



Datum van inontvangstneming : 27/07/2017

Zaak C-375/17

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

21 juni 2017

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

11 mei 2017

Appellantes:

Stanley International Betting Ltd

Stanleybet Malta Ltd

Geïntimeerden:

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli

In tegenwoordigheid van:

Lottomatica Spa

Lottoitalia Srl

Voorwerp van het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld door Stanley International Betting Limited en Stanley Malta Limited tegen vonnis nr. 04651/2016 van de Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio) betreffende de „open selectieprocedure tot toewijzing van een concessie voor de exploitatie van het geautomatiseerde lottospel en van andere cijferspelen tegen vaste notering”. In geding is in het bijzonder de keuze om die aanbesteding uit te schrijven volgens

het zogeheten „modello monoprovinding esclusivo” [, zodat er de facto slechts één enkele onderneming aan kan deelnemen; hierna: „monoprovindingmodel”].

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van de Unierechtelijke bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging, het vrij verrichten van diensten, de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrije mededinging, evenredigheid en coherentie, alsook van richtlijn 2014/23/EU. De verwijzende rechter wenst in het bijzonder te vernemen of de bedoelde bepalingen in de weg staan aan een nationale regeling die voorziet in een monoprovindingmodel.

Prejudiciële vragen

- 1) Moet het Unierecht – in het bijzonder de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting alsook de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrije mededinging, evenredigheid en coherentie – aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling als die van artikel 1, lid 653, van de stabiliteitswet 2015 en de uitvoeringsbesluiten daarvan, die voorziet in een monoprovindingmodel voor de concessie van de exploitatie van het lottospel, anders dan voor andere kansspelen en weddenschappen?
- 2) Moet het Unierecht – in het bijzonder de vrijheid van vestiging en van vrije dienstverrichting, richtlijn 2014/23/EU en de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrije mededinging, evenredigheid en coherentie – aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een aankondiging van een concessie die voorziet in een basisaanbestedingswaarde die veel te hoog is en ongerechtvaardigd gelet op de vereisten inzake economisch-financiële draagkracht en technisch-organisatorische bekwaamheid, zoals die welke zijn opgenomen in de punten 5.3, 5.4, 11, 12.4 en 15.3 van het bestek van de aanbesteding van de concessie van het lottospel?
- 3) Moet het Unierecht – in het bijzonder de vrijheid van vestiging en van vrije dienstverrichting, richtlijn 2014/23/EU en de beginselen van non-discriminatie, transparantie, vrije mededinging, evenredigheid en coherentie – aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een regeling die een de facto keuze opdringt tussen het binnenhalen van een nieuwe concessie enerzijds en het vrij blijven verrichten van diverse, grensoverschrijdende weddenschapdiensten anderzijds – een keuze als die welke resulteert uit artikel 30 van de modelovereenkomst –, zodat het besluit om in te schrijven op de aanbesteding van de nieuwe concessie voor de succesvolle inschrijver meebrengt dat hij moet afzien van zijn grensoverschrijdende activiteiten, hoewel het Hof van Justitie meermaals heeft geoordeeld dat die activiteiten rechtmatig zijn?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht]

Artikelen 49 e.v. en 56 e.v. VWEU, waarin de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverrichting worden erkend en gewaarborgd.

Richtlijn 2014/23/EU, met name de overwegingen 63 en 67 daarvan.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 1, lid 653, van wet nr. 190 van 2014 (stabiliteitswet 2015), waarbij de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agentschap douane en monopolies) ermee is belast een aanbesteding uit te schrijven voor de gunning van een concessie voor de exploitatie van het geautomatiseerde lottospel en van andere cijferspelen tegen vaste notering.

De Italiaanse grondwet, in het bijzonder artikel 3, dat de gelijkheid van behandeling waarborgt; artikel 41, dat de vrijheid van economisch initiatief beschermt, en artikel 117, lid 2, onder e), dat de vrije mededinging garandeert.

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure in het hoofdgeding

- 1 Voor de exploitatie van het lottospel zijn er twee soorten concessies: die voor de verkoop ervan, die is voorbehouden aan kleinhandelaren in monopolieproducten, en die voor trekkings-, combinatie- en automatiseringsdiensten, die tot nog toe is toegewezen aan de onderneming Lottomatica Spa. Aangezien deze laatste concessie op het punt stond af te lopen, heeft de wetgever de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli er overeenkomstig artikel 1, lid 653, van wet nr. 190 van 2014 mee belast een aanbesteding uit te schrijven voor de gunning van een nieuwe concessie.
- 2 De aankondiging van de nieuwe concessie, die is bekendgemaakt in GURI nr. 150 van 21 december 2015, bijzondere reeks, vermeldt een aantal essentiële voorwaarden, waaronder:
 - a) de concessie wordt verleend voor negen jaar en is niet verlengbaar;
 - b) de concessiehouder wordt gekozen op basis van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving, met een basisaanbestedingswaarde van 700 miljoen EUR;
 - c) de in de offerte van de succesvolle inschrijver opgegeven prijs wordt betaald in tranches: een eerste van 350 miljoen EUR bij gunning van de concessie in 2015, een tweede van 250 miljoen EUR in 2016, wanneer de gekozen inschrijver met de exploitatie begint, en een derde en laatste in 2017, vóór 30 april;
 - d) de winnende inschrijver kan gebruikmaken van het telecommunicatienetwerk voor het rechtstreeks of indirect verrichten van andere diensten dan de verkoop

van lotto en andere cijferspelen tegen vaste notering voor zover die diensten zich volgens de Agenzia delle dogane e dei monopoli met die verkoop verdragen;

e) de concessiehouder ontvangt een bonus van 6 % op de verkoop.

Voorts vermeldt de aankondiging van de concessie dat eenieder die op de aanbesteding wil inschrijven, in een van de staten van de Europese Economische Ruimte reeds ervaring moet hebben opgedaan op het gebied van de exploitatie of de verkoop van kansspelen, op basis van een geldige en werkende vergunning.

Wat de economische en financiële draagkracht betreft, verlangt punt 5.3 van het bestek dat in de driejarige periode 2012-2014 of in de driejarige periode 2013-2015 een totale omzet van minstens 100 000 000,00 EUR werd behaald uit de exploitatie of de verkoop van kansspelen. Aangaande de technische bekwaamheid schrijft punt 5.4 daarvan het volgende voor:

a) inschrijvers hebben in elk van de laatste drie afgesloten boekjaren van de periode 2012/2014 of van de periode 2013/2015 voor in totaal ten minste 350 miljoen EUR aan weddenschappen ingezameld via spelen op een speelterminal. Ingeval de inschrijver sinds minder dan drie jaar maar in elk geval sinds ten minste 18 maanden in de sector actief is, wordt het vereiste bedrag aan ingezamelde weddenschappen naar evenredigheid berekend over de periode waarin hij dergelijke spelen heeft verkocht;

b) inschrijvers zijn voor de door hen verrichte activiteiten op het gebied van de exploitatie of verkoop van kansspelen in het bezit van het kwaliteitscertificaat UNI EN ISO 9001:2008 voor bedrijfsbeheerssystemen;

c) inschrijvers zijn in het bezit van het certificaat ISO/IEC 27001 voor beheerssystemen voor informatiebeveiliging.

De prijsinschrijving is een offerte boven de basisaanbestedingswaarde van 700 miljoen EUR; dergelijke hogere offertes moeten worden uitgebracht met een minimum van 3 000 000,00 EUR (3 miljoen/00 EUR).

Voorts bepaalt artikel 22.1 van de modelovereenkomst dat „de concessiehouder bij afloop van de concessie alle materiële en immateriële goederen die het netwerk van fysieke verkooppunten vormen alsook de eigendom van het volledige geautomatiseerde systeem vrij van lasten en op verzoek van de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli aan deze laatste overdraagt en de ruimten en de apparatuur, waaronder de terminals in alle verkooppunten, beschikbaar stelt”. Ten slotte noemt artikel 30 van de modelovereenkomst als gronden voor verval van de concessie „strafbare feiten waarvoor verwijzing van de betrokkene naar de rechtbank is gelast en waarvan de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli meent dat zij de betrouwbaarheid, beroepsbekwaamheid en zedelijke geschiktheid van de concessiehouder uitsluiten wegens de aard en de ernst ervan, de wijze waarop zij zijn gepleegd en het verband ervan met het voorwerp van de in concessie gegeven activiteit”, alsook gevallen waarin „de concessiehouder de voorschriften voor het

tegaan van onregelmatige, illegale en clandestiene kansspelen schendt en, in het bijzonder, waarin hij zelf dan wel via ondernemingen waarover hij zeggenschap uitoefent of via verbonden ondernemingen, ongeacht waar die zijn gevestigd, op het Italiaanse grondgebied andere kansspelen in de handel brengt die vergelijkbaar zijn met het geautomatiseerde lottospel en de andere cijferspelen tegen vaste notering, zonder in het bezit te zijn van de vereiste vergunning, of vergelijkbaar zijn met andere, door het Italiaanse recht verboden spelen”.

- 3 Appellantes hebben zich tot de TAR Lazio gewend met het verzoek de voornoemde aankondiging van een concessie en de desbetreffende besluiten van de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli nietig te verklaren op grond dat het daarbij gaat om discriminerende en mededingingsversturende handelingen. Bij vonnis nr. 4651 van 21 april 2016 heeft de TAR Lazio hun beroep verworpen.
- 4 Appellantes hebben tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter), op grond dat de TAR blijkt had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 5 Met de grieven die zij in eerste aanleg hebben aangevoerd - en in hoger beroep in wezen hebben overgenomen - betwisten appellantes de keuze om de betrokken aanbesteding uit te schrijven volgens het zogeheten monoprovindingmodel, aangezien dat impliceert dat appellantes en vele andere in de sector actieve ondernemingen de facto van deelname aan de selectieprocedure zijn uitgesloten, en dat deelname daaraan is voorbehouden aan de onderneming Lottomatica, de vertrekkende concessiehouder, dan wel aan hoogstens een zeer gering aantal bijzonder grote ondernemingen die nadrukkelijk op het grondgebied aanwezig zijn. Appellantes zijn dan ook niet van plan aan de aanbesteding deel te nemen. Volgens hen is de bijzondere aanbestedingswet gemaakt op maat van Lottomatica, waaraan de concessie al bijna 20 jaar rechtstreeks is gegund, zonder selectieprocedure, en ten gunste waarvan die concessie ook stilzwijgend werd verlengd.

Meer in het bijzonder stellen appellantes ten eerste dat het voornoemde artikel 1, lid 653, van wet nr. 190 van 2014 en de bestreden aanbestedingshandelingen onverenigbaar zijn met de artikelen 49 e.v. VWEU en 56 e.v. VWEU. Anders dan het geval is voor andere kansspelen, videoloterijen en weddenschappen, voorziet dat artikel 1, lid 653, namelijk in een monoprovindingmodel in plaats van een multiprovindingmodel, en belet die bepaling nieuwe ondernemingen zo de markt te betreden. Volgens appellantes is een dergelijk verschil in regeling ongerechtvaardigd omdat het lottospel in werkelijkheid bijna hetzelfde is als een gewone weddenschap tegen vaste notering, en wordt dat verschil ook niet gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang, waartoe volgens het Hof de vermindering van de gelegenheden tot spelen en de beperking van de activiteiten op dit gebied behoren (zie arrest in de gevoegde zaken C-186/11 en C-209/11).

Voorts is het omstreden „monopolie” ten gunste van één enkele onderneming des te minder gerechtvaardigd daar het niet enkel geldt voor het lottospel, maar ook voor andere cijferspellen tegen vaste notering die de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli op een bepaald ogenblik in de handel wil brengen (zie artikel 2.1 van het bestek), en zouden het multiprovidingmodel en de uitbreiding van het verkoopnet tot andere personen dan detailhandelaren in monopolieproducten meer inkomsten opleveren voor de Staat.

Ten tweede betogen appellantes dat inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 3, 41 en 117, lid 2, onder e), van de Italiaanse grondwet, die respectievelijk het beginsel van gelijke behandeling, de vrijheid van economisch initiatief en de vrije mededinging waarborgen.

Ten derde stellen appellantes dat de regeling waarin de bijzondere aanbestedingswet voorziet, in strijd is met de artikelen 49 e.v. VWEU en 56 e.v. VWEU alsook met richtlijn 2014/23/EU, aangezien de door de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli gehanteerde selectiecriteria niet in overeenstemming zijn met de overwegingen 63 en 67 van die richtlijn. Daarnaast zijn volgens hen de beginselen van coherentie, non-discriminatie en evenredigheid, transparantie en onpartijdigheid van de overheid geschonden. De aanbestedende dienst heeft zijn bevoegdheid overschreden wegens kennelijke incoherentie en gebrek aan motivering, en misbruik gemaakt van die bevoegdheid, daar de bijzondere aanbestedingswet voorziet in een basisaanbestedingswaarde van 700 miljoen EUR, wat onredelijk en onevenredig is in termen van vereisten inzake economisch-financiële draagkracht en technisch-organisatorische bekwaamheid, zodat de facto slechts een beperkt aantal ondernemingen kan deelnemen aan de aanbesteding, en het voor een onderneming als Stanley, die een omzet van 500 miljoen EUR draait, niet mogelijk is om voldoende risicokapitaal bijeen te brengen. Het ministerie van Economische Zaken en Financiën en de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli hebben daarop gerepliceerd dat de keuze van een hoge basisaanbestedingswaarde tot de uitsluitende bevoegdheid van de wetgever behoort en wel degelijk aan de voorwaarden van redelijkheid en evenredigheid voldoet.

Ten vierde klagen appellantes dat artikel 30 van de modelovereenkomst een bijzonder ruime discretionaire bevoegdheid verleent aan de Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, wat een onderneming als Stanley van deelname aan de aanbesteding doet afzien. Aangezien er tussen Stanley en de Agenzia een aantal gedingen hangende zijn – volgens deze laatste is het namelijk niet aanvaardbaar dat Stanley in Italië bedrijvig is via datatransmissiecentra (DTC's) –, kan Stanley op de betrokken aanbesteding slechts inschrijven als zij eerst de uitoefening van haar grensoverschrijdende activiteiten door middel van DTC's stopzet.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 6 Volgens de Consiglio di Stato kunnen de prejudiciële vragen, die goed zijn onderbouwd door appellantes, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden voorgelegd met het oog op een prejudiciële beslissing aangezien zij duidelijk relevant zijn voor de beslechting van het hoofdgeding en de leer van de acte clair er niet op van toepassing is.

Behalve de reeds weergegeven grieven van appellantes neemt de Consiglio di Stato hierna dan ook gewoon de overwegingen over die de TAR in het bestreden vonnis heeft gemaakt.

Om te beginnen oordeelde de TAR dat het verschil in regeling ten volle gerechtvaardigd is omdat het lottospel in die zin van andere spelen verschilt dat, ten eerste, de Staat het economisch risico draagt en, ten tweede, bij dat spel twee fases zijn te onderscheiden, namelijk die van de verkoop, die is toevertrouwd aan talrijke kantoren, en die van de „exploitatie van het geautomatiseerde lottospel”, waarmee één enkele concessiehouder is belast. De TAR overwoog vervolgens dat de keuze voor het multiprovidingmodel hoe dan ook zou betekenen dat een „masterconcessiehouder” wordt aangewezen, die de werkzaamheden van de verschillende concessiehouders van het lottospel coördineert en die de aansprakelijkheid draagt wanneer deze laatsten hun verplichtingen verzaken, zodat die niet bij de overheid komt te liggen, wat tot extra lasten voor de Schatkist zou leiden. Daarnaast oordeelde de TAR dat er geen bezwaar is tegen de keuze om de basisaanbestedingswaarde vast te stellen op 700 miljoen EUR en om de financiële lasten gedurende het eerste jaar op de concessiehouder te laten drukken aangezien reeds vooraf vaststond dat ten minste 15 ondernemingen in de sector voldeden aan de bijzondere vereisten van de aankondiging, en deze vereisten passend en evenredig zijn gelet op de aard en het voorwerp van de dienst waarop de aankondiging betrekking heeft. Voorts toont het feit dat de onderneming Lottomatica op de aanbesteding heeft ingeschreven als lasthebber van een consortium volgens de rechter in eerste aanleg aan dat de bijzondere aanbestedingswet niet speciaal voor die onderneming is gemaakt. Ten slotte kan Stanley zich volgens de TAR niet beroepen op het reeds aangehaalde arrest van het Hof in zaak C-375/14, aangezien dat een andere situatie betreft.