

Sent. 11386

N. ____ / ____ REG.SEN.
N. 07981/2009 REG.RIC.

09



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

sul ricorso numero di registro generale 7981 del 2009, proposto da:
Sisal s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rodolfo Mazzei e Nino Paolantonio, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via XX Settembre, n.1;

contro

Ministero dell'economia e delle finanze e Amministrazione autonoma monopoli di Stato, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

nei confronti di

Consorzio lotterie nazionali, rappresentato e difeso dagli avv.ti

5
5

Giuseppe De Vergottini e Cesare Caturani, presso lo studio dei quali elettivamente domicilia in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

del "bando di gara a procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati lotterie nazionali ad estrazione istantanea" pubblicato in data 19 agosto 2009, con il quale è stata indetta la procedura di selezione per l'attribuzione della concessione relativa all'esercizio delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea (c.d. "Gratta e Vinci"), nonché dei relativi capitolato d'oneri ed annessi allegati (punti 2,5; 2.7; 2.11; 12,5), capitolato tecnico, decreto direttoriale Aams n 30871/GIOCHI/UD dell'11 agosto 2009 di approvazione dello schema dell'atto di convenzione, schema atto di convenzione e risposte alle richieste di chiarimenti pubblicate in data 11, 18, 22 e 25 settembre 2009.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimato plesso amministrativo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio lotterie nazionali;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio dell'11 novembre 2009, la dr.ssa Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel

mb

verbale;

Ravvisata l'esistenza dei presupposti per definire il giudizio nel merito ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034/71;

Avvisate le parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della stessa legge n. 1034/71, tutte presenti al contraddittorio, che hanno manifestato un rilevante interesse alla decisione di merito del gravame allo stato degli atti;

Considerato che l'odierno contenzioso si situa nel contesto del mercato nazionale dei giochi e delle scommesse, nel quale, a fronte della riserva generale a favore dello Stato, ai sensi del d. lgs. 14 aprile 1948, n. 496, le relative competenze sono affidate ad Aams, che esercita le relative attività mediante concessionari privati, ed, in tale ambito, riguarda le lotterie nazionali ad estrazione istantanea;

Considerato che per queste ultime devono intendersi le raccolte di gioco caratterizzate da una modalità che permette, effettuata la scommessa con l'acquisto del biglietto, di poter conoscere istantaneamente il risultato e l'eventuale vincita, che viene prontamente pagata ("Gratta e Vinci");

Rilevato che tutte le parti costituite concordano nel prospettare la straordinaria rilevanza economica del segmento di mercato in argomento, rivelatosi per capacità di raccolta uno tra i più importanti del mercato nazionale dei giochi;

Rilevato che, attualmente, per effetto della convenzione 14 ottobre 2003 e degli atti aggiuntivi 15 ottobre 2003 e 31 maggio 2004, R.T.I.

ab

Lottomatica s.p.a., poi Consorzio lotterie nazionali qui controinteressato, è l'unico affidatario del servizio di gestione automatizzata delle lotterie nazionali (ad estrazione differita e) ad estrazione istantanea, e che nel prosieguo (dicembre 2006) al medesimo è stato anche affidato (ancorchè, come precisa la difesa erariale, il servizio sia ancora a carattere sperimentale) l'esercizio delle lotterie istantanee con partecipazione a distanza, che si configurano come una trasposizione telematica delle originarie lotterie nazionali ad estrazione istantanea con biglietto;

Rilevato che, per il complesso delle attività di cui è concessionario, il Consorzio si avvale di una molteplicità di punti vendita autorizzati (stimati dal ricorrente, e comprensivi dei contrattualizzati, nel numero complessivo di 55.400 circa, di cui 46.000 attivi);

Rilevato, ancora, che detta rete di distribuzione fisica coincide parzialmente (secondo il ricorrente per circa 23.000 punti vendita su 35.000; l'amministrazione fa invece presente che la ricorrente dispone di 15.000 punti vendita in esclusiva) con quella a servizio della ricorrente Sisal, secondo operatore nazionale nel settore dei giochi e delle scommesse, a sua volta concessionaria del gioco "Superenalotto";

Considerato che al 31 maggio 2010, data nella quale la concessione con il Consorzio andrà in scadenza, non se ne profila il rinnovo, nonostante tale facoltà sia stata prevista dall'art. 16, comma 2 della convenzione stessa;

2007

Rilevato, infatti, che:

- l'amministrazione ha sottoposto ad istruttoria la possibilità di rinnovare la concessione con il Consorzio, anche inoltrando richiesta di avviso al Consiglio di Stato, che si è espresso in senso favorevole, con prescrizioni, sulla scorta della considerazione che, vertendosi in materia di concessione di servizi, non opera il divieto di rinnovo di cui all'art. 23 della legge comunitaria del 2004 e di cui all'art. 57 del codice dei contratti pubblici (III, parere 5 maggio 2009, n. 1163/09);
- sulla materia è, però, successivamente intervenuto il legislatore, con l'art. 21 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 intitolato "rilascio di concessioni in materia di giochi", commi da 1 a 5, che ha disposto espressamente, alla scadenza della concessione vigente, che la scelta del concessionario (di norma una pluralità di soggetti) nel settore della raccolta delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea (e differita) sia affidata a procedure concorsuali aperte, competitive e non discriminatorie (comma 1);

Rilevato che nel disporre l'effettuazione della procedura competitiva il legislatore ha anche dettato precise disposizioni relative alla posizione dell'attuale concessionario: "...le lotterie ad estrazione istantanea indette in costanza della vigente concessione continuano ad essere distribuite dalla rete esclusiva dell'attuale concessionario, che le gestisce, comunque non oltre il 31 gennaio 2012 secondo le regole vigenti, a condizione che quest'ultimo risulti aggiudicatario

u l'a

anche della nuova concessione” (comma 5);

Rilevato che l'odierno gravame ha ad oggetto gli atti, di cui meglio in epigrafe, a mezzo dei quali Aams ha indetto la procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea.

Atteso che il ricorrente, che non ha presentato istanza di partecipazione alla procedura, lamenta che le condizioni di gara sono discriminatorie e violative dei principi comunitari e nazionali sulla concorrenza, essendo state congegnate in maniera da consentire la partecipazione del solo concessionario, che, peraltro, già beneficia della previsione normativa speciale di cui al comma 5 del ridetto art. 21, che ne assiste l'attività, non solo difendendola ma anche rafforzandola. Secondo il ricorrente, l'effetto di sbarramento si concreterebbe, in particolare, nella compresenza della previsione normativa in argomento e delle specifiche regole di gara che prevedono: un diritto di ingresso al mercato pari ad euro 800 milioni da dividere tra gli aggiudicatari a prescindere dal numero (comunque non superiore a quattro) degli stessi e pro capite, ovvero senza alcun criterio di ripartizione, magari basato sulle quote di mercato possedute; l'obbligo di istituire entro il 31 dicembre 2009 una capillare rete distributiva esclusiva per ogni concessionario, di cui si regola il numero minimo (non meno di 10.000 punti vendita) e non il limite massimo, nonostante l'approssimarsi del momento di saturazione del mercato e la presenza dell'enorme forza dell'attuale

et

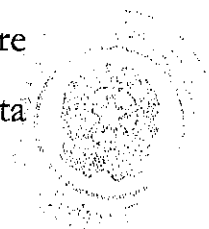
concessionario, che con ogni ragionevole certezza è destinata a consolidarsi, stante la proroga legale (definita "concessione nella concessione") e la connotazione di esclusività conferita al rapporto con i punti vendita, a tutto vantaggio del Consorzio, che sarà in grado di offrire a questi ultimi la remunerazione più alta; la prevista unica modalità di verifica di gestione al quinto anno, cui è subordinata la prosecuzione della concessione di tendenziale durata novennale (5+4), che non potrebbe mai avere un esito positivo per i nuovi entranti;

Rilevato che, non avendo la ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara, il Collegio deve prioritariamente affrontare la questione di ammissibilità del gravame, introdotta dall'amministrazione resistente e dal contro-interessato;

Osservato al riguardo che:

- è vero che consolidata (vedasi per tutte C. Stato, Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1) ed anche recente giurisprudenza, partitamente invocata nell'eccezione spiegata, esclude la sussistenza di un interesse tutelabile nel giudizio di legittimità, laddove il ricorrente non abbia partecipato alla procedura e le prescrizioni del bando non impediscono in modo assoluto e definitivo la partecipazione alla stessa;

- è, peraltro, altresì vero che la regola soffre eccezioni, essendo stato riconosciuto da parte di altra giurisprudenza, anch'essa di recente confermata (C. Stato, V, 19 marzo 2009, n. 1624) e cui la Sezione



Handwritten signature or initials.

aderisce (di recente, 19 gennaio 2009, n. 383; 27 febbraio 2008, n. 1824), più orientata alla disamina del caso concreto, che afferma, sulla sorta dell'ordinamento comunitario, che la partecipazione ad una procedura concorsuale rappresenta, in linea di principio, una condizione da soddisfare per dimostrare l'interesse all'aggiudicazione, a meno che la mancata presentazione dell'offerta non sia causata dalla presenza di clausole discriminatorie, ostative alla partecipazione alla gara, tali da azzerare ogni probabilità di aggiudicazione;

- con decisione 12 febbraio 2004, n. 230 della Corte di Giustizia è stato, invero, ritenuto che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa ha tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato. Infatti, secondo la Corte, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche;

21/2

- che sulla base di quanto sopra non è più sic et simpliciter sostenibile nell'ordinamento nazionale l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi (Cons. Stato IV, 30 maggio 2005 n. 2804; V, 8 agosto 2005, n. 4207 e 4208; 11 febbraio 2005 n. 389; 11 novembre 2004, n. 7341);

- che il tradizionale orientamento giurisprudenziale invocato dalle parti resistenti va quindi coniugato con l'indirizzo che supera il criterio della previa presentazione della domanda quale unica fonte di legittimazione all'impugnativa, valorizzando il diverso profilo sostanziale delle posizioni giuridiche azionate, i principi che garantiscono il diritto alla difesa (art. 24 cost.), la libertà della iniziativa economica privata (art. 41 cost.) e la libera e massima concorrenza. In tale prospettiva, ovvero nel caso in cui la partecipazione viene ad essere preclusa direttamente dallo stesso bando di gara, l'onere della previa presentazione della domanda si risolverebbe in un adempimento formale (in particolare, C. Stato, VI, 24 maggio 2004, n. 3386 ove si precisa che ai fini di radicare l'interesse del ricorrente non è richiesto l'adempimento di tale formalistico onere nel caso in cui la ditta impugni il bando per contestare la legittimità della formulazione delle specifiche tecniche); Considerato che il meccanismo individuato dagli atti di gara, per

mb

quanto meglio in seguito, si ravvisa di fatto impeditivo della partecipazione della ricorrente;

Rilevato, infine, che la sussistenza nella fattispecie delle denunciate condizioni discriminatorie viene confermata dalla prognosi postuma, essendo spirato nelle more del giudizio, e precisamente il 12 ottobre 2009, il termine per la presentazione delle offerte, con la partecipazione alla procedura del solo attuale concessionario, pur in presenza della (sia pur ristretta) ben individuabile platea di possibili concessionari nazionali e comunitari descritta dalla ricorrente e dell'appetibilità del settore;

Ritenuto, conseguentemente, di respingere l'eccezione in argomento e di passare all'esame del merito del gravame;

Apprezzato, per quanto di stretto interesse, che le disposizioni normative cui gli atti di gara impugnati intendono dare applicazione (commi 1-5 del precitato art. 21 del d.l. n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009), ad una piana lettura, fanno emergere:

1) la volontà della decretazione d'urgenza di conformare specificamente le attività amministrative da porre in essere nell'immediato, che si rivela innanzitutto al comma 1, nell'intenzione espressa e chiara di "garantire la tutela dei preminenti interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, qualora attribuite a soggetti estranei alla pubblica amministrazione" mediante affidamento "in concessione attribuita, nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie e nazionali, di norma ad una pluralità di



SR

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" e, poi, al comma 3, che detta le modalità della selezione concorrenziale ("criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa") ed i principali criteri;

2) un interesse schiettamente erariale, realizzato mediante previsioni sia dirette (a; c) che indirette (b; d), di cui:

a) al criterio dettato al comma 3, sub a) "rialzo delle offerte rispetto ad una base predefinita che assicuri, comunque, entrate complessivamente non inferiori a 500 milioni di euro nell'anno 2009 e a 300 milioni di euro nell'anno 2010, indipendentemente dal numero finale dei soggetti aggiudicatari";

b) al criterio dettato al comma 3, sub c) "capillarità della

20

distribuzione attraverso una rete su tutto il territorio nazionale, esclusiva per concessionario, costituita da un numero non inferiore a 10.000 punti vendita, da attivare entro il 31 dicembre 2010...”;

c) alla ulteriore e più specifica conformazione della situazione quante di cui al comma 5 “Per garantire il mantenimento dell’utile erariale, le lotterie ad estrazione istantanea indette in costanza della vigente concessione continuano ad essere distribuite dalla rete esclusiva dell’attuale concessionario, che le gestisce, comunque non oltre il 31 gennaio 2012, secondo le regole vigenti, a condizione che quest’ultimo sia risultato aggiudicatario anche della nuova concessione.”;

d) alla ancora ulteriore specifica conformazione delle verifiche sulla gestione delle concessioni, di cui al comma 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.”;

Considerato che non può che concordarsi con le parti resistenti, seppur parzialmente, ovvero per un ambito più limitato di quanto delineato dalle medesime, quando evidenziano che gli atti di gara impugnati si muovono nel tracciato costituito dai commi sopra


lib

riportati;

Valutato, peraltro, che le linee direttive legislative di cui trattasi, ove fatte oggetto di una interpretazione, e conseguente trasposizione, limitata e acritica, che le collochi globalmente e contestualmente sullo stesso piano, senza ponderare le implicazioni di una siffatta operazione con le necessità proprie dei diversi sistemi giuridici su cui esse, isolatamente considerate, vanno ad incidere, ovvero, in altre parole, laddove non sottoposte ad una lettura sistematica alla luce dei principi dei contesti normativi di riferimento, sono suscettibili di palesare vizi di irrazionalità legislativa e di disparità di trattamento, che ne metterebbero in dubbio la costituzionalità, anche in relazione alle discrasie con i principi derivanti dai trattati comunitari;

Valutato, in particolare:

- che la disposizione in parola riserva l'attuale mercato (il "Gratta e Vinci", ovvero, come si desume dagli atti di giudizio, la lotteria istantanea più grande, in termini di raccolta, del mondo) al concessionario uscente, qualora questi partecipi utilmente alla gara, sino al 31 dicembre 2012, ovvero per quasi un biennio a partire dal nuovo sistema (1 giugno 2010);
- che, conseguentemente (e in disparte ogni questione, pure emergente dagli atti di causa, inerente la sorte della lotteria "Gratta e Vinci" dopo il 31 dicembre 2012, per la quale si pongono tre possibilità: estinzione; distribuzione da parte di tutti i concessionari; distribuzione ancora riservata al Consorzio) ai nuovi entranti, quanto



267

meno sino al 31 dicembre 2012, è affidata la sola possibilità di sviluppo di nuovi prodotti commerciali, con la conseguente incertezza del mercato di riferimento;

- che, pur tuttavia, come già sopra rilevato, l'art. 21 in argomento, nel perseguimento di un importante interesse erariale, ha previsto un meccanismo di gara strutturato su rigorosissime condizioni di partecipazione, comportanti investimenti alle imprese ed utili erariali parametrati anche in ragione del valore del settore escluso, per il periodo di cui sopra, dal raggio di azione dei nuovi entranti;

Considerato che le ora dette criticità, anche in applicazione di consolidati canoni ermeneutici, nonché del principio di economia dei giudizi, non impediscono, comunque, di rintracciare una interpretazione dell'art. 21 che conferisca, al contempo, praticabilità alle intenzioni del legislatore e conformità delle relative previsioni al diritto costituzionale e comunitario;

Considerato che, anzi, tale operazione si appalesa non solo possibile ma anche agevole, attesa la chiara parte enunciativa della disposizione, che manifesta che la norma ha inteso conferire primaria rilevanza ai principi nazionali e comunitari in tema di concorrenza, a tutto vantaggio del mercato considerato e del coevo interesse erariale;

Considerato che in tal senso non sembra, peraltro, essersi orientata l'amministrazione, che afferma nelle difese che "l'apertura (del mercato n.d.r.) non è considerata dal legislatore una necessità

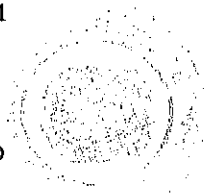


ed

assoluta, ma solo una possibilità.... . In altri termini, il bando (e la normativa di riferimento...) era diretta a verificare se sul mercato esistessero i presupposti per aprire ad altri gestori, ma, in mancanza....nulla impedisce che il servizio continui ad essere svolto da un solo gestore, atteso che non sempre tale apertura risponde alle esigenze dei giocatori ...Infatti, sulla base della normativa vigente... anche di rango comunitario....la presenza di più operatori non è un obbligo”;

Ritenuto che, a tutta evidenza, una siffatta ratio interpretativa, che si è palesemente riflessa nell'individuazione del meccanismo di gara nelle parti non coperte dalle puntuali indicazioni del legislatore, si pone contra legem;

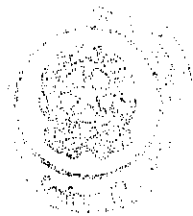
Rilevato, infatti che, contrariamente a quanto affermato dall'amministrazione, la disposizione, preso atto della imminente scadenza della concessione in vigore, ha paralizzato la facoltà, cui pure l'amministrazione poteva fare ricorso a termini di diritto vigente, di procederne al rinnovo, prescegliendo, in sua vece, la strada (non della mera possibilità, come ritiene l'amministrazione, bensì) della concorrenzialità del sistema, e, quindi, della creazione delle condizioni di un profondo mutamento del mercato considerato, dal sistema “monoproviding” a quello “multiproviding”, da realizzare con il ricorso a procedure aperte, competitive e non discriminatorie, nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie e nazionali;



clh

Considerato che alla proposizione di una siffatta ratio informatrice non può ritenersi in assoluto estranea, a condizione che non involva in un ostacolo al mercato, l'apposizione di una qualche misura che tenga in conto le condizioni dello status quo ante, e, primariamente, la necessità di conferire rilevanza al quadro dei rapporti già posti in essere dal concessionario in scadenza, sì da favorire il passaggio dal vecchio al nuovo sistema con un complessivo incremento erariale, derivante dal mantenimento dei precedenti introiti e dalle utilità apportate dall'ingresso di nuovi operatori (del resto, si osserva, l'art. 21 più volte citato è inserito in una decretazione d'urgenza titolata "anticrisi");

Apprezzato che, a fronte delle misure di tutela dell'interesse erariale puntualmente previste dalla norma (tutela della posizione dell'attuale concessionario sino al 31/12/2012; garanzia di selezione di soggetti muniti di capacità economica e finanziaria tale da reggere l'impatto con l'economia di settore considerata), il legislatore non ha, peraltro, dettato i puntuali rimedi volti a rendere compatibili le condizioni di gara con l'effettivo ingresso di nuovi operatori nel settore, ovvero non ha delineato quegli ulteriori correttivi, che i primi rendevano necessari, volti ad una equilibrata regolamentazione del sistema ed alla costituzione di condizioni di effettiva par condicio dei concorrenti, sia pur nella proporzione consentita dalla volontà di salvaguardare, per una parte determinante, la previgente condizione di mercato;



ak

Apprezzato, peraltro, e per tutto quanto sopra, che l'art. 21 in argomento non solo non pone alcun divieto di temperare in sede applicativa il rigore del descritto meccanismo a favore dei nuovi operatori potenziali, ma, in sostanza sottintende proprio una siffatta scelta, atteso che al plesso amministrativo di riferimento è stato comunque richiesto di determinare, ed anche in un periodo temporale molto breve, il passaggio al nuovo sistema "multiproviding", cui solo è affidata la realizzazione del sistema prescelto e delle relative economie;

Considerato che una tale conclusione è confortata anche dalla specifica richiesta della sede parlamentare camerale, come da o.d.g. n. 9/2561-A/27 del 27 luglio 2009 (all. 19 alla produzione di parte ricorrente);

Atteso, indi, che le misure mitigatorie rivolte a realizzare l'ordine impartito dal legislatore di determinare l'ingresso nelle lotterie nazionali ad estrazione istantanea di nuovi operatori, rapportandone le condizioni a parametri di proporzionalità e congruità, appaiono non solo più che compatibili con la ratio legis, ma anche astrattamente proponibili, potendosene individuare, alla luce del proposto gravame, quanto meno tre, nel rispetto degli elementi prefissati dal legislatore (ripartizione proporzionale del diritto di ingresso alla quota di mercato, come dal citato o.d.g. n. 9/2561-A/27 del 27 luglio 2009; individuazione di un limite massimo ai punti vendita; modulazione dei parametri di verifica dell'andamento della

ub

gestione al quinto anno che tenga conto della posizione differenziata tra l'attuale concessionario ed i nuovi);

Considerato che nulla muta considerando gli ulteriori elementi di difesa svolti dalle parte resistenti. In particolare:

- è ininfluente quanto fatto presente sia dall'amministrazione, anche oralmente, in sede di camera di consiglio, sia dal contro-interessato, in ordine alla entità del diritto di ingresso, la cui congruità e proporzionalità, si evidenzia da parte della difesa erariale, va valutata e risulta sussistente tenendo conto della rilevanza economica del servizio da concedere. Invero, pure in disparte quanto appena sopra riferito in ordine all'esito del dibattito parlamentare in sede di conversione della norma di decretazione d'urgenza, di cui al citato o.d.g. n. 9/2561-A/27 del 27 luglio 2009, ciò che è venuto qui in evidenza al fine della valutazione di congruità non è né la somma complessiva in cui tale diritto di ingresso si sostanzia, predefinito dal legislatore, né il peso in se del relativo onere finanziario per i singoli aspiranti concessionari, che è suscettibile di gravare in misura maggiore o minore su ciascuno a seconda del numero degli stessi, bensì la modalità con la quale ne è stata prevista la ripartizione, che non è risultata coerente con la quota di mercato che viene comunque assicurata in partenza al concessionario, e che aggrava in tal modo, ed immotivatamente, rispetto a quest'ultimo, le condizioni dei new comers;

- è ininfluente quanto segnalato dalla difesa erariale in ordine alla

erroneità o imprecisione di alcune affermazioni ricorsuali;
- non è fondata l'asserzione del Consorzio che necessariamente la verifica del quinto anno vedrà i concessionari in posizione paritaria: infatti, come sopra appena accennato, in primo luogo non è chiara all'attualità la sorte della lotteria "Gratta e Vinci" dopo il 31 dicembre 2012; inoltre essa, quand'anche estinta a tale data, avrebbe comunque permeato l'attività ed i risultati del Consorzio per circa un terzo del periodo posto in verifica;

Considerato che, per tutto quanto sopra, risultano fondate le censure, di carattere assorbente, rivolte dalla ricorrente avverso gli atti di gara di violazione dell'art. 30, comma 3 del codice degli appalti pubblici, dei principi comunitari e nazionali di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, tutela della concorrenza e eliminazione delle barriere all'entrata, libertà di stabilimento, nonché dello stesso art. 21 del d.l. n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009;

Considerato che l'accoglimento delle ridette doglianze, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, in forza di una interpretazione orientata della norma di riferimento, esime il Collegio, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, dalla proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia;

Ritenuto, alla luce della novità delle questioni trattate, di compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio;

P.Q.M.



Definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo accoglie disponendo, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'11 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

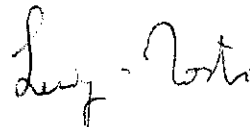
Giampiero Lo Presti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE



IL PRESIDENTE

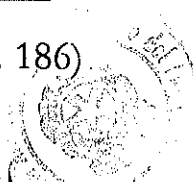
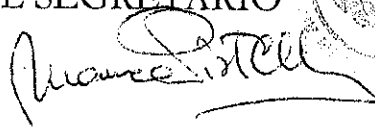


DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO



2009

Aut. Stato

