

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 92 del 2019, proposto dalla s.p.a. Sisal, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Medugno, Fabio Cintioli, Saverio Sticchi Damiani e Annalisa Lauteri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Medugno, in Roma, via Panama, n. 58.

contro

L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, in persona del Direttore *pro tempore*, e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12.

nei confronti

La s.r.l. Lotterie Nazionali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Fortunato e Roberto Baratta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, Sezione Seconda, n. 9730/2018, resa tra le parti, concernente l'impugnazione del provvedimento con il quale è stata disposta la prosecuzione, fino al 30.9.2028, della gestione della concessione relativa alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, iniziata nel 2010, e la cui scadenza era prevista per il 30.9.2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e della s.r.l. Lotterie Nazionali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il consigliere Daniela Di Carlo e uditi per le parti gli avvocati Annalisa Lauteri, Luigi Medugno, Fabio Cintioli, Vincenzo Fortunato, Roberto Baratta e l'avvocato dello Stato Pio Giovanni Marrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giunge alla decisione definitiva l'appello n. 92/2019, con cui la S.p.a. Sisal ha impugnato, chiedendone la riforma, la sentenza del Tar per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda, n. 9730/2018, che ha respinto il suo ricorso volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale è stata disposta la prosecuzione in favore della S.r.l. controinteressata Lotterie Nazionali, fino al 30.9.2028, della gestione della concessione relativa alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, iniziata nel 2010, e la cui scadenza era inizialmente prevista per il 30.9.2019.

2. Per meglio comprendere la vicenda, è opportuno riepilogare i fatti principali che hanno preceduto l'emanazione del provvedimento impugnato ed i pronunciamenti finora emanati dalla Sezione (si tratta, in particolare, della sentenza parziale e non definitiva n. 6080/2019 e dell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia n. 6101/2019).

3. Più nel dettaglio, con il ricorso n. 256 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dinanzi al Tar del Lazio, la S.p.a. Sisal ha chiesto l'annullamento del provvedimento con il quale l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ha invitato la società Lotterie Nazionali, ai sensi dell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, ad accettare la prosecuzione, fino al 30 settembre 2028, della gestione della concessione, alla stessa già affidata, relativa alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, iniziata nel 2010, e la cui scadenza è prevista per il 30 settembre 2019, nonché di tutti gli atti a questo connessi.

3.1. Previa, ove occorrente:

a) la diretta disapplicazione dell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, per contrasto con il diritto dell'Unione rilevante in tema di concessioni, diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità;

b) in difetto di diretta disapplicazione, la rimessione della questione pregiudiziale, previa sospensione del giudizio, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267, comma 2, TFUE, per conoscere se i provvedimenti impugnati e le norme interne presupposte siano compatibili con l'interpretazione del diritto dell'Unione rilevante in tema di concessioni, diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità;

c) la sollevazione della questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale, relativamente al contrasto del comma 1, dell'art. 20 del Decreto Legge n. 148/2017, con gli artt. 3 (principio di uguaglianza e parità di trattamento), 24 (tutela delle situazioni giuridiche soggettive e ragionevolezza), 41 (libertà dell'iniziativa economica d'impresa), 117, secondo comma, lett. e (libertà di concorrenza) della Costituzione.

3.2. A sostegno delle proprie pretese, la società ricorrente ha rappresentato, in punto di fatto, che:

3.2.1. in forza della convenzione stipulata il 14.10.2003 con l'allora denominata Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, di cui l'odierna appellata Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (di seguito, ADM) è il successore *ex lege*, la concessione relativa al servizio di gestione delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea ("Gratta e Vinci") è stata affidata, per la durata di sei anni e con scadenza al 31.5.2010, al RTI Lottomatica, oggi Consorzio Lotterie Nazionali.

3.2.2. Con il Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 3 luglio 2009, n. 102 (cd. Decreto Anticrisi), il Legislatore ha disciplinato organicamente il settore, prevedendo all'art. 21 ("Rilascio di concessioni in materia di giochi"), quanto segue:

*"1. Per garantire la tutela di preminenti interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, qualora attribuite a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, la gestione di queste attività è sempre affidata in concessione attribuita, nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie e nazionali, di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie. Conseguentemente, per assicurare altresì la maggiore concorrenzialità, economicità e capillarità distributiva della raccolta delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea e differita, in previsione della prossima scadenza della vigente concessione per l'esercizio di tale forma di gioco, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministero dell'economia e delle finanze-Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato avvia le procedure occorrenti per conseguire tempestivamente l'aggiudicazione della concessione, relativa anche alla raccolta a distanza delle predette lotterie, ai più qualificati operatori di gioco, nazionali e comunitari, individuati in numero comunque non superiore a quattro e muniti di idonei requisiti di affidabilità morale, tecnica ed economica";*

*"(...)"*;

*"4. Le concessioni di cui al comma 1, eventualmente rinnovabili per non più di una volta, hanno la durata massima di nove anni, suddivisi in due periodi rispettivamente di cinque e quattro anni. La prosecuzione della concessione per il secondo periodo è subordinata alla positiva valutazione dell'andamento della gestione da parte dell'Amministrazione concedente, da esprimere entro il primo semestre del quinto anno di concessione".*

3.2.3. A conclusione della gara del 2010 (alla quale non hanno partecipato le società ricorrenti), la concessione è stata affidata, in esclusiva, alla società Lotterie Nazionali, con decorrenza dal 1.10.2010 e con scadenza al 30.9.2019.

3.2.4. La durata novennale della concessione è stata suddivisa in due semi-periodi, rispettivamente di cinque e quattro anni, e la prosecuzione per il secondo semi-periodo è stata autorizzata da ADM nel 2015, con la fissazione del termine di scadenza finale in data 30.9.2019.

3.2.5. Successivamente, il 16.10.2017, è entrato in vigore il Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, recante *"Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili"*, convertito dalla Legge 4.12.2017, n. 172 (cd. *"Decreto Fiscale"*), il quale all'art. 20, comma 1 (*"Disposizioni finanziarie"*), ha così disposto:

*"1. In applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018".*

3.2.6. Tale ultima norma, a parere delle società ricorrenti, incorrerebbe in una duplice ragione di contrasto, europea ed interna (cd. doppia pregiudizialità).

I) Per un verso, infatti, la norma contrasterebbe con le norme e con i principi in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi, in quanto re-introdurrebbe (rispetto alla disciplina organica del 2009) un modello monopolistico per l'attività di *service providing* delle lotterie istantanee, in favore di un solo prestatore, vietando a tutti gli altri operatori, concorrenti di Lotterie Nazionali, l'accesso al mercato.

L'autorizzazione alla prosecuzione del rapporto in essere con il concessionario uscente equivarrebbe, infatti, ad un rinnovo o ad una proroga contrattuale, i quali, agli effetti del diritto dell'Unione, soggiacciono alle regole dettate per il nuovo affidamento.

Inoltre, la norma censurata (e, con essa, i conseguenti atti attuativi) autorizzerebbero, in favore del concessionario uscente, la prosecuzione del rapporto a diverse condizioni, realizzando una sostanziale rinegoziazione, con la conseguente novazione del rapporto concessorio, non prevista dall'originaria legge di gara, in violazione delle norme e dei principi dell'Unione in tema concessioni, diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, nonché dei principi di non discriminazione e proporzionalità, trasparenza ed imparzialità dell'azione della Pubblica Amministrazione.

La novazione del rapporto concessorio, non prevista dalla legge di gara e prima della naturale scadenza della convenzione, deriverebbe, in particolare, dalle nuove condizioni economiche di pagamento: tre *tranches* di pagamento, ossia 50 milioni di Euro entro il 15.12.2017, 300 milioni di Euro entro il 30.04.2018 e 450 milioni di Euro entro il 31.10.2018, anziché due; il termine di pagamento (fissato in date anteriori alla scadenza della concessione); e l'importo del pagamento quanto alla sua onerosità (pagamento anticipato di 800 milioni di Euro, essendo secondo i ricorrenti più oneroso un pagamento anticipato, anche se per lo stesso importo nominale complessivo).

II) Per un altro verso, invece, la norma contrasterebbe, altresì, con i principi costituzionalmente tutelati di uguaglianza e di parità di trattamento (art. 3 Cost.), di libertà di iniziativa economica (41 Cost.) e di libertà di concorrenza (art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.).

Si aggiunge, inoltre, sul piano meramente interno all'Ordinamento italiano, che la medesima disposizione sarebbe affetta (anche) da irragionevolezza ed eccesso di potere, sotto il diverso e concorrente profilo dell'essere, il decreto legge n. 148/2017, malgrado la veste dell'atto avente la forza della legge, una sostanziale legge-provvedimento, destinata ad avvantaggiare un determinato e già individuato soggetto (Lotterie Nazionali), a discapito degli altri operatori del settore, concorrenti nel medesimo mercato d'interesse.

4. Il Tar del Lazio, con la sentenza n. 9730 del 4 ottobre 2018, ha respinto il ricorso, senza previamente rimettere la questione di interpretazione pregiudiziale europea e senza sollevare la questione di legittimità costituzionale.

5. La sentenza è stata appellata in via principale dalla S.p.a. Sisal, e in via incidentale dall'ADM e dalla società Lotterie nazionali.

6. L'appellante principale ha dedotto i seguenti motivi:

6.1. *"Errores in iudicando, anche per infrapetizione, in relazione alle censure proposte con il ricorso introduttivo e con il primo atto di motivi aggiunti: Violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, come convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 148. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, commi 3 e 4 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste. In subordine: illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 20 comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, come convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 148, per violazione degli artt. 3, 41 e 117 Cost. e dalla incompatibilità della stessa norma interna rispetto ai principi euro unitari di proporzionalità, tutela della concorrenza (artt. 3, 101, 102 e 106 TFUE), certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità (art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea)".*

Si sostiene che:

-né l'art. 21, comma 4 del Decreto Legge n. 78/2009, né il bando di gara del 2010, né la concessione sottoscritta con l'aggiudicatario, avrebbero istituito il regime dell'automatica prosecuzione della concessione delle lotterie istantanee in capo al soggetto aggiudicatario, limitandosi a prevedere, all'opposto, il mero facoltativo, eventuale rinnovo del rapporto concessorio, subordinatamente all'esercizio della discrezionalità amministrativa, da parte del soggetto pubblico concedente;

- il Decreto Legge n. 78/2009, avrebbe espresso un deciso *favor* per il modello *multi-providing* di gestione delle lotterie istantanee, armonizzando il principio della gara (indetta per la prima aggiudicazione della concessione), con quello della discrezionalità amministrativa, al momento del sopraggiungere della naturale scadenza della concessione, in ordine alla scelta, da parte dell'Ente pubblico concedente, di una, tra le due possibili opzioni: o il rinnovo della concessione in essere con l'aggiudicatario, o l'indizione della gara per l'affidamento di una nuova concessione;

- l'unica interpretazione che renderebbe l'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, compatibile con la Costituzione e con il diritto dell'Unione, nella parte in cui stabilisce che "... *l'Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018 ...*", è quella di ritenere attribuita, da parte del Legislatore, all'Ente pubblico concedente, la mera autorizzazione a poter disporre la prosecuzione della concessione;

- diversamente, laddove si dovesse ritenere imposto a quest'ultimo, da parte del Legislatore, prima del maturare della naturale scadenza della concessione, l'obbligo di proseguire il rapporto con il concessionario uscente, a nuove condizioni contrattuali, la norma avrebbe una portata innovativa e contrasterebbe sia con il diritto interno, sia con quello europeo;

- quanto al primo aspetto, l'art. 20 cit. - malgrado il formale *incipit* contenuto nel comma 1 ("*In applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 ...*"), non costituirebbe affatto applicazione dell'articolo 21 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, visto che quest'ultima norma si limitava a prevedere la sola eventualità della prosecuzione del rapporto concessorio, non già la sua doverosità per ragioni di finanza pubblica;

- quanto al secondo aspetto, la previsione contrasterebbe con il diritto costituzionale interno e con il diritto dell'Unione, perché la prosecuzione della concessione, anziché l'indizione di una nuova gara, costituirebbe, ad un tempo, violazione della libertà economica d'impresa, restrizione alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, violazione della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori, e consentirebbe la continuazione del monopolio di un servizio in favore di un solo prestatore (Lotterie Nazionali), vietando a tutti gli altri operatori di offrire il medesimo servizio nel territorio italiano, ed a tutti i potenziali destinatari del servizio, di acquistarlo;

- non sussisterebbero ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare una disciplina speciale delle lotterie istantanee, diversa rispetto a quella degli altri giochi che compongono il medesimo segmento di mercato, come i concorsi pronostici, le scommesse e le lotterie;

- tali, infatti, non potrebbero considerarsi, le ragioni (di natura meramente economica) perseguite dall'art. 20, comma 1, del Decreto Legge n. 148/2017, ovvero sia "... assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018".

6.2. "Errores in iudicando, anche per infrapetizione, in relazione ai vizi denunciati con il ricorso introduttivo e con il primo atto di motivi aggiunti: illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 20 comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, come convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 148, per violazione degli artt. 3, 41 e 117 Cost. e dalla incompatibilità della stessa norma interna rispetto ai principi euro unitari di proporzionalità, tutela della concorrenza (artt. 3, 101, 102 e 106 TFUE), certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità (art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea)".

Si argomenta l'illegittimità costituzionale della previsione contenuta nell'art. 20, comma 1, del D.L. n. 148 del 2017, erroneamente non colta –ad avviso di Sisal- da parte del giudice di prime cure.

La disposizione avrebbe:

- il dichiarato ed unico scopo di "assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018";- la finalità di consolidare nei riguardi di un unico operatore nazionale (Lotterie Nazionali) l'illegittimo vantaggio competitivo garantitogli all'esito della precedente gara pubblica, attraverso l'affidamento in via diretta della gestione esclusiva del servizio per ulteriori nove anni;

- l'intenzione di garantire -attraverso una legificazione del provvedimento amministrativo- il risultato (ovverossia, l'affidamento diretto ed in via esclusiva senza gara) di una concessione novennale, altrimenti non ottenibile per via amministrativa, se non all'esito dell'esercizio del potere discrezionale di scelta, sottoposto al sindacato dell'autorità giurisdizionale amministrativa.

Si aggiunge, che l'art. 20 cit. avrebbe determinato una vera e propria novazione delle originarie condizioni di concessione, prevedendo il diverso riparto dell'onere di versamento, in due *tranches* di importi, rispettivamente di 50 e di 750 milioni di euro, non corrispondenti a quelli iniziali di 500 e di 300 milioni di euro).

Si critica il ragionamento logico-giuridico seguito dal primo giudice, nella parte in cui si è profuso nell'argomentare le differenze del sistema di affidamento e di gestione in *mono* o *multi providing*, anziché cogliere il vero punto controverso della causa, ovvero sia la conformità a Costituzione e, quindi, la legittimità della previsione normativa, dell'obbligo per ADM di procedere al rinnovo in via esclusiva (ed in anticipo di ben 20 mesi rispetto alla scadenza) della concessione Gratta & Vinci, a diverse condizioni economiche.

6.3. "Errores in iudicando, anche per infrapetizione, in relazione ai vizi denunciati con il ricorso introduttivo ed il primo atto di motivi aggiunti: illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale sotto distinto e concorrente profilo dell'art. 20 comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, come convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 148, per violazione degli artt. 3, 41, 97 e 117 Cost."

Si sostiene che:

- l'art. 20 del Decreto Legge n. 148/2017 è ascrivibile alla categoria delle leggi-provvedimento, avendo reso possibile il conseguimento in via immediata e diretta, da parte di un soggetto

previamente individuato, tramite l'atto legislativo, di un risultato (ovverossia, la prosecuzione della concessione), che il medesimo non avrebbe potuto ottenere per via amministrativa, se non all'esito dell'esercizio discrezionale del potere, da parte dell'Ente pubblico concedente;

- la categoria della legge-provvedimento è stata ritenuta compatibile con l'assetto dei poteri stabilito in Costituzione, purché la medesima superi il giudizio di ragionevolezza e di non arbitrarietà che la Corte costituzionale è chiamata a compiere, proprio per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio;

- il primo giudice non ha motivato sulle ragioni in base alle quali ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, omettendo di pronunciarsi sulla rilevanza delle circostanze concernenti l'obbligo della prosecuzione del rapporto concessorio; la rinegoziazione delle condizioni economiche; l'anticipazione del rinnovo prima del maturare del termine di naturale scadenza dell'affidamento in essere; il perseguimento di finalità di finanza pubblica.

6.4. *"Errores in iudicando, anche per infrapetizione, in relazione ai vizi denunciati con i secondi atti di motivi aggiunti: Violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, come convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 148. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, commi 3 e 4 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, illogicità ed irrazionalità manifeste. In subordine: illegittimità derivata dalla illegittimità costituzionale dell'art. 20 comma 1, del D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, come convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 148, per violazione degli artt. 3, 97 ed anche 41 e 117 Cost. e dalla incompatibilità della stessa norma interna rispetto ai principi euro unitari di proporzionalità, libertà di concorrenza (artt. 3, 101, 102 e 106 TFUE), certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità (artt. 49 e ss. nonché 56 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea; art. 3 della Direttiva 2014/23/UE), sotto il distinto profilo emerso dal documento a firma del dott. Aronica, che ha evidenziato come il quadro informativo offerto dall'Amministrazione al legislatore ne ha inevitabilmente condizionato la scelta, viziandola sotto i profili di illegittimità (per così dire, derivata) apprezzabili anche nell'ottica del sindacato di costituzionalità sollecitato".*

Si assume che il provvedimento impugnato:

- non sarebbe stato adeguatamente istruito;

- sarebbe dotato di una ratio incongrua, ovverossia la riscossione di somme cospicue in tempi rapidi rispetto alla materia oggetto di disciplina (la miglior gestione del servizio in parola), qualificabile come una sorta di "scambio" tra il rinnovo della concessione e la somma di denaro prevista dall'art. 20;

- avrebbe indebitamente avvantaggiato un operatore (il concessionario uscente) rispetto agli altri concorrenti del mercato;

- avrebbe preceduto di ben due anni la naturale scadenza della concessione, obliterando qualsiasi indagine di mercato propedeutica all'individuazione degli operatori interessati, ovvero all'individuazione di modalità di affidamento alternative, ma parimenti rispettose della concorrenza;

- avrebbe fissato l'ammontare dell'una tantum, da versare come "prezzo" per l'ottenimento del rinnovo da parte della controinteressata, nell'identica somma (800 milioni) già prevista come base d'asta nella gara del 2009, pur a fronte del manifestato interesse all'aggiudicazione da parte di altri

operatori, e della contestuale loro disponibilità al versamento di tale somma negli stessi termini indicati nel D.L. 148/2017, all'epoca ancora non convertito.

7. L'ADM e la società Lotterie Nazionali hanno chiesto il rigetto dell'appello, articolando difese sostanzialmente simili:

- l'art. 21, comma 4, del D.L. 78/2009, convertito dalla Legge n. 102/2009, ha previsto il rinnovo della concessione delle lotterie istantanee, per non più di una volta;

- il disciplinare di gara, in totale corrispondenza con l'art. 21 cit., ha riconosciuto in capo all'ADM l'esercizio di tale diritto, per ulteriori nove anni;

- la pertinente clausola è stata inserita nella disciplina contrattuale, di cui allo schema dell'atto di concessione;

- la facoltà di rinnovo non è mai stata contestata, né da Stanley, né da altri operatori;

- nel 2010, la concessione è stata affidata a Lotterie Nazionali, unico operatore che, all'epoca, presentò un'offerta, e risultò idoneo;

- a quella gara, le odierne società appellanti non hanno partecipato;

- nel luglio 2017, Lotterie Nazionali ha presentato all'ADM un'istanza di rinnovo della concessione;

- il 1° dicembre 2017, ADM ha invitato Lotterie Nazionali a proseguire nella gestione delle lotterie istantanee, ai sensi dell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge n. 148/2017;

- l'invito, è stato preceduto dalla verifica della correttezza dell'operato del concessionario e della convenienza alla continuazione del rapporto. L'istruttoria è stata svolta sia in sede legislativa, in occasione dei lavori che hanno portato all'emanazione del menzionato decreto legge, sia in sede amministrativa. In particolare, l'Ente concedente ha provveduto ad appurare il positivo andamento della gestione, da parte del concessionario, sia al termine del primo periodo quinquennale in cui è stato articolato il primo novennio di durata complessiva della concessione, sia in occasione dell'invito alla prosecuzione del rapporto, essendo stato positivamente riscontrato il rispetto degli obblighi imposti (quelli concernenti, in sintesi, il sistema informatico; la produzione dei biglietti; la rete dei punti vendita; il pagamento dei biglietti vincenti e la riscossione degli utili erariali sui biglietti venduti);

- nel dicembre 2017, Lotterie Nazionali ha accettato l'invito, ed ha versato nelle casse erariali i primi 50 milioni, e nel 2018 gli ulteriori 750 milioni, secondo le scadenze programmate dall'Ente concedente;

- sussiste il preminente interesse pubblico generale alla prosecuzione del rapporto con il concessionario uscente, in considerazione dell'osservanza degli obblighi imposti, che qualificano in modo continuativo il rapporto, e non soltanto ab origine; dell'entità delle entrate stimate; dei complessi rapporti con i punti vendita, e della vastità dell'utenza interessata alla tipologia delle lotterie istantanee;

- non vi è stata novazione del rapporto negoziale, essendo rimasti immutati il titolo e l'oggetto;

- la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa C-375/2017 - procedimento Stanley International Betting Ltd, Stanleybet Malta Ltd contro Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle dogane e dei monopoli, ha ritenuto -seppure in un settore di gioco diverso da quello in esame, concernente le lotterie istantanee, ma con principio generale analogicamente applicabile- che *"Gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale preveda, per la concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, un modello a concessionario unico, a differenza degli altri giochi, dei concorsi pronostici e delle scommesse, ai quali si applica un modello a più concessionari, a condizione che il giudice nazionale accerti che la normativa interna persegue effettivamente in modo coerente e sistematico i legittimi obiettivi fatti valere dallo Stato membro interessato"*.

8. Con gli appelli incidentali, invece, ADM e Lotterie nazionali hanno riproposto le eccezioni preliminari rigettate in prime cure (segnatamente, l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse e di legittimazione ad agire in capo alle società ricorrenti, e l'eccezione di irricevibilità del medesimo ricorso per tardività dell'impugnazione).

8.1. Sostengono, che le società ricorrenti non avrebbero titolo, né interesse, a contestare la prosecuzione della concessione, non avendo esse impugnato né il bando di gara, né la convenzione stipulata con l'aggiudicataria, né di fatto partecipato alla gara svoltasi nel 2010; che, in ogni caso, le stesse avrebbero tardivamente impugnato il rinnovo del rapporto concessorio, pur conoscendo la clausola di gara del 2010, che ciò consentiva, riproducendo in parte qua, sostanzialmente, la previsione del decreto legge del 2009.

9. Le parti hanno ulteriormente insistito sulle rispettive tesi difensive, mediante il deposito di documenti, di memorie integrative e di replica.

10. All'udienza pubblica del 20 giugno 2019, la causa è passata in decisione.

11. Con la sentenza parziale e non definitiva n. 6080/2019, la Sezione:

11.1. ha esaminato in via prioritaria, respingendoli, gli appelli incidentali proposti da ADM e dalla società Lotterie Nazionali (la Sezione ha ritenuto che l'azione instaurata in primo grado dalle odierne società appellanti fosse ammissibile sotto il profilo della sussistenza dell'interesse e della legittimazione a ricorrere, e tempestiva in relazione al termine di decadenza previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi);

11.2. ha scrutinato, subito dopo, l'appello principale, ritenendo che la questione di merito al medesimo sottesa non potesse prescindere dal vaglio della cd. "doppia pregiudizialità".

11.3. Tra i due incidenti (e cioè, il rinvio alla Corte europea o la sollevazione dell'incidente di costituzionalità), la Sezione ha ritenuto prioritario rimettere il primo, nel contempo riservandosi la possibilità di vagliare in via successiva la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di legittimità costituzionale secondo i parametri interni (artt. 3, 24 e 117 della Costituzione).

Infine, ha riservato al definitivo, ogni ulteriore decisione in rito, nel merito e sulle spese.

12. Più, in particolare, la Sezione ha rimesso alla Corte di Giustizia le seguenti questioni interpretative:

«1) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché — laddove ritenuti applicabili — gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23 (...), deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, del tipo di quella contenuta nell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge [n. 148/2017], e nei conseguenti atti attuativi, che dispone che "(...) In applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge [n. 78/2009], l'[ADM] provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle [scommesse delle] lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018", in una situazione in cui:

- l'articolo 21, comma 1, del [decreto-legge n. 78/2009] ha previsto il rilascio delle concessioni in esame di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie;

- l'articolo 21, comma 4, del menzionato decreto, ha previsto che le concessioni di cui al comma 1, sono eventualmente rinnovabili, per non più di una volta;

- alla gara indetta nel 2010 non hanno partecipato le società ricorrenti [nei procedimenti principali];

- lo specifico rapporto in essere è stato instaurato ab origine con un unico concessionario, all'esito di una gara ad evidenza pubblica, nella quale è stata presentata un'unica offerta;

- la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, comporterebbe - in concreto - che siffatto rapporto sarebbe proseguito esclusivamente con tale unico concessionario, anziché con rinnovi ad una pluralità di soggetti, senza ulteriore gara.

2) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché — laddove ritenuti applicabili — gli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23 (...), deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta nell'art. 20, comma 1, del decreto-legge [n. 148/2017], che, in dichiarata applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge [n. 78/2009], dispone che "l'[ADM] provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle [scommesse delle] lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018", ciò prevedendo:

- attraverso la prosecuzione temporale dell'unico rapporto concessorio in essere, in luogo degli eventuali rinnovi delle plurime concessioni di cui all'articolo 21, comma 4, del decreto-legge [n. 78/2009], e senza l'indizione di una nuova gara;

- in un momento anteriore rispetto alla scadenza della concessione: il decreto-legge [n. 148/2017] è entrato in vigore il 16 ottobre 2017, ossia lo stesso giorno della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale italiana, mentre la concessione sarebbe scaduta il successivo 30 settembre 2019;

- in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018, così modificando alcuni aspetti afferenti alle modalità e al termine del pagamento del corrispettivo della concessione, nonché, potenzialmente, all'importo complessivo del pagamento dovuto [dal concessionario] sotto il profilo della sua onerosità, in particolare con il cambiamento dei termini di pagamento, anticipandoli rispetto a quanto previsto dalla originaria concessione, in considerazione - secondo la prospettazione dei ricorrenti [nei procedimenti principali] - del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo.

3) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché — laddove ritenuti applicabili — gli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23 (...), deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta negli atti attuativi del predetto decreto, ed in particolare nella comunicazione dell'[ADM] prot. 0133677 del 1° dicembre 2017, che, in dichiarata esecuzione di quanto previsto dall'art. 20, comma 1 del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, ed in base a quanto previsto dall'art. 4, primo capoverso della convenzione di concessione [in questione], che prevede la rinnovabilità della stessa per non più di una volta, ridetermina il termine ultimo del rapporto concessorio al 30 settembre 2028; fa salvo, in ogni caso, quanto previsto dallo stesso articolo 4 in merito alla suddivisione della durata della concessione in due periodi rispettivamente di 5 e 4 anni (pertanto, decorso il primo periodo di 5 anni dal 1° ottobre 2019, la prosecuzione per l'ulteriore quadriennio fino alla scadenza del 30 settembre 2028 è subordinata alla positiva valutazione, da parte dell'[ADM], dell'andamento della gestione che verrà espressa entro il 30 marzo 2024); dispone che la società provvede a versare un importo pari a 50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; un importo pari a 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; ed un importo pari a 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018:

- ciò prevedendo prima che fosse maturato il termine della originaria scadenza della concessione medesima (la comunicazione dell'[ADM] prot. 0133677, è stata emanata il 1° dicembre 2017, mentre il contratto di concessione sarebbe scaduto il successivo 30 settembre 2019);

- con ciò assicurando il pagamento anticipato di 800 milioni di Euro entro termini anteriori (50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018) rispetto a tale scadenza (30 settembre 2019);

- con ciò determinando la potenziale modificazione dell'importo complessivo del pagamento dovuto [dal concessionario], sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione - secondo la prospettazione dei ricorrenti [nei procedimenti principali] - del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo.

Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché - laddove ritenuti applicabili - gli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23 (...), deve essere interpretato nel senso che osta a una tale normativa, anche nell'ipotesi in cui gli operatori del settore attualmente interessati ad entrare nel mercato non abbiano partecipato alla gara originariamente indetta per l'aggiudicazione della concessione in scadenza e proseguita con il concessionario uscente, alle descritte nuove condizioni contrattuali, ovvero se l'eventuale restrizione all'accesso al mercato si verifichi solo nell'ipotesi della loro effettiva partecipazione alla gara originaria».

13. La Corte di Giustizia, con la sentenza del 2 settembre 2021, nelle Cause pregiudiziali riunite C-721/19 e C-722/19, ha preliminarmente chiarito che, in caso di modifica sostanziale di un contratto di concessione, il diritto dell'Unione alla luce del quale tale modifica deve essere valutata è quello in vigore alla data di tale modifica.

Di poi, ha osservato che l'articolo 43 della direttiva 2014/23 ha proceduto ad una armonizzazione esaustiva, da un lato, delle ipotesi in cui le concessioni possono essere modificate senza che sia necessaria, per tale ragione, l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione della concessione conforme alle norme stabilite da detta direttiva, e, dall'altro, di quelle in cui una tale procedura di aggiudicazione è richiesta in caso di modifica delle condizioni di concessione.

Sulla base di questa considerazione, ha tratto la conclusione che "qualsiasi misura nazionale in un settore che sia stato oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione dev'essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.*, C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 59 e giurisprudenza ivi citata)".

Dopodiché, in risposta ai singoli quesiti, ha escluso la violazione del diritto dell'Unione, ed ha rimesso alla valutazione del giudice *a quo* la verifica circa la sussistenza, in concreto, di talune circostanze di fatto.

Più nel dettaglio, nell'affrontare la prima questione pregiudiziale, ha statuito che non contrasta con il diritto dell'Unione *"una normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo, quando tale normativa nazionale costituisce l'attuazione di una clausola contenuta nel contratto di concessione originario che prevedeva l'opzione di un tale rinnovo"*.

Nel pronunciare sulla seconda e sulla terza questione pregiudiziale, la Corte ha affermato che non contrasta con il diritto dell'Unione *"una normativa nazionale che prevede, da un lato, che il rinnovo di una concessione sia deciso due anni prima della sua scadenza e, dall'altro, una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione originario, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio, quando tale modifica non è sostanziale, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, di detta direttiva"*.

Nel decidere la quarta questione pregiudiziale, la Corte ha chiarito che il diritto dell'unione deve essere interpretato *"nel senso che un operatore economico può proporre un ricorso contro una decisione di rinnovo di una concessione per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state sostanzialmente modificate, pur non avendo partecipato alla procedura di aggiudicazione originaria di tale concessione, a condizione che, nel momento in cui la concessione dev'essere rinnovata, possa dimostrare un interesse ad ottenere tale concessione"*.

In relazione, invece, alle circostanze di fatto rilevanti, la Corte ha rimesso al giudice *a quo* le seguenti verifiche:

a) in relazione alla prima questione, se il rinnovo contrattuale di cui trattasi nei procedimenti principali sia stato solo formalmente imposto dal decreto legge n. 148/2017, mentre sostanzialmente ha corrisposto alla volontà precedentemente espressa dall'Amministrazione dei Monopoli in un

provvedimento formale, quale è, in particolare, la comunicazione datata 19 settembre 2017 (paragrafo 43 della sentenza);

b) in relazione alla seconda e alla terza questione, se il contratto di concessione originario imponeva, o meno, una data in cui la decisione su un eventuale rinnovo potesse essere presa;

c) in relazione alla quarta questione, si è esclusa la violazione della normativa europea a presidio delle condizioni effettive di accesso al ricorso ai sensi della direttiva 1989/665, rimettendosi alla verifica del giudice la protezione dell'interesse a ricorrere, anche strumentale alla riedizione della gara.

14. All'esito del deposito in giudizio della succitata pronuncia, si è riattivato il contraddittorio con le parti del giudizio, mediante il deposito di nuove memorie integrative e memorie di replica ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

15. Ciò premesso, con riguardo alla verifica demandata dalla Corte di Giustizia, la Sezione ritiene che sussistano in fatto tutte le circostanze subordinatamente alle quali il diritto interno (o l'interpretazione di esso) supera indenne il vaglio di compatibilità rispetto all'Ordinamento europeo ed alla normativa secondaria sugli appalti pubblici.

16. Più in particolare, con riferimento alla prima questione trattata dalla Corte, la Sezione dà atto dell'esistenza nel contratto di concessione originario della clausola che prevede l'opzione di rinnovo e ritiene che la comunicazione datata 19 settembre 2017, sulla base del suo chiaro disposto letterale, debba essere interpretata e qualificata quale manifestazione univoca di ADM di procedere al rinnovo contrattuale in favore del concessionario uscente.

Inoltre, la Sezione ritiene che la suddetta comunicazione abbia sostanzialmente concretizzato l'esercizio della discrezionalità amministrativa in un momento antecedente l'emanazione del decreto legge n. 148 del 16 ottobre 2017, il quale, in definitiva, ha avuto il solo effetto formale di imporre il suddetto obbligo a carico dell'Amministrazione, ma quando oramai la decisione 'era già sostanzialmente presa' ed era stata valutata come conforme rispetto all'interesse pubblico generale, attesa anche l'accertata condizione di corretto adempimento delle obbligazioni in capo al concessionario uscente fino a quel momento.

17. In relazione, invece alla seconda e alla terza questione, si dà atto che non si rinviene, nel contratto di concessione originario, una specifica clausola che prevede un termine entro il quale l'Amministrazione può (o deve) esercitare il diritto opzionale di rinnovo.

Una suddetta emergenza documentale non risulta, peraltro, nemmeno dagli atti processuali, essendo invece soltanto rimasto accertato che il rinnovo è stato esercitato due anni prima della scadenza.

A questo proposito, la Sezione ritiene che il diritto in questione sia stato esercitato, oltre che in conformità del contratto o, comunque sia, senza che siano state violate apposite previsioni convenzionali, anche in modo sostanzialmente congruo e proporzionale rispetto alla cura dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dall'Amministrazione, dovendosi ritenere non macroscopicamente illegittimo, né esorbitante dai principi della logica e della proporzionalità l'esercizio di un diritto, comunque convenzionalmente previsto, due anni prima della scadenza del termine naturale del rapporto, a maggiore riprova della serietà del vaglio dell'attività svolta dal concessionario rispetto al parametro della complessiva durata del rapporto.

18. Per quanto riguarda, invece, la modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, la Corte di Giustizia ha proceduto al completo vaglio della fattispecie, ed in particolare:

- a) ha escluso la necessità di una nuova procedura di aggiudicazione della concessione;
- b) ha accertato che l'importo dovuto dal concessionario è rimasto invariato;
- c) ha acclarato che, pure a volere ipotizzare che il pagamento anticipato potrebbe fare aumentare l'importo da versare, una modifica del genere non sembra alterare l'equilibrio economico della concessione;
- d) ha affermato che il perseguimento dell'interesse a fare ottenere allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio non qualifica come sostanziale la modifica del contratto.

A questo proposito, per la parte di verifica spettante alla Sezione, si rileva che, sulla base degli atti processuali, non sono emersi elementi oggettivi immediati e tali da denotare il significativo aumento dell'importo a carico del concessionario.

Ad ogni modo, anche se il suddetto aumento fosse verificato, a maggior ragione ciò varrebbe ad escludere la eventualità che sulla base della modificazione dell'importo si sarebbe consentita l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata o che sarebbero stati attirati ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione, perché, per l'appunto, si tratterebbe di modifica in senso peggiorativo per l'aggiudicatario.

La stessa Corte di Giustizia, su quest'ultimo punto, ha anche acclarato che *"nessuno dei ricorrenti nei procedimenti principali ha sostenuto una tale tesi e che il fascicolo sottoposto alla Corte non contiene nessun elemento in grado di sostenere una siffatta affermazione"*.

19. Inoltre, la Sezione dà atto che non è stata mai pretesa in capo ai ricorrenti originari la dimostrazione della sussistenza di un interesse a ricorrere aggravato ed in violazione della direttiva 1989/665, e ciò, oltre ad essere dimostrato in fatto, è anche divenuto oggetto di giudicato: la menzionata sentenza parziale n. 6080/2019, nel decidere in via definitiva soltanto gli appelli incidentali dell'Amministrazione resistente e della società controinteressata intimata, ha infatti già respinto le eccezioni, dalle medesime parti sollevate, di difetto di interesse e di tardività dell'impugnazione nei confronti dei ricorrenti principali.

20. L'ultima questione da affrontare concerne la rimessione in via incidentale alla Corte costituzionale della legittimità dell'art. 20, del decreto-legge n. 148 del 2017, in relazione ai parametri di cui agli articoli art. 3 (uguaglianza e parità di trattamento), 41 (libertà di iniziativa economica) e 117, secondo comma, lett. e, Cost.(libertà di concorrenza), nonché sotto il profilo del rispetto dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità della cd. legge-provvedimento (artt. 3, 24, 97 e 113 Cost.).

21. La Sezione ritiene che la questione di costituzionalità difetti del requisito della non manifesta infondatezza, alla luce delle considerazioni che di seguito si espongono.

In primo luogo, come si era già illustrato nell'ordinanza di rimessione al giudice europeo, il fatto che Lotterie Nazionali sia un concessionario unico e che il medesimo sia stato nuovamente

designato dall'Amministrazione aggiudicatrice per un ulteriore periodo di nove anni non deriva, in sé, dalla modifica della normativa nazionale relativa alle modalità di aggiudicazione dell'appalto, poiché l'articolo 21, comma 1, del decreto-legge n. 78/2009 prevedeva che la concessione in questione nei procedimenti principali doveva essere aggiudicata, in linea di principio, ad «*una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie*».

Piuttosto, osserva la Sezione, la suddetta designazione è, per un verso, la conseguenza dell'esercizio dell'opzione relativa al rinnovo della concessione, prevista dal decreto-legge n. 78/2009 e dal contratto di concessione, e, per un altro verso, la ricaduta pratica della scelta compiuta volontariamente dalle ricorrenti principali di non partecipare alla gara originaria del 2010, di cui conoscevano appieno l'attitudine ad essere eventualmente prorogata per un ulteriore novennio.

Pertanto, sotto questo profilo, non può predicarsi alcuna violazione dei principi di uguaglianza, parità di trattamento, concorrenza e libertà di iniziativa economica tra gli operatori, anche rispetto al parametro europeo interposto ai sensi del cit. art. 117 Cost.

Né, sotto altro profilo, può paventarsi la violazione o il superamento dei limiti di ragionevolezza, non discriminazione e proporzionalità intrinseci alle cd. leggi-provvedimento, perché l'art. 20 del decreto legge n. 148 del 16 ottobre 2017 non ha sostituito affatto il sistema selettivo *multi providing* con quello *mono providing*, ma ha disciplinato – nella vigenza della normativa di cui all'art. 21, decreto-legge n. 78 del 2009 - un fenomeno giuridico già sostanzialmente verificatosi in via amministrativa, sia per la mancata partecipazione alla gara da parte delle ricorrenti principali, sia a seguito della manifestazione dell'ADM di rinnovare la concessione in essere.

In particolare, la comunicazione datata 19 settembre 2017 con la quale l'ADM ha manifestato apprezzamento verso il concessionario uscente ed interesse alla prosecuzione del rapporto, denota la riferibilità soggettiva della decisione all'Amministrazione, in un momento temporalmente anteriore rispetto all'emanazione del decreto legge n. 148 del 16 ottobre 2017, il cui ambito oggettivo di efficacia si è per vero limitato al solo aspetto concernente le modalità di corresponsione anticipata del canone.

Sulla base degli atti processuali, non è emersa la necessità di condurre, da parte dell'ADM, una istruttoria procedimentale secondo formule tipiche o sacramentali, ma piuttosto di compiere una "positiva valutazione dell'andamento della gestione", senza contare che all'interno del Parlamento è stato condotto un ampio dibattito circa il rispetto della legittimità e convenienza del rinnovo della concessione per lo Stato.

Con ciò, deve ritenersi soddisfatto anche il profilo concernente la valutazione procedimentale dell'interesse pubblico generale alla prosecuzione del rapporto, avendo l'Amministrazione verificato i risultati di gestione, ritenendoli ottimali con motivazione congrua ed adeguata allo scopo.

Inoltre, non può essere sottaciuto che l'illegittimità della proroga non è prospettabile nemmeno in via derivata, dal momento che le ricorrenti principali non hanno mosso analoghe contestazioni avverso la gara indetta nel 2010, ben consapevoli che la decisione di non partecipare a quella gara era dipesa dalla loro libera scelta.

Infine, ad avviso della Sezione, anche a volere qualificare la legge n. 148 del 2017 quale legge-provvedimento, valorizzando l'elemento soggettivo dell'essere, la previsione, diretta a un destinatario individuato (Lotterie Nazionali), comunque sia, la stessa non esorbita dai limiti intrinseci della ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza.

In particolare, ciò è da escludere perché la legge in questione non è fonte di illegittima discriminazione tra gli operatori del settore e non introduce condizioni discriminatorie favorevoli per il concessionario uscente ed a discapito di altri operatori che aspirano ad entrare nel medesimo mercato, dal momento che essa è posteriore rispetto alla comunicazione del 19 settembre 2017.

Inoltre, il ricorso allo strumento legislativo si è reso necessario per esigenze di contabilità pubblica, in modo tale da potere assicurare la utilizzabilità delle entrate previste (800 milioni di euro) nella manovra di finanza pubblica per il 2017 e 2018, e non già al fine di avvantaggiare un operatore del settore a discapito di altri (in violazione dei canoni di non arbitrarietà, ragionevolezza ed imparzialità dell'azione amministrativa), ovvero di ostacolare, impedire o rendere più difficile la tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive, ai sensi dell'art. 24 Cost.

Anche la Corte di Giustizia ha escluso che, sulla base delle suddette ragioni, sia derivata una violazione del diritto europeo.

In concreto, poi, nessuna lesione di tal fatta si è prodotta nella sfera delle ricorrenti principali, che infatti hanno proposto l'odierno ricorso avverso l'atto amministrativo, deducendo sia vizi di legittimità del medesimo, sia dubbi di incostituzionalità della legge che ne ha disciplinato le concrete modalità operative di pagamento del corrispettivo dovuto dal concessionario uscente.

Piuttosto, non può essere trascurato che la situazione giuridica dell'operatore uscente è diversa e non comparabile, né assimilabile, a quella di qualsiasi altro operatore del mercato, ivi comprese le ricorrenti principali, posto che soltanto il primo vanta un titolo convenzionale al rinnovo del rapporto concessorio, con la conseguenza che deve ritenersi non arbitraria, non irragionevole e non macroscopicamente illogica la differenziazione del trattamento legale delle situazioni giuridiche soggettive.

Il suddetto titolo convenzionale, infatti, non solo non è posseduto dalle ricorrenti principali, ma rappresenta un valido e oggettivo elemento discretivo (tutt'affatto discriminatorio) per distinguere le posizioni giuridiche messe a raffronto, e dissipa ogni dubbio circa la paventata irrazionalità o irragionevolezza di una disciplina legislativa che si pone a valle di una *lex specialis* rimasta inoppugnata e di un contratto di concessione specifico e puntuale circa l'opzione della proroga.

In altre parole, l'operazione economica che è alla base del regolamento contrattuale è rimasta in tutto immutata (in particolare, è rimasto invariato il corrispettivo dovuto), mentre l'aspetto concernente l'anticipazione del pagamento non ha inciso sull'equilibrio contrattuale e, soprattutto, non ha prodotto vantaggi economici per il concessionario uscente, già positivamente valutato dall'ADM.

Infine, la Sezione esclude che l'unica interpretazione - che ad avviso della ricorrente principale renderebbe l'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148 compatibile con la Costituzione - sia quella di ritenere attribuita, da parte del Legislatore, all'Ente pubblico concedente, la mera autorizzazione a poter disporre la prosecuzione della concessione, e non già l'imposizione del relativo obbligo.

Come si è già illustrato *supra*, difetta a monte il presupposto dell'obbligo normativamente imposto di proseguire il rapporto concessorio oltre la naturale scadenza del contratto originario, mentre la norma di rango legislativo - sul diverso presupposto del favore espresso dall'Amministrazione con la citata comunicazione del 19 settembre 2017 alla suddetta prosecuzione - si è limitata a disciplinare i soli aspetti finanziari per ragioni di formazione del bilancio dello Stato, e senza dunque incidere sui rapporti tra l'Amministrazione e i privati, rapporti che - in definitiva -

rinvengono la propria regolazione nelle fonti normative vigenti all'epoca dell'indizione della gara (decreto-legge n. 78 del 2009) e nel titolo contrattuale (la concessione aggiudicata all'esito della gara del 2010).

22. In definitiva, alla luce delle considerazioni appena illustrate, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

23. Le spese del giudizio di appello sono compensate per la novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 92 del 2019, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello di cui all'epigrafe;
- b) compensa tra le parti le spese del giudizio di appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021

cr/AGIMEG