-375/14, EU:C:2016:60) je Sodišče odločilo, da je določba, ki je vsebovala podobno besedilo, nezakonita, saj bi bilo cilj, zastavljen s to določbo, mogoče uresničiti z manj omejevalnimi ukrepi, med drugim tudi tako, da bi naročnik zadevna sredstva plačal po tržni ceni. Res je sicer, da člen 22.1 vzorčne pogodbe (glej točko 15 zgoraj) zaradi razlik v dejanskem stanju, kot je razlika v trajanju spornega naročila (40 mesecev v primerjavi z 9 leti v obravnavani zadevi), in dejstva, da bo izbrani ponudnik nasledil nekatera sredstva za upravljanje igre loto (kot je na obravnavi potrdila italijanska vlada), ne vzbuja enakih pomislekov. Kljub temu pa predložitvena odločba ne vsebuje nobenih informacij o tem, kako je TAR za Lacij prišlo do ugotovitve, da se družbi Stanley ne moreta sklicevati na sodbo Laezza, Sodišče pa ni izrecno zaproseno, da odloči o tej zadevi – o tem bo moralo odločiti predložitveno sodišče.

63. Če predložitveno sodišče ugotovi, da je bila vrednost naročila izračunana na objektivni način tako v primeru, ko se obravnava ločeno, kot tudi v primerjavi z drugimi razpisnimi pogoji, je takšna ugotovitev dovolj za odpravo trditve, ki sta jo navedli družbi Stanley, in sicer da sta zaradi obravnavanega zneska diskriminirani in/ali obravnavani neenakopravno v primerjavi z dosedanjo ponudnico storitve. Dejstvo, da je morebitni ponudnik odvrnjen od sodelovanja na razpisu zgolj zato, ker je vrednost naročila visoka ali nedosegljiva za eno samo podjetje, ki na razpisu nastopa samostojno, ne povzroča dvoma o objektivnosti te vrednosti.

64. Če pa predložitveno sodišče ugotovi, da je podlaga za določitev vrednosti razpisa namesto na objektivnih dejavnikih temeljila na subjektivni presoji, bo izjemno težko razumeti, kako bi lahko nastalo oviro za uveljavljanje svoboščin iz členov 49 in 56 PDEU utemeljili kot sorazmeren in pregleden način za doseganje nujnega cilja v splošnem interesu.⁴⁶ Podobno bi veljalo, če bi bil učinek vrednosti naročila v povezavi z drugimi razpisnimi pogoji takšen, da bi bilo sodelovanje v razpisnem postopku izjemno nepriljavno (ali celo nemogoče) za katerega koli ponudnika, z izjemo dosedanjega ponudnika, saj nastala omejitev čezmejnega ustanavljanja in opravljanja storitev tudi v tem primeru skoraj zagotovo ne bi prestala tega preizkusa.

65. Zato predlagam, naj se na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da pravo Unije ne nasprotuje vključitvi visoke vrednosti naročila v razpis za oddajo javnega naročila, če je objektivnost te vrednosti mogoče dokazati tako samostojno kot tudi v primerjavi z drugimi pravicami in obveznostmi, določenimi v razpisu. Nacionalno sodišče mora preveriti, ali je v obravnavanem primeru tako.

Tretje vprašanje za predhodno odločanje

66. Tretje vprašanje za predhodno odločanje izhaja iz dveh predpostavk (ki sta za družbi Stanley ugodni), in sicer da zakon o stabilnosti iz leta 2015 in javni razpis od družb Stanley zahtevata, da se, če želita biti izbrani na razpisu, odpovesta poslovni dejavnosti, in da je Sodišče že priznalo zakonitost te poslovne dejavnosti.

67. Vprašati se je treba o utemeljenosti obeh navedenih predpostavk. Prvič, na podlagi običajnega razumevanja zakona o stabilnosti iz leta 2015 ali javnega razpisa ni nikakor mogoče sklepati, da se izrecno nanašata na družbi Stanley. Prav tako TAR za Lacij v podkrepitev takšne predpostavke ni predstavilo nobene ugotovitve dejstev, ki bi jo v predložitveni odločbi navedel Consiglio di Stato (državni svet). Drugič, Sodišče ni nikjer ugotavljalo legitimnosti zadevne poslovne dejavnosti, za katero družbi Stanley navajata, da je zakonita.

68. Zato bi tretje vprašanje za predhodno odločanje preoblikovala tako: ali člena 49 in 56 PDEU in/ali načela prepovedi diskriminacije, sorazmernosti in preglednosti nasprotujejo temu, da se v vzorčno pogodbo za podelitev ekskluzivne koncesije za upravljanje nacionalne loterije vključijo določbe, s katerimi je predviden odvzem koncesije, če (a) so koncesionar, njegovi uslužbenci ali pooblaščenci obdolženi določenega kaznivega dejanja ali (b) koncesionar krši predpise o preprečevanju nepravilnih, protipravnih ali nezakonitih iger na srečo, pri čemer te določbe povzročijo izključitev morebitnega ponudnika?

69. Družbi Stanley trdita, da je bilo besedilo določb o odvzemu koncesije ohlapno, obenem pa naj bi ti določbi vsebovali dovolj jasno in natančno grožnjo, ki jima je preprečila oziroma ju odvrnila od sodelovanja na razpisu, saj sta vpleteni v različne nerešene sodne postopke in zato samodejno v navzkrižju z določbama o odvzemu koncesije. Prav tako trdita, da se navedeni določbi v nasprotju z načeli, ki jih je Sodišče opredelilo v sodbi Costa in Cifone⁴⁷, nanašata tudi na kazniva dejanja, v zvezi

⁴⁶ Glej točko 43 zgoraj in naslednje.

⁴⁷ Sodba z dne 16. februarja 2012 (C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80, točka 81).

s katerimi še ni bila izdana pravnomočna sodba. Vladi Belgije in Italije, družba Lottoitalia in Komisija trdijo, če povzamemo, da sta določbi o odvzemu koncesije jasni in sorazmerni z zastavljenim ciljem ter da ne povzročita samodejne izključitve družb Stanley iz postopka oddaje javnega naročila. Portugalska vlada ni predložila posebnih stališč v zvezi s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje.

70. Najprej bom obravnavala člen 30(2)(h) in (k) vzorčne pogodbe v zvezi z načelom preglednosti (kar zajema tudi obravnavo načela prepovedi diskriminacije), potem pa se bom osredotočila na zahteve iz členov 49 in 56 PDEU. Na koncu bom preučila še vprašanje glede pravnomočnosti, pri čemer se bom posebej osredotočila na člen 30(2)(h) vzorčne pogodbe.

71. V predložitveni odločbi je navedeno, da je TAR za Lacij menilo, da sta določbi o odvzemu koncesije dovolj pregledni. V zvezi s tem je treba uporabiti standard, v skladu s katerim se določbe obravnavajo z vidika razumno obveščenih in običajno skrbnih ponudnikov.⁴⁸ Sodišče je v sodbi Costa in Cifone podalo napotke glede izpolnjevanja zahtev po preglednosti v tem okviru. Tako se je besedilo, ki omogoča odvzem koncesije s sklicevanjem na „kazniva dejanja iz zakona št. 55 z dne 19. marca 1990“, štelo za sprejemljivo, ker se je nanašalo na konkretna in natančno opredeljena kazniva dejanja iz navedenega zakona (ki so bila obenem tudi skladna s splošnim ciljem boja proti kriminaliteti). Po drugi strani pa besedilo, ki je odvzem koncesije omogočalo s sklicevanjem na „vse druge primere kaznivih dejanj, ki lahko vplivajo na razmerje zaupnosti z [naročnikom]“, ni bilo sprejemljivo, ker takšno besedilo ni zagotavljalo, „da bi se vsakemu morebitnemu ponudniku omogočilo, da z gotovostjo oceni tveganje, da bodo zanj določene take sankcije“.⁴⁹

72. Predložitveno sodišče mora, če je to potrebno, z vidika sodne prakse, na katero sem se pravkar sklicevala, ponovno preučiti preglednost obeh določb o odvzemu koncesije.

73. Sama menim, da razumno obveščen in običajno skrben ponudnik ne bi imel velikih težav pri razumevanju obsega in uporabe člena 30(2)(k) vzorčne pogodbe. Kar pa zadeva člen 30(2)(h), so okoliščine, v katerih bi se agencija ADM v skladu s to določbo vzorčne pogodbe lahko odločila za odvzem koncesije, sicer opisane jedrnato, vendar jasno. Preden se agencija ADM odloči, ali bo sprožila postopek za odvzem koncesije, mora biti namreč izpolnjen kumulativni nabor pogojev. Odvzem koncesije tako ni samodejen, ampak je jasno, da se koncesija lahko odvzame, če so sočasno izpolnjeni vsi navedeni pogoji. Dejstvo, da ta določba agenciji ADM podeljuje diskrecijsko pravico pri sprejemanju odločitve glede morebitnega odvzema koncesije, pa ne pomeni, da določba ni jasna. Prav tako je jasno, da o tem, ali obstaja dovolj elementov za vložitev obtožnice zaradi suma kaznivega dejanja, presoja tretja oseba, ki je ločena od agencije ADM (to je državno tožilstvo, kot je bilo nesporno prikazano na obravnavi). Menim, da je kombinacija navedenih elementov ustrezna in zato izpolnjuje zahteve načela preglednosti.

74. Dalje, Sodišče je, kar zadeva presojo v skladu s členoma 49 in 56 PDEU, že razsodilo, da pogojevanje gospodarske dejavnosti, kot je opravljanje storitev upravljanja igre loto, s predložitvijo ponudbe v postopku javnega naročanja in pridobitvijo naročila ter z določbami, ki omogočajo morebiten odvzem pridobljene koncesije, pomeni oviro za svoboščine, določene v členih 49 in 56 PDEU.⁵⁰ Določbe glede odvzema koncesije morajo biti torej utemeljene s sklicevanjem na nujni cilj v splošnem interesu in prestati preizkus sorazmernosti. O nalogah italijanskih organov v zvezi z doseganjem nujnega cilja v splošnem interesu sem že razpravljala.⁵¹ Predložitveno sodišče bo moralo preveriti, ali sta izpodbijani določbi primerni in potrebni za doseganje tega cilja in ali ne presegata tega, kar je nujno za njegovo uresničitev. V zvezi s tem bi omenila zgolj to, da so razlogi v členu 30(2)(h) vzorčne pogodbe, na primer, izrecno povezani s kriminalno dejavnostjo in da je eden od navedenih ciljev v splošnem interesu prav preprečevanje kriminalne dejavnosti pri upravljanju igre loto.

48 Sodba z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točki 54 in 55 ter navedena sodna praksa).

49 Sodba z dne 16. februarja 2012 (C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80, točki 78 in 79).

50 Sodba z dne 16. februarja 2012, Costa in Cifone (C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80, točka 70). Glej tudi točko 40 zgoraj.

51 Glej točko 43 zgoraj in naslednje.

75. Nazadnje bom obravnavala še trditev, povezano z vprašanjem pravnomočnosti. Ali dejstvo, da se člen 30(2)(h) (in člen 30(2)(k)) vzorčne pogodbe ne omejujeta na kazniva dejanja, v zvezi s katerimi je bila izdana pravnomočna sodba, pomeni, da ju je samodejno treba šteti za nesorazmerna?⁵²

76. Na tej točki je koristno spomniti, da tretje vprašanje za predhodno odločanje temelji na predpostavki, da bi družbi Stanley morali opustiti obstoječi, zakonit in ekonomsko uspešen model poslovanja, da ne bi kršili določb iz člena 30(2)(h) in/ali (k) vzorčne pogodbe.

77. V zadevi Costa in Cifone so bile sporne določbe oblikovane na način, ki je predvideval odvzem koncesije, vendar je učinek teh določb v praksi pomenil *izključitev* nekaterih gospodarskih subjektov iz sodelovanja v razpisnem postopku (ker bi se postopek za odvzem koncesije dejansko začel isti dan, ko bi bila ta ponudniku podeljena). Sodišče je odločilo, da bi se „[...] izključitev s trga z odvzedom koncesije lahko načeloma štela za sorazmerno s ciljem boja proti kriminaliteti, samo če bi temeljila na pravnomočni sodbi, izrečeni za dovolj resno kaznivo dejanje. Ureditev, ki določa, čeprav zgolj začasno, izključitev gospodarskih subjektov s trga, bi se lahko štela za sorazmerno, samo če bi določala učinkovito pravno sredstvo in povrnitev nastale škode, kadar bi se ta izključitev pozneje izkazala za nepravičeno.“⁵³

78. Iz gradiva, ki je na voljo Sodišču, ni očitno, da sta izpodbijani določbi v obravnavani zadevi dejansko *imeli* učinek samodejne izključitve družb Stanley iz postopka za oddajo javnega naročila. Zato bo moralo predložitveno sodišče najprej podrobno preučiti naravo vseh sodnih postopkov, ki tečejo zoper družbi Stanley, in ugotoviti, ali so ti zares takšni, da bi se, če bi navedeni družbi sodelovali na javnem razpisu in pridobili naročilo, zaradi teh postopkov nemudoma uveljavila določba o odvzemu koncesije. Če do tega ne bi prišlo, potem izrek sodbe Sodišča v zadevi Costa in Cifone ni neposredno upošteven.

79. Če pa bi bili družbi Stanley izključeni, se je treba vprašati, ali je dovoljeno v vzorčno pogodbo vnesti določbo o odvzemu ekskluzivne koncesije za loterijske storitve, ki jo lahko naročnik na podlagi svoje diskrecijske pravice uveljavlja v trenutku, ko so bili koncesionar, njegovi uslužbenci ali pooblaščenci sicer obdolženi hudega kaznivega dejanja, vendar jim še ni bilo sojeno (to je *a fortiori*, preden je obsodilna sodba postala pravnomočna).

80. Zdi se mi, da gre pri tem za klasičen primer tehtanja dveh nasprotujočih si interesov. Na eni strani namreč obstaja splošni interes za preprečevanje kriminalne dejavnosti v sistemu loterije (kot zatrjuje italijanska vlada). Na drugi strani je zasebni poslovni interes enega samega koncesionarja povezan z domnevo, da je obdolženec za kaznivo dejanje nedolžen, dokler njegova krivda ni dokazana.⁵⁴

81. Kar zadeva vprašanje splošnega interesa, obstoj pravnomočne sodbe predpostavlja (morda dolgotrajen) proces, ki zajema (najprej) celoten kazenski postopek pred sodiščem, nato pa (morebiti) še celo vrsto pravnih sredstev. Tako lahko preteče zelo veliko časa, preden obsodilna sodba postane pravnomočna. Z vidika splošnega interesa je čakanje na trenutek, ko je eno samo koncesijo za prirejanje nacionalne loterije mogoče odvzeti, nedvomno izjemno neugodno. Upravljanje dragocene in občutljive storitve je medtem še vedno v rokah koncesionarja. To zagotovo ne predstavlja zelenega

52 Sodba z dne 16. februarja 2012, Costa in Cifone (C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80, točka 81). Načelo pravnomočnosti se v tem primeru nanaša na sodno odločbo, ki je postala dokončna po tem, ko so bila izčrpana vsa razpoložljiva pravna sredstva, ali po tem, ko so se iztekli roki zanje, in ki je ni več mogoče izpodbijati: glej sodbo z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 58).

53 Na to razliko je na obravnavi opozorila Komisija. Sodba z dne 16. februarja 2012, Costa in Cifone (C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80, točki 68 in 81).

54 Ta domneva med drugim izhaja iz člena 48 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (UL 2010, C 83, str. 391) in presega kazenskopravne postopke, saj se uporablja tudi v postopkih s področja konkurenčnega prava, ki jih vodi Komisija (glej sodbo z dne 8. julija 1999, Hüls proti Komisiji, C-199/92, EU:C:1999:358, točka 150 in navedena sodna praksa), in za nalaganje kazni s strani organov Unije, kot je zamrznitev premoženja zaradi dejavnosti, domnevno povezanih s terorizmom (glej sodbo z dne 7. decembra 2010, Fahas proti Svetu, T-49/07, EU:T:2010:499, točki 63 in 64). Generalni pravobranilec M. Campos Sánchez-Bordona meni, da se domneva nedolžnosti lahko uporablja tudi v postopkih javnega naročanja, kot je ta v obravnavani zadevi: glej točko 38 in opombo 8 njegovih sklepnih predlogov v zadevi Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506).

rezultata, če se na koncu izkaže, da so koncesionar, njegovi uslužbenci ali pooblaščenci dejansko obsojeni za kaznivo dejanje, za katero (če navedemo člen 30(2)(h) vzorčne pogodbe) „[naročnik] na podlagi njegove vrste, teže, načina izvršitve in povezanosti s predmetom podeljene koncesijske dejavnosti presodi, da zanesljivost, strokovnost in moralna ustreznost koncesionarja niso več podane“.

82. Če pa bi bilo po drugi strani dovoljeno, da se določba o odvzemu koncesije uveljavi v trenutku, ko (dejansko) obstaja zgolj sum, da je bilo storjeno hudo kaznivo dejanje (čeprav bi šlo za sum, ki bi ga potrdil tretji javni organ, kot je državno tožilstvo), bi se tehtnica preveč prevesila v korist splošnega interesa, kar bi škodovalo zasebnemu interesu. Na podlagi obstoja *fumus boni juris*, ki pa še *ni bil* predmet presoje v okviru kazenskega postopka, v katerem veljajo običajna pravna jamstva, obstaja namreč tveganje, da bosta ogroženi tako pravica gospodarskega subjekta do opravljanja poslovne dejavnosti kot tudi njegova pravica, da velja za nedolžnega, dokler njegova krivda ni dokazana.

83. V zvezi s tem ugotavljam, da pravni red Unije v drugih postopkih javnega naročanja predvideva možnost izključitve iz javnih razpisov ne le zaradi storitve hudih kaznivih dejanj, ampak tudi zaradi primerov, v katerih je gospodarski subjekt „zagrešil“ hujšo kršitev poklicnih pravil, s čimer je omajana njegova integriteta“ (moj poudarek).⁵⁵ Tako je Sodišče pri razlagi enakovredne določbe o izključitvi v skladu z Direktivo 2004/18,⁵⁶ na primer, že razsodilo, da „lahko sodna odločba, tudi če še ni pravnomočna, glede na predmet te odločbe naročniku da ustrezno sredstvo za utemeljitev obstoja hude poklicne napake, pri čemer je njegova odločitev vsekakor lahko predmet sodnega nadzora“.⁵⁷

84. Zato predlagam, da je primerna točka za določitev ravnovesja med javnim in zasebnim interesom trenutek, ko je že izdana „sodna odločba“, s katero je utemeljen sum storitve kaznivega dejanja ali hude poklicne napake. Tako bi bila v obravnavani zadevi, na primer, dovoljena izključitev, ko bi ustrezno prvostopenjsko sodišče izdalo obsodilno sodbo za kaznivo dejanje, zaradi katerega je agencija ADM podvomila, ali subjekt še vedno izpolnjuje zahteve glede „zanesljivosti, strokovnosti in moralne ustreznosti“, ki so pomembne za izvajanje koncesijske pogodbe za storitve igre loto. Prav tako bi bilo treba izključenemu koncesionarju zagotoviti potrebna pravna sredstva, s katerimi bi lahko (i) zahteval zadržanje izvajanja odločbe agencije ADM o odvzemu koncesije do zaključka pritožbenega postopka zoper zadevno sodno odločbo in (ii) od naročnika zahteval odškodnino, če bi bila navedena sodna odločba po pritožbi razveljavljena.⁵⁸ Za obe vrsti pravnih sredstev bi bilo treba potrebne mehanizme vzpostaviti v pravnem okviru, ne pa v okviru posameznega naročila.⁵⁹

85. Kar zadeva obravnavani postopek, sta vprašanji, ali sta izpodbijani določbi o odvzemu koncesije družbi Stanley odvrnili od sodelovanja v razpisnem postopku ter kakšna pravna sredstva in jamstva so izključenemu koncesionarju na voljo v nacionalnem pravu, v bistvu vprašanji, ki ju bo moralo preučiti nacionalno sodišče in ju na tem mestu ne bom dalje obravnavala.

⁵⁵ Glej med drugim člen 38(7)(c) Direktive 2014/23.

⁵⁶ Člen 45(2)(d) Direktive 2004/18 določa, da je „[v]sak gospodarski subjekt [...] lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če [...] je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bilo dokazano s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo“.

⁵⁷ Sodba z dne 20. decembra 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani in Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, točka 47). Pri tem je treba vedeti, da je Sodišče presojalo o zadevi, v kateri je bila obsodilna sodba že izdana, vendar še ni postala pravnomočna.

⁵⁸ Tako bi bilo treba v nacionalnem pravu zagotoviti, da naročnik *ne* more ovreči odškodninskega zahtevka zgolj s sklicevanjem na obstoj določbe, podobne tisti iz člena 30(2)(h) vzorčne pogodbe. Če bi se v postopku izkazalo, da obtožnica, ki je bila podlaga za uveljavitev takšne določbe, ni dosegla svojega namena, bi morali v nacionalnem pravu zagotoviti, da bi se uveljavitev te določbe štela za neupravičeno, tako da bi odškodninski zahtevek obveljal (če bi bili ustrezno dokazani drugi elementi odškodninskega zahtevka, kot sta vzročna zveza in višina odškodnine). Če pa bi bila prvotna sodna odločba razveljavljena zaradi postopkovnih, in ne zaradi vsebinskih razlogov, izključen subjekt verjetno ne bi smel biti vedno samodejno upravičen do povračila škode, ampak bi moral (glede na okoliščine) dodatno izpodbijati vsebino te odločbe.

⁵⁹ Te zahteve so v skladu z ugotovitvami Sodišča v točki 81 sodbe *Costa in Cifone* (sodba z dne 16. februarja 2012, C-72/10 in C-77/10, EU:C:2012:80), da bi se lahko „[u]reditve, ki določa, čeprav zgolj začasno, izključitev gospodarskih subjektov s trga, [...] štela za sorazmerno, samo če bi določala učinkovito pravno sredstvo in povrnitev nastale škode, kadar bi se ta izključitev pozneje izkazala za neupravičeno“.

86. Zato predlagam naslednji odgovor na tretje vprašanje za predhodno odločanje: člena 49 in 56 PDEU ter načela prepovedi diskriminacije, sorazmernosti in preglednosti ne nasprotujejo temu, da se v vzorčno pogodbo za podelitev ekskluzivne koncesije za upravljanje nacionalne loterije vključijo določbe, s katerimi je predviden odvzem koncesije, če (a) so koncesionar, njegovi uslužbenci ali pooblaščenca obdolženi določenega kaznivega dejanja ali če (b) koncesionar krši predpise o preprečevanju nepravilnih, protipravnih in nezakonitih iger na srečo, pri čemer je na podlagi teh določb morebitni ponudnik izključen, pod pogojem, da:

- so zadevne določbe dovolj natančne, predvidljive in jasne, da lahko razumno obveščen in običajno skrben ponudnik razume njihov obseg in uporabo;
- so bila zadevna kazniva dejanja ali prekrški s področja kazenskega ali upravnega prava, navedena v teh določbah, potrjena s sodno odločbo, in
- ima zadevni gospodarski subjekt zakonsko pravico do pravnega sredstva zoper takšno sodno odločbo (vključno s pravico zahtevati izdajo začasne odredbe) in zakonsko pravico do odškodnine, če bi bila navedena sodna odločba po pritožbi razveljavljena.

Predlog

87. V teh okoliščinah Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je zastavil Consiglio di Stato (državni svet, Italija), odgovori:

- (1) Odločitev zadevnih nacionalnih organov za uporabo koncesijskega modela za upravljanje dejavnosti iger na srečo, kot je igra loto, pomeni omejevanje svoboščin, ki so zagotovljene s členoma 49 in 56 PDEU. Predložitveno sodišče mora ugotoviti obseg vseh tovrstnih omejitev, pri tem pa upoštevati objektivne značilnosti razpisanega modela ekskluzivnega koncesionarja. Nacionalni organi morajo nato predložiti zadostne dokaze v zvezi z (i) nujnim ciljem v splošnem interesu, ki ga nameravajo doseči z izbiro konkretnega modela, in v zvezi s (ii) sorazmernostjo izbranega modela s tem ciljem.
- (2) Pravo Unije ne nasprotuje vključitvi visoke vrednosti naročila v razpis za oddajo javnega naročila, če je objektivnost te vrednosti mogoče dokazati tako samostojno kot tudi v primerjavi z drugimi pravicami in obveznostmi, določenimi v razpisu. Nacionalno sodišče mora preveriti, ali je v obravnavanem primeru tako.
- (3) Člena 49 in 56 PDEU ter načela prepovedi diskriminacije, sorazmernosti in preglednosti ne nasprotujejo temu, da se v vzorčno pogodbo za podelitev ekskluzivne koncesije za upravljanje nacionalne loterije vključijo določbe, s katerimi je predviden odvzem koncesije, če (a) so koncesionar, njegovi uslužbenci ali pooblaščenca obdolženi določenega kaznivega dejanja ali če (b) koncesionar krši predpise o preprečevanju nepravilnih, protipravnih in nezakonitih iger na srečo, pri čemer te določbe povzročijo izključitev morebitnega ponudnika, pod pogojem, da:
 - so zadevne določbe dovolj natančne, predvidljive in jasne, da lahko razumno obveščen in običajno skrben ponudnik razume njihov obseg in uporabo;
 - so bila zadevna kazniva dejanja ali prekrški s področja kazenskega ali upravnega prava, navedena v teh določbah, potrjena s sodno odločbo, in
 - ima zadevni gospodarski subjekt zakonsko pravico do pravnega sredstva zoper takšno sodno odločbo (vključno s pravico zahtevati izdajo začasne odredbe) in zakonsko pravico do odškodnine, če bi bila navedena sodna odločba po pritožbi razveljavljena.