

Věc C-721/19

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

23. září 2019

Předkládající soud:

Consiglio di Stato (Itálie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

20. června 2019

Navrhovatelka:

Sisal SpA

Odpůrci:

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Předmět původního řízení

Prodloužení koncese týkající se provozování národních loterií stíracích losů - její domnělá neslučitelnost s unijním právem

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Svoboda usazování a volný pohyb služeb, jakož i unijní zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti, nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti – Články 49 a násl., články 56 a násl. a článek 267 SFEU – Články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU

Předběžné otázky

„1) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (články 49 a násl. a články 56 a násl. SFEU), jakož i unijní zásady právní jistoty,

zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i - jsou-li použitelné - články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takové právní úpravě, jako je právní úprava obsažená v čl. 20 odst. 1 nařízení vlády s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017, a v následných prováděcích aktech, která stanoví, že „1. Podle čl. 21 odst. 3 a 4 nařízení vlády s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009, Správa cel a monopolů povolí pokračování stávajícího koncesního vztahu týkajícího se přijímání, i na dálku, národních loterií stíracích losů, a to až do konce lhůty stanovené v čl. 4 odst. 1 koncesního aktu, aby byly zajištěny nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018“, a to v situaci, kdy:

- článek 21 odst. 1 nařízení vlády s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. července 2009, stanovil udělení předmětných koncesí obvykle několika subjektům vybraným prostřednictvím otevřených, konkurenčních a nediskriminačních řízení;

- článek 21 odst. 4 výše uvedeného nařízení vlády s mocí zákona stanovil, že koncese uvedené v odstavci 1 mohou být obnoveny nejvýše jednou;

- zadávacího řízení vyhlášeného v roce 2010 se společností-navrhovatelky nezúčastnily;

- stávající konkrétní vztah byl od začátku založen s jediným koncesionářem na základě otevřeného zadávacího řízení, v němž byla předložena jediná nabídka;

- pokračování stávajícího koncesního vztahu by - ve skutečnosti - znamenalo, že takový vztah by pokračoval pouze s tímto jediným koncesionářem spíše než obnovou s několika subjekty, a to bez dalšího zadávacího řízení?

2) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (články 49 a násl. a články 56 a násl. SFEU), jakož i unijní zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i - jsou-li použitelné - články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takové právní úpravě, jako je právní úprava obsažená v čl. 20 odst. 1 nařízení vlády s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017, která při uvedeném uplatnění čl. 21 odst. 3 a 4 nařízení vlády s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. srpna 2009, stanoví, že „Správa cel a monopolů povolí pokračování stávajícího koncesního vztahu týkajícího se přijímání, i na dálku, národních loterií stíracích losů, a to až do konce lhůty stanovené v čl. 4 odst. 1 koncesního aktu, aby byly zajištěny nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018“, přičemž tak stanoví:

- prostřednictvím pokračování jediného existujícího koncesního vztahu, namísto možného obnovení několika koncesí podle čl. 21 odst. 4 nařízení vlády s mocí

zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněného se změnami zákonem č. 102 ze dne 3. července 2009, a bez vyhlášení nového zadávacího řízení;

- před uplynutím platnosti koncese: nařízení vlády s mocí zákona č. 148 z roku 2017 vstoupilo v platnost dne 16. října 2017, tedy v den zveřejnění v italském Úředním věstníku, zatímco platnost koncese měla uplynout dne 30. září 2019;

- s cílem zajistit nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018, čímž došlo ke změně některých aspektů týkajících se způsobů a lhůt platby protiplnění za koncesi, jakož i případně celkové částky platby splatné z hlediska její úplatnosti, zejména prostřednictvím změny platebních lhůt, které byly zkráceny oproti tomu, co bylo stanoveno v původní koncesi, a to při zohlednění - podle tvrzení navrhovatelek - objektivní a známé skutečnosti časové hodnoty peněz?

3) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (články 49 a násl. a články 56 a násl. SFEU), jakož i unijní zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i - jsou-li použitelné - články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takové právní úpravě, jako je právní úprava obsažená v prováděcích aktech výše uvedeného nařízení, a zejména ve sdělení Správy cel a monopolů [protokol č.] 0133677 ze dne 1. prosince 2017, která při uvedeném uplatnění čl. 20 odst. 1 nařízení vlády s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017 a na základě čl. 4 prvního odstavce koncesní smlouvy na provozování loterií stíracích losů, který stanoví obnovení této koncese nejvýše jednou, opětovně určuje konec lhůty koncesního vztahu ke dni 30. září 2028; nijak se nedotýká dodržování článku 4 ohledně rozdělení doby trvání koncese na dvě období v délce 5 a 4 let (tudíž po uplynutí prvního období v délce pěti let od 1. října 2019 podléhá pokračování dalšího čtyřletého období až do 30. září 2028 pozitivnímu hodnocení ze strany Správy cel a monopolů ohledně průběhu provozování, které bude vyjádřeno do 30. března 2024); stanoví, že společnost zaplatí částku 50 milionů eur do 15. prosince 2017, částku 300 milionů eur do 30. dubna 2018 a částku 450 milionů eur do 31. října 2018, přičemž

- tak stanoví před uplynutím původní platnosti této koncese (sdělení Správy cel a monopolů [protokol č.] 0133677 bylo vydáno dne 1. prosince 2017, zatímco platnost koncesní smlouvy měla uplynout dne 30. září 2019);

- tím zajistila (...) platbu předem ve výši 800 milionů eur v dřívějších lhůtách (50 milionů eur do 15. prosince 2017; 300 milionů eur do 30. dubna 2018; 450 milionů eur do 31. října 2018) oproti této lhůtě (30. září 2019);

- tím stanovila (...) potenciální změnu celkové částky platby splatné z hlediska její úplatnosti, a to při zohlednění - podle tvrzení navrhovatelek - objektivní a známé skutečnosti časové hodnoty peněz?

4) Musí být unijní právo, a zejména svoboda usazování a volný pohyb služeb (články 49 a násl. a články 56 a násl. SFEU), jakož i unijní zásady právní jistoty, zákazu diskriminace, transparentnosti a nestrannosti, volné hospodářské soutěže, proporcionality, legitimního očekávání a soudržnosti, jakož i - jsou-li použitelné - články 3 a 43 směrnice 2014/23/EU, vykládáno v tom smyslu, že brání takovéto právní úpravě, a to i v případě, že se hospodářské subjekty působící v tomto odvětví, které v současné době mají zájem o vstup na trh (...), nezúčastnily zadávacího řízení, které bylo původně vyhlášeno za účelem udělení koncese, jejíž platnost měla uplynout a u které bylo pokračováno s končícím koncesionářem za popsaných nových smluvních podmínek, anebo (...) k případnému omezení přístupu na trh (...) dojde pouze za předpokladu jejich skutečné účasti v původním zadávacím řízení?“

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Články 49 a násl. a články 56 a násl. SFEU - Články 3 a 43 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí

Je odkazováno rovněž na rozsudek Soudního dvora ze dne 19. prosince 2018, C-375/17, Stanley International Betting a Stanleybet Malta

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Nařízení vlády s mocí zákona č. 78 ze dne 1. července 2009, přeměněné se změnami na zákon č. 102 ze dne 3. července 2009 (takzvané „protikrizové nařízení“), článek 21 nadepsaný „Udělování koncesí v oblasti her“:

„1. Za účelem zajištění ochrany významných veřejných zájmů v rámci činností spočívajících v přijímání herních sázek, jsou-li svěřeny subjektům mimo veřejnou správu, je provozování těchto činností vždy svěřeno na základě udělení koncese, v souladu s unijními a vnitrostátními zásadami a pravidly, obvykle několika subjektům vybraným prostřednictvím otevřených, konkurenčních a nediskriminačních řízení. V důsledku toho, za účelem zajištění větší konkurenceschopnosti, hospodárnosti a distribučního pokrytí přijímání národních loterií stíracích losů nebo slosování, v očekávání blížícího se ukončení platnosti současné koncese pro výkon této formy hazardních her, Ministero dell'economia e delle finanze-Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (ministerstvo hospodářství a financí - autonomní správa státních monopolů) zahájí do třiceti dnů ode dne vstupu tohoto nařízení v platnost řízení nezbytná pro dosažení včasného udělení koncese, která se týká také dálkového přijímání [sázek] výše uvedených loterií, vnitrostátním a unijním nejkvalifikovanějším provozovatelům her v počtu ne více než čtyř provozovatelů splňujících kritéria důvěryhodnosti požadovaná z hlediska morálky, technologie a hospodaření;

[...]

4. Koncese uvedené v odstavci 1, které mohou být obnoveny nejvýše jednou, mají maximální dobu trvání devět let a jsou rozděleny do dvou období v délce pěti a čtyř let. Pokračování koncese ve druhém období je podmíněno kladným hodnocením průběhu provozování ze strany orgánu, který koncesi poskytl, jež musí být vyjádřeno do první poloviny pátého roku koncese.“

Nařízení vlády s mocí zákona č. 148 ze dne 16. října 2017, „Naléhavá ustanovení ve finanční oblasti a pro neodkladné požadavky“, přeměněné na zákon č. 172 ze dne 4. prosince 2017 (tzv. „daňové nařízení“), článek 20 (nadepsaný „Finanční ustanovení“), odstavec 1: znění uvedeno v první předběžné otázce.

Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Na základě dohody podepsané dne 14. října 2003 s Autonomní správou státních monopolů, nyní Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Správa cel a monopolů)(dále jen „ADM“), byla koncese týkající se služby provozování národních loterií stíracích losů (takzvané „Gratta e Vinci“) udělena na šest let a s platností do 31. května 2010 dočasněmu sdružení podniků Lottomatica, nyní Consorzio Lotterie Nazionali.
- 2 Nařízením vlády s mocí zákona č. 78/2009, které organicky upravovalo toto odvětví, byla určena maximálně devítiletá doba trvání koncesí, případně obnovitelných nejvýše jednou, a to po kladném hodnocení průběhu provozování.
- 3 Na základě zadávacího řízení z roku 2010, kterého se společnost-navrhovatelka nezúčastnila, byla koncese udělena výhradně společnosti Lotterie Nazionali, a to na období od 1. října 2010 do 30. září 2019.
- 4 Následně bylo nařízením vlády s mocí zákona č. 148/2017 schváleno pokračování stávající koncese do 30. září 2028, aniž by bylo přistoupeno k novému zadávacímu řízení.
- 5 Navrhovatelka, stejně jako další společnosti působící v tomto odvětví (viz věc C-722/19), napadla u Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionální správní soud pro Lazio) (dále jen „TAR Lazio“) rozhodnutí veřejné správy-odpůrkyně, které stanovilo prodloužení koncese na základě uplatnění nových ustanovení. Navrhovatelka napadla skutečnost, že uvedené rozhodnutí představovalo obnovení smlouvy, odchýlně od postupů stanovených unijním právem, a zdůraznila, že napadené ustanovení umožňovalo, ve prospěch končícího koncesionáře, pokračování vztahu za odlišných podmínek, čímž vytvořilo podstatnou novou koncesi, která nebyla stanovena právní úpravou platnou v době předchozího zadávacího řízení, v rozporu s unijními ustanoveními a zásadami v oblasti koncesí, svobodou usazování a volným pohybem služeb, jakož i zásadami zákazu diskriminace, proporcionality, transparentnosti a nestrannosti jednání

veřejné správy. TAR Lazio žalobu zamítl rozsudkem ze dne 4. října 2018, který navrhovatelka napadla u předkládajícího soudu.

Základní argumenty účastníků původního řízení

- 6 Podle společnosti-navrhovatelky ani čl. 21 odst. 4 nařízení vlády s mocí zákona č. 78/2009, ani zadávací řízení z roku 2010, ani koncese podepsaná s úspěšným uchazečem nezakládaly automatické pokračování koncese na loterie stíracích losů ve prospěch úspěšného uchazeče, ale naopak se omezovaly na pouhé a možné obnovení samotné koncese, v závislosti na uplatnění správního uvážení orgánu, který koncesi poskytl. Nařízení vlády s mocí zákona č. 78/2009 svědčí o silné preferenci modelu *multi-providing* provozování loterií (tedy za účasti několika koncesionářů, nikoli pouze jednoho). Ustanovení z roku 2017 má inovativní působnost, která je v rozporu s unijním právem, neboť vedla k porušení svobody podnikání, omezení volného pohybu služeb a svobody usazování, porušení práva hospodářské soutěže a rovného zacházení s hospodářskými subjekty, a umožňuje pokračování monopolu na službu ve prospěch jediného poskytovatele (Lotterie Nazionali), čímž všem ostatním hospodářským subjektům zakazuje nabízet tuto službu na italském území.
- 7 Kromě toho neexistují naléhavé důvody obecného zájmu, které by odůvodňovaly zvláštní úpravu loterií stíracích losů, neboť za tyto důvody nemohou být považovány důvody výslovně uvedené v čl. 20 odst. 1 nařízení vlády s mocí zákona č. 148/2017, tedy „zajistit nové a vyšší příjmy do státního rozpočtu ve výši 50 milionů eur pro rok 2017 a 750 milionů eur pro rok 2018“. Samotné způsoby realizace těchto příjmů by navíc znamenaly změnu původních podmínek koncese, neboť stanovené splátky ve výši 50 a 750 milionů eur by neodpovídaly počátečním splátkám ve výši 500 a 300 milionů eur.
- 8 Navrhovatelka k předchozím důvodům opravného prostředku dodává, že napadené rozhodnutí nebylo řádně podloženo; obsahovalo neadekvátní odůvodnění, tedy rychlý výběr značných částek ve vztahu k lepšímu provozování předmětné služby (určitá výměna mezi obnovením koncese a částkou peněz stanovenou v článku 20); bezdůvodně zvýhodnilo hospodářský subjekt (končícího koncesionáře) ve srovnání s ostatními soutěžiteli na trhu; o dva roky předešlo původní ukončení platnosti koncese, přičemž se vyhnulo jakémukoli předběžnému průzkumu trhu, který by identifikoval dotčené hospodářské subjekty, nebo alternativním, ale stejným způsobem dodržujícím pravidla hospodářské soutěže, způsobům zadání; stanovilo částku jednorázové platby, která měla být uhrazena jako cena za obnovení ze strany veřejné správy, ve stejné částce (800 milionů eur), která již byla stanovena jako minimální nabídková cena v zadávacím řízení v roce 2009, navzdory vyjádřenému zájmu dalších hospodářských subjektů na přidělení zakázky.
- 9 Oproti tomu ADM a společnost Lotterie Nazionali uvádí, že čl. 21 odst. 4 nařízení vlády s mocí zákona č. 78/2009 stanovil obnovení koncese na loterie stíracích losů

nanejvýš jednou; dokumentace zadávacího řízení, která je zcela v souladu s uvedeným článkem 21, uznala výkon této pravomoci ze strany ADM, a to po dobu dalších devíti let; příslušné ujednání bylo vloženo do smluvního rámce; právo na obnovení nebylo nikdy zpochybněno žádným z dotčených hospodářských subjektů; v roce 2010 byla koncese udělena společnosti Lotterie Nazionali, jedinému hospodářskému subjektu, který v té době předložil nabídku a byl považován za vhodný; tohoto zadávacího řízení se společnost-navrhovatelka, stejně jako další společnosti, které napadly sporné rozhodnutí, neúčastnila; v červenci 2017 společnost Lotterie Nazionali předložila ADM žádost o obnovení koncese; dne 1. prosince 2017 ADM vyzvala společnost Lotterie Nazionali, aby pokračovala v provozování loterií stíracích losů, a to ve smyslu čl. 20 odst. 1 nařízení vlády s mocí zákona č. 148/2017; výzvě předcházelo ověření řádnosti jednání koncesionáře a vhodnosti pokračování vztahu prostřednictvím předběžného šetření, které se uskutečnilo jak na legislativní úrovni, tak ve správním řízení (zejména orgán, který koncesi udělil, ověřil pozitivní průběh provozování a dodržování uložených povinností, které se týkaly počítačového systému, výroby losů, sítě prodejních míst, výplaty výherních losů a výběru výnosů státní pokladny z prodaných losů); v prosinci 2017 společnost Lotterie Nazionali výzvu přijala a zaplatila do státní pokladny prvních 50 milionů eur a v roce 2018 dalších 750 milionů eur v souladu se lhůtami stanovenými orgánem, který koncesi udělil; existuje převažující obecný veřejný zájem na pokračování vztahu s končícím koncesionářem, při zohlednění dodržování uložených povinností, výše odhadovaných příjmů, komplexních vztahů s prodejními místy a velkého počtu uživatelů majících zájem o loterie stíracích losů; nedošlo k žádné nové obchodní vztahu, neboť titul a předmět zůstaly nezměněny; Soudní dvůr svým rozsudkem ve věci C-375/2017 stanovil, i když v jiném odvětví hazardních her, že články 49 a 56 SFEU musí být vykládány v tom smyslu, že tyto články nebrání modelu jediného koncesionáře.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 10 Předkládající soud nejprve připomíná, že nařízení vlády č. 78/2009 zavedlo organickou právní úpravu odvětví a že zadávacího řízení následně vyhlášeného v roce 2010 se společnost-navrhovatelka nezúčastnila. Navzdory této poslední okolnosti mohla mít tato společnost odůvodněné a legitimní očekávání ohledně zachování systému zavedeného výše uvedeným nařízením vlády s mocí zákona, přičemž se rozhodla nezúčastnit se tohoto zadávacího řízení, neboť počítala s pouhou možností obnovení koncese, které se zdálo záviset na výkonu správního uvážení, které je přiznáno příslušné veřejné správě. Podle navrhovatelky toto správní uvážení zaniklo s nařízením vlády s mocí zákona č. 148/2017, které vstoupilo v platnost dokonce dva roky před ukončením platnosti předchozí koncese.
- 11 Pokračování vztahu, které bylo stanoveno v souladu s novou právní úpravou, zachovalo stejný právní titul (*causa petendi*) a stejný obchodní předmět (*petitum*), ale vedlo, před původním uplynutím platnosti a s odchýlením se od pravidel

stanovených pro předchozí zadávací řízení, ke změně některých ekonomických platebních podmínek: tři splátky, tedy 50 milionů eur do 15. prosince 2017, 300 milionů eur do 30. dubna 2018 a 450 milionů eur do 31. října 2018, namísto dvou; platební lhůta (stanovená k datům před uplynutím platnosti koncese); a případně částka platby z hlediska její úplatnosti (platba ve stejné nominální hodnotě 800 milionů eur, ale v předstihu).

- 12 Opravný prostředek společnosti-navrhovatelky se netýká modelu zadání (ve prospěch jednoho koncesionáře nebo více koncesionářů) provozování loterií stíracích losů, ale okolnosti, že ve skutečnosti před původním uplynutím platnosti a s novými smluvními podmínkami, které jsou v podstatě podobné obnovení nebo prodloužení vztahu s novací, byl systém zadávání zamýšlený zákonodárcem v roce 2009, který spočíval na zásadě zadávacího řízení a pouhé možnosti obnovení udělené koncese, zákonodárcem v roce 2017 překonán ustanoveními, která mohou vyvolat pochybnosti ohledně zavedení omezení přístupu na trh v případě jiných hospodářských subjektů, které jsou vůči končícímu koncesionáři konkurenty, neboť pokračování vztahu je předmětem přesné a bezpodmínečné zákonné povinnosti, která byla poprvé zavedena v roce 2017. Důvod neslučitelnosti s unijní právem tudíž spočívá ve skutečnosti, že zákonodárce v roce 2017 prostřednictvím normativního aktu, inovativního ve vztahu k právní úpravě z roku 2009, podle navrhovatelky odstranil jakékoli správní uvážení ohledně toho, zda pokračovat v koncesním vztahu nebo zda vyhlásit nové zadávací řízení, čímž veřejnému subjektu, který uděluje koncesi, uložil povinnost, před původním uplynutím platnosti koncese a s odlišnými ekonomickými podmínkami, které nebyly původně stanoveny, nabídnout končícímu koncesionáři pokračování vztahu pouze pro potřeby veřejných financí; a to také bez ohledu na skutečnou účast současné navrhovatelky-hospodářského subjektu v zadávacím řízení v roce 2010, protože tento hospodářský subjekt by se nemohl domáhat oprávněného zájmu na obnovení zadávacího řízení, ale naopak oprávněného zájmu na výkonu správního uvážení ze strany orgánu, který uděluje koncesi. Z těchto důvodů se navrhovatelka dovolává ochrany subjektivního postavení uznaného unijním právem a namítla porušení unijních zásad a práv, zejména článků 49 a násl. článků 56 a násl. SFEU, zásad zákazu diskriminace, transparentnosti, proporcionality a volné hospodářské soutěže a článků 3 a 43 směrnice 2014/23/EU.
- 13 Konečně, Consiglio di Stato (Státní rada) upřesňuje, že její rozhodnutí podat žádost o rozhodnutí o předběžné otázce k Soudnímu dvoru závisí na skutečnosti, že důvody případného rozporu s unijním právem nejsou bezprostřední, ani dostatečně jasné, přesné a nepodmíněné.