

1. Con il ricorso n. 256 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dinanzi al Tar del Lazio, la società 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.

2. Previa, ove occorrente:

a) la diretta disapplicazione dell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, in esecuzione del quale è stato emanato il provvedimento impugnato, 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) e 117, secondo comma, lett. e (libertà di concorrenza) della Costituzione.

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

3.1. 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. 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”.

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

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

3.5. 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”.

4. Tale ultima norma, a parere della società ricorrente, incorrerebbe in una duplice ragione di contrasto, europea ed interna (cd. doppia pregiudizialità).

4.1. 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 reintrodurrebbe (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 la ricorrente più oneroso un pagamento anticipato, anche se per lo stesso importo nominale complessivo).

4.2. 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.).

4.3. 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.

5. 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.

6. La sentenza è stata appellata in via principale dalla società Sisal, e in via

incidentale da ADM e dalla società Lotterie nazionali.

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

A) "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".

B) "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, ovverossia 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.

C) "Errori 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.

D) "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.

8. 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".

9. Con gli appelli incidentali, 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 alla società ricorrente, e l'eccezione di irricevibilità del medesimo ricorso per tardività dell'impugnazione).

Sostengono che la società ricorrente non avrebbe titolo, né interesse, a contestare la

prosecuzione della concessione, non avendo essa 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, la stessa avrebbe 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.

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

11. All'udienza pubblica del 20 giugno 2019, le parti hanno discusso la causa e il Collegio l'ha trattenuta per la decisione.

12. In ordine logico, vanno esaminati gli appelli incidentali proposti da ADM e dalla società Lotterie Nazionali, essendo pregiudiziale stabilire se l'azione instaurata in primo grado dall'odierna società appellante, 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).

13. Le eccezioni preliminari riproposte sono infondate e, pertanto, gli appelli incidentali devono essere respinti.

14. La Sezione ritiene decisive, nel senso del rigetto dei gravami incidentali, le seguenti considerazioni.

La contestazione della società appellante avverso l'atto con cui ADM ha disposto la prosecuzione del rapporto concessorio con Lotterie Nazionali, non ha riguardato, in astratto, il modello di affidamento (mono o multi providing) della gestione delle lotterie istantanee, ma la circostanza che, in concreto, per effetto di siffatta prosecuzione, prima della naturale scadenza ed a nuove condizioni contrattuali, sostanzialmente assimilabili –a suo avviso- ad un rinnovo o ad una proroga con rinegoziazione e novazione del rapporto, il sistema di affidamento ideato dal Legislatore del 2009, che poggiava sul principio della gara e sulla mera eventualità del rinnovo della concessione aggiudicata, sarebbe stato superato, dal Legislatore del 2017, con previsioni che potrebbero, in effetti, suscitare dei dubbi circa

l'introduzione di una restrizione dell'accesso al mercato da parte di altri operatori del settore (in questo senso, dunque, il ritorno al sistema mono providing), concorrenti rispetto al concessionario uscente, rappresentando in tesi –la prosecuzione del rapporto- l'oggetto di un preciso ed incondizionato obbligo di legge, introdotto (rectius, re-introdotto) per la prima volta nel 2017.

In disparte il merito della fondatezza di tale contestazione, all'esito del quale andrà verificata la correttezza della tesi interpretativa sostenuta dalla ricorrente a sostegno della pretesa azionata, la Sezione rammenta che, secondo i principi generali che governano il processo, la legittimazione e l'interesse ad agire rappresentano dei presupposti processuali che condizionano l'esercizio dell'azione, nel senso di renderla ammissibile (e perseguibile) solo laddove il soggetto – alla stregua della sua prospettazione, laddove risultasse fondata all'esito del giudizio - sia (astrattamente) il titolare della situazione giuridica soggettiva lesa e vanti un interesse giuridico meritevole di tutela, secondo l'Ordinamento.

Nel caso di specie, tali presupposti sussistono entrambi, giacché (salvo, come già detto, il vaglio della fondatezza della pretesa, nel merito) la lamentata lesione deriverebbe dall'esser stata la società ricorrente - secondo la sua prospettazione -, privata, in forza di un atto avente, sempre in base alla tesi sostenuta con l'appello, la forza formale della legge, ma la sostanza di un provvedimento amministrativo (il D.L. n. 148/2017), della possibilità (prevista dal Legislatore del 2009 – D.L. n.



78/2009) dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, da parte dell'Ente concedente, in ordine alla scelta tra l'indire una nuova gara per l'affidamento di una nuova concessione, e il rinnovare il rapporto concessorio già in essere.

È evidente che la prima delle menzionate soluzioni (ovverossia, la possibilità dell'indizione della nuova gara), laddove non elisa, alla radice, dall'innovativa (in tesi) previsione legislativa del 2017, avrebbe certamente rappresentato per la società ricorrente un bene-interesse meritevole di tutela, al di là della scelta poi di fatto operata dall'Amministrazione.

Con l'appello si deduce, infatti, che l'Amministrazione avrebbe potuto, impregiudicata ogni valutazione circa la legittimità in concreto dell'eventuale atto, determinarsi in senso opposto rispetto a quello auspicato dalle ricorrenti, ma ciò avrebbe fatto, all'esito di una propria scelta comparativa e discrezionale, e non già per decisione unilaterale ed eterodiretta del Legislatore del 2017, orientata nell'unico senso del rinnovo della concessione, con assoluta esclusione della scelta, anche solo facoltativa, opzionale o discrezionale, dell'indizione della nuova gara. Del resto, che ciò valga a radicare la legittimazione e l'interesse all'azione da parte della società ricorrente alla stregua della tesi difensiva dalla stessa prospettata, è evincibile anche dal fatto che il comportamento tenuto dalla stessa, all'epoca dell'indizione della gara del 2010, è stato probabilmente determinato o, comunque, assunto, rebus sic stantibus, in base al tenore formale dell'espressione utilizzata dal Legislatore del 2009 ("eventualmente rinnovabili"), sicché (sempre, come detto, in disparte il merito della fondatezza della pretesa), è quantomeno possibile sostenere, da parte della ricorrente, che essa avesse potuto riporre un affidamento meritevole di tutela, in ordine alla sussistenza di un potere discrezionale di scelta in capo all'Ente pubblico concedente, sulle future determinazioni da assumere.

È, quindi, verosimile supporre (o ragionevole credere), che l'odierna società appellante avesse potuto, in effetti, decidere di non partecipare a quella gara, nella convinzione che, all'atto della naturale scadenza della concessione (settembre 2019), avrebbe potuto sperare in una nuova indizione della gara, in luogo dell'eventuale suo rinnovo, alle stesse condizioni convenzionali.

La legittimazione e l'interesse vantati dalla società ricorrente, peraltro, sussisterebbero anche nell'ipotesi in cui, al definitivo, si accedesse alla tesi, prospettata dalle parti resistenti, secondo cui la previsione del 2017 non avrebbe reso vincolata la prosecuzione del rapporto concessorio, residuando –comunque- il potere discrezionale di valutazione e di scelta in capo all'Ente pubblico concedente, in ordine al se formulare, o meno, al concessionario uscente, l'invito a proseguire per ulteriori nove anni.

Anche in siffatta evenienza, infatti, sussisterebbe astrattamente l'interesse della parte ricorrente, a ché l'esercizio del potere discrezionale (ipotizzando, per ora, che tale fosse, impregiudicata –come detto- ogni definitiva statuizione nel merito, al definitivo) avvenisse, da parte del Concedente, tenendo conto delle originarie condizioni del rapporto concessorio, e non –invece- di quelle modificate, sotto i profili delle modalità, dell'onerosità e del termine di pagamento dei ratei, successivamente all'entrata in vigore del decreto legge del 2017, e prima del sopraggiungere della naturale scadenza della concessione, con la conseguente sottoposizione a verifica, anche degli ultimi 20 mesi di concessione.

La perdita del bene-interesse vantato dalla ricorrente, pertanto, non può che risalire, cronologicamente, all'entrata in vigore del decreto legge n. 148 del 2017.

Solo in questo momento, infatti, la società ricorrente ha avuto effettiva contezza della perdita della situazione giuridica di legittima aspettativa, intesa come chance

di vedere indetta, all'esito del giudizio discrezionale, la nuova gara, in luogo del rinnovo della concessione in essere, con la conseguente tempestività del ricorso, ai fini della sua ricevibilità.

15. In definitiva, alla luce delle considerazioni esposte, le eccezioni preliminari riproposte sono infondate e gli appelli incidentali vanno respinti.

16. Va ora affrontato l'appello principale.

17. Va premesso che la domanda cautelare, abbinata al merito, non appare allo stato suscettibile di accoglimento perché – a fronte peraltro di un originario rapporto concessorio ancora in corso - il pregiudizio potenzialmente lamentato non ha carattere di attualità e avrebbe comunque natura patrimoniale, risultando pienamente risarcibile in caso di eventuale esito positivo del giudizio.

18. Entrando subito in medias res, la Sezione ritiene che la questione di merito posta dall'appello principale non possa prescindere da quella sulla cd. “doppia pregiudizialità”.

Tra i due incidenti (rinvio alla Corte europea o sollevazione dell'incidente di

costituzionalità), la Sezione ritiene prioritario il primo, per plurime considerazioni:

- a) la società appellante ha invocato la protezione di situazioni soggettive riconosciute in via diretta dal diritto dell'Unione ed ha dedotto la violazione di principi e diritti dell'Unione, ed in particolare gli artt. 3, 49 ss., 56 ss., 101, 102 e 106 del TFUE, i principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e libertà di concorrenza, e gli artt. 3 e 43 della Direttiva 2014/23/UE;
- b) la Corte di Giustizia detiene il monopolio interpretativo in ordine alla compatibilità delle norme interne ai singoli Stati membri, rispetto al diritto dell'Unione;
- c) nella fattispecie in esame non potrebbe utilmente invocarsi l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui - quando una legge sia oggetto di dubbi di legittimità, tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria -, può essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto comunque salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE (in argomento, Corte costituzionale n. 269/2017, n. 20 e n. 63 del 2019); nel caso in esame, infatti, non ricorre l'ipotesi della protezione di una situazione soggettiva tutelata in via esclusiva dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, perché anzi le questioni prospettate dalle parti involgono una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, ex art. 267 del TFUE (fermo restando che anche nell'ipotesi di allegato contrasto con la suddetta Carta, comunque, la previa sollevazione dell'incidente di costituzionalità dovrebbe essere intesa come una possibilità, e non come un obbligo, per il giudice a quo);
- d) in disparte la fattispecie dell'eventuale incostituzionalità della norma contenuta nell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, sotto il profilo esclusivamente interno della cd. legge-provvedimento (profilo che è autonomo, rispetto a quello europeo), per la parte in cui, invece, sussiste la cd. “doppia pregiudizialità”, in conseguenza della doppia protezione (interna ed europea) delle

situazioni soggettive, resta comunque prioritario il rinvio pregiudiziale europeo, in base al sistema processuale interno.

Sul piano processuale, infatti, l'eventuale sollevazione dell'incidente di costituzionalità, postula il positivo apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione.

Nella logica di un'eventuale ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale,

infatti, il giudice interno ha l'onere di delibare la questione europea, per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame, motivando sulla rilevanza della questione, la quale è sempre ancorata ad un giudizio, prognostico, di applicabilità della norma al caso concreto.

La Sezione, nel mentre esclude il potere di procedere alla diretta disapplicazione della norma del 2017 (le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione, non sono immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, in base alla Direttiva Concessioni, ai principi generali dei Trattati e alla giurisprudenza della CGUE) esprime seri dubbi, come di seguito si illustrerà, sulla compatibilità europea della medesima, sicché, il presupposto della rilevanza (che verrebbe a mancare in ipotesi di vaglio sfavorevole da parte della Corte di Giustizia, ostandovi l'obbligo di disapplicazione nel caso concreto), sussisterebbe solo nell'evenienza opposta (ovverossia, il vaglio favorevole della Corte sulla compatibilità europea). In quest'ultimo caso, la Sezione, si riserva espressamente la possibilità di vagliarne in via successiva (anche, eventualmente) la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, secondo i parametri interni (si tratta degli artt. 3, 24 e 117 della Costituzione), considerato altresì che, nell'ipotesi in cui un eventuale giudizio dinanzi alla Corte costituzionale si concludesse con una pronuncia di incostituzionalità della norma, ciò comporterebbe l'espunzione della norma dall'Ordinamento con effetti erga omnes, anziché limitati, come nell'altra ipotesi, alla disapplicazione nel singolo caso concreto.

e) Il giudice a quo, è giudice di ultima istanza.

f) 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 (nell'ambito, però, di un settore di gioco diverso da quello in esame) 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".

g) È di preminente rilievo, il pronunciamento della Corte di Giustizia, anche nella specifica materia delle lotterie istantanee, perché: la questione è rilevante e decisiva per la soluzione della lite; non è stata oggetto di interpretazione diretta da parte della Corte; si impone la corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione, anche ai fini della conformazione, pro futuro, dell'esercizio della discrezionalità da parte del Legislatore interno.

19. I dubbi della Sezione in ordine alla compatibilità dell'art. 20, comma 1, del Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, e dei conseguenti atti attuativi, con il diritto dell'Unione rilevante in tema di concessioni, diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, attengono ai seguenti rilievi:

a) il Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 3 luglio 2009, n. 102 (cd. Decreto Anticrisi), ha introdotto una disciplina organica del settore, prevedendo, all'art. 21 ("Rilascio di concessioni in materia di giochi"), che:

"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”.

b) 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”), all’art. 20, comma 1 (“Disposizioni finanziarie”), ha disposto che “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”, in una situazione in cui:

- l’art. 21, comma 1, del Decreto Legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 3 luglio 2009, n. 102, ha previsto il rilascio delle concessioni in esame di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie;

- l’art. 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 ha partecipato la società ricorrente;

- 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 concretoche siffatto rapporto sarebbe proseguito esclusivamente con tale unico concessionario, anziché con rinnovi ad una pluralità di soggetti, senza ulteriore gara;

c) il Decreto Legge 16.10.2017, n. 148, in dichiarata 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, ha disposto 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", ciò prevedendo:

- attraverso la prosecuzione temporale dell'unico rapporto concessorio in essere, in

luogo degli eventuali rinnovi delle plurime concessioni di cui all'art. 21, comma 4, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 luglio 2009, n. 102, e senza l'indizione di una nuova gara;

- in un momento anteriore rispetto alla scadenza della concessione: il decreto legge n. 148 del 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 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 del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo;

d) gli atti attuativi del predetto decreto, ed in particolare la comunicazione dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli prot. 0133677 del 1° dicembre 2017, 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 per la gestione delle lotterie ad estrazione istantanea, che prevede la rinnovabilità della stessa per non più di una volta, hanno rideterminato il termine ultimo del rapporto concessorio al 30 settembre 2028; hanno fatto 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'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, dell'andamento della gestione che verrà espressa entro il 30 marzo

2024); hanno disposto 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'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli 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, sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo;

e) la contestazione della società appellante avverso l'atto con cui ADM ha disposto la prosecuzione del rapporto concessorio con Lotterie Nazionali, non ha riguardato, in astratto, il modello di affidamento (mono o multi providing) della gestione delle lotterie istantanee come originariamente disciplinato dal Legislatore del 2009, ma la circostanza che, in concreto, per effetto di siffatta prosecuzione, prima della naturale scadenza ed a nuove condizioni contrattuali, sostanzialmente assimilabili ad un rinnovo o ad una proroga con rinegoziazione e novazione del rapporto, il sistema di affidamento ideato dal Legislatore del 2009, che poggiava sul principio della gara e sulla mera eventualità del rinnovo della concessione aggiudicata, sarebbe stato superato, dal Legislatore del 2017 e dai conseguenti atti attuativi, con previsioni che potrebbero, in effetti, suscitare dei dubbi circa l'introduzione di una restrizione dell'accesso al mercato da parte di altri operatori del settore (in questo senso, dunque, il ritorno al sistema mono providing), concorrenti rispetto al concessionario uscente, rappresentando in tesi –la prosecuzione del rapporto–

l'oggetto di un preciso ed incondizionato obbligo di legge, introdotto (rectius, reintrodotta) per la prima volta nel 2017;

f) la ragione dell'incompatibilità europea risiederebbe, dunque, nella circostanza che il Legislatore del 2017, con un atto normativo (al quale sono seguiti i relativi atti attuativi, con la specificazione delle condizioni della prosecuzione del rapporto), innovando rispetto alla disciplina del 2009, secondo le parti ricorrenti ha eliso ogni discrezionalità amministrativa in ordine alla scelta se proseguire il rapporto concessorio o se indire la nuova gara, obbligando l'Ente pubblico concedente, prima del maturare della naturale scadenza della concessione, ed a condizioni economiche differenti, non previste dall'originaria legge di gara, ad offrire al concessionario uscente la prosecuzione del rapporto, al dichiarato fine 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", e dunque soltanto per esigenze di finanza pubblica;

g) e ciò, anche a prescindere dall'effettiva partecipazione dell'attuale operatore appellante alla gara del 2010 (è pacifico che lo stesso non vi ha partecipato), perché questo potrebbe vantare, all'attualità, non un legittimo interesse al rinnovo della gara (facoltà, questa, prevista dalla legge del 2009, dalla legge di gara e dal contratto), quanto, invece, il legittimo interesse all'esercizio della discrezionalità da parte dell'Amministrazione concedente, all'atto della naturale scadenza della concessione;

h) ovvero se, all'opposto, l'eventuale restrizione all'accesso al mercato (anche laddove ritenuto che si realizzi), potrebbe verificarsi solo nell'ipotesi della loro effettiva partecipazione alla gara originaria.

20. Non è, infine, sfuggito alla Sezione, che la società appellante ha dedotto la questione di legittimità costituzionale in base (anche) ad un differente parametro, che ha un rilievo esclusivamente interno (ovverossia, l'asserita irragionevolezza della norma di cui all'art. 20, comma 1, del decreto legge n. 148 del 2017, sotto il

profilo del divieto della cd. legge provvedimento), e che esula dal perimetro della menzionata doppia protezione (interna ed europea) dei diritti, con il conseguente superamento della regola della necessità di previamente valutare l'astratta applicabilità della norma nel processo a quo.

La Sezione, tuttavia, ritiene prioritario il rinvio pregiudiziale europeo, per diversi ordini di ragioni:

- la doverosità del rinvio europeo, quando (come nel caso di specie) il giudice a quo, che è anche giudice di ultima istanza, dubiti della legittimità europea della

norma interna;

- l'importanza della questione interpretativa sottesa alla doppia pregiudizialità, tale da conformare, per il futuro, l'esercizio della discrezionalità da parte del Legislatore interno, nella materia specifica del rinnovo delle concessioni delle lotterie istantanee;

- la specificità del caso concreto, che impone la sollecita definizione della controversia. Obiettivo –questo- che la Sezione ritiene maggiormente raggiungibile, optando per una soluzione processuale che utilizzi un parametro di giudizio comune ai due Ordinamenti giuridici, anziché il solo parametro della leggeprovvedimento, tipico del solo diritto interno.

21. In conclusione, la Sezione, non definitivamente pronunciando, respinge gli appelli incidentali e, in ordine alla decisione di quello principale, provvede come da separata ordinanza, ai fini della sospensione del giudizio e della rimessione alla Corte di Giustizia dell'unione europea della questione di interpretazione europea, nei termini per l'innanzi esposti.

22. Riserva al definitivo, ogni ulteriore decisione in rito, nel merito e sulle spese. P.Q.M.

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

a) respinge gli appelli incidentali proposti;

b) provvede come da separata ordinanza al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nei termini di cui in motivazione.

c) riserva al definitivo, ogni ulteriore decisione in rito, nel merito e sulle spese.

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

Così deciso in Roma, nel palazzo di piazza Capo di Ferro, nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Troiano, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

Giuseppa Carluccio, Consigliere