

Causa C-375/17

**Stanley International Betting Ltd
Stanleybet Malta Ltd
contro
Ministero dell'Economia e delle Finanze
Agenzia delle Dogane e dei Monopoli
con l'intervento di:
Lottomatica SpA,
Lottoitalia Srl**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e principi generali del diritto dell'Unione – Concessione per la gestione del gioco del Lotto – Scelta del legislatore nazionale di aggiudicare la concessione a un unico operatore – Calcolo del valore del contratto – Clausola di decadenza»

1. «Non è mai esistita e mai esisterà al mondo una lotteria perfettamente equa» (2).

2. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale del Consiglio di Stato (Italia) riguarda una procedura di appalto pubblico per l'aggiudicazione di un contratto di esclusiva a un operatore ai fini della gestione, in Italia, del servizio del gioco del lotto automatizzato – «Lotto» – e di altri giochi numerici a quota fissa. Nel procedimento dinanzi ai giudici italiani la Stanley International Betting Ltd e la Stanleybet Malta Ltd (in prosieguo: le «società Stanley») hanno impugnato le norme nazionali che consentono alle autorità italiane competenti di indire una gara di appalto al riguardo. Tali società sostengono che, attraverso taluni aspetti del contratto offerto in appalto, le autorità nazionali hanno di fatto creato un ostacolo che limita l'accesso al mercato ad operatori come loro stesse, in violazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (3), delle disposizioni del Trattato che disciplinano le libertà di stabilimento e il diritto di prestare servizi nonché dei principi generali del diritto dell'Unione.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. L'articolo 49 TFUE prevede che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro devono essere vietate.

4. L'articolo 56 TFUE stabilisce che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

5. Gli articoli 49 e 56 TFUE lasciano impregiudicate le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (rispettivamente, articoli 52 e 62 TFUE).

6. La direttiva 2014/23 stabilisce le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia di EUR 5 186 000 (articoli 1, paragrafo 1, e 8, paragrafo 1). Conformemente all'articolo 5, punto 10, per «diritto esclusivo» si intende il «diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività».

7. L'articolo 10 è compreso nella sezione «Esclusioni». Tale articolo individua le concessioni aggiudicate da amministrazioni aggiudicatrici e da enti aggiudicatori non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva. L'articolo 10,

paragrafo 9, stabilisce che la direttiva non si applica alle concessioni di servizi per servizi di lotterie identificati con il codice CPV 92351100-7 aggiudicate dagli Stati membri a un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo (4). Il considerando 35 della direttiva afferma al riguardo che «[l]a presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la libertà degli Stati membri di scegliere, conformemente al diritto dell'Unione, le modalità di organizzazione e di controllo dell'esercizio dell'attività dei giochi d'azzardo, anche mediante autorizzazioni. È opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva le concessioni relative alla gestione di lotterie aggiudicate da uno Stato membro ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo concesso mediante una procedura non ad evidenza pubblica ai sensi delle applicabili disposizioni legislative, regolamentari nazionali o delle applicabili disposizioni amministrative nazionali pubblicate, conformemente al TFUE. Tale esclusione è giustificata dalla concessione di un diritto esclusivo ad un operatore economico che rende inapplicabile una procedura competitiva nonché dalla necessità di preservare la possibilità per gli Stati membri di regolare a livello nazionale il settore dei giochi d'azzardo in virtù dei loro obblighi di tutela dell'ordine pubblico e sociale».

8. Conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, «Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016 (...)». L'articolo 54 specifica che la direttiva «non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014».

Diritto italiano

9. L'articolo 1, comma 653, della legge n. 190 del 2014 (definita dal giudice del rinvio come «legge di stabilità 2015»), ha demandato all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (in prosieguo: l'«ADM») il compito di indire la gara per l'affidamento in concessione esclusiva della gestione, in Italia, del servizio del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa.

Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

10. In Italia esistono due tipi di concessione per la gestione del Lotto (5): una concessione per la *raccolta delle giocate del Lotto*, riservata ai rivenditori, e una concessione per la *gestione del Lotto*, compresi, come recita l'ordinanza di rinvio, «i servizi di estrazione, collegamento e automazione». Il governo italiano sintetizza i servizi oggetto della concessione di gestione nel seguente modo: i) estrazione dei numeri vincenti, ii) collegamento informatico di tutte le ricevitorie, iii) controllo delle giocate, iv) determinazione delle giocate vincenti, v) pagamento delle vincite, vi) effettuazione della ritenuta alla fonte sui relativi proventi, e vii) versamento allo Stato dell'utile e delle ritenute alla fonte. La Lottomatica Spa è stata responsabile della prestazione di tali servizi sino alla scadenza del suo contratto, l'8 giugno 2016.

11. Nel dicembre 2015 l'ADM ha pubblicato un bando di concessione che ha fissato le seguenti condizioni fondamentali: i) la concessione sarebbe stata rilasciata per un periodo di nove anni non rinnovabile, ii) la selezione sarebbe stata basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con una base d'asta di EUR 700 milioni, iii) tale importo sarebbe stato versato dall'aggiudicatario in tranches (EUR 350 milioni all'atto dell'aggiudicazione, EUR 250 milioni nel 2016 all'atto dell'effettiva assunzione del servizio del gioco da parte dell'aggiudicatario, e la parte restante entro il 30 aprile 2017), iv) l'aggiudicatario avrebbe avuto la facoltà di utilizzare la rete di telecomunicazioni per prestazioni, dirette o indirette, di servizi diversi dalla raccolta del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa purché tali servizi fossero ritenuti dall'ADM compatibili con la principale attività di raccolta in quanto tale, e v) il concessionario avrebbe tratto un aggio pari al 6% della raccolta (6).

12. I partecipanti dovevano anche essere in grado di dimostrare una pregressa esperienza nella gestione o raccolta di gioco sulla base di un valido ed efficace titolo abilitativo in uno degli Stati dello Spazio Economico Europeo.

13. Il punto 5.3 del capitolato d'oneri che accompagna il bando di gara stabilisce i requisiti relativi alla capacità finanziaria. I partecipanti dovevano dimostrare un fatturato totale pari ad almeno EUR 100 000 000 nel corso di un triennio (dal 2012 al 2014 oppure dal 2013 al 2015) derivante da attività di gestione o raccolta di gioco. In termini di capacità tecnica, il punto 5.4 richiedeva ai partecipanti quanto segue:

«a) realizzazione complessiva, in ognuno degli ultimi tre esercizi chiusi del triennio 2012/2014 oppure del triennio 2013/2015, di una raccolta di gioco pari ad almeno EUR 350 000 000 (euro trecentocinquantamilioni/00) relativamente a tipologie di giochi effettuati tramite terminali di gioco. Nel caso in cui il candidato operi nel settore da meno di tre anni ma da almeno 18 mesi, il valore della raccolta sarà rapportato proporzionalmente al periodo di effettiva raccolta;

b) possesso della certificazione di qualità dei sistemi di gestione aziendale conforme alle norme UNI EN ISO 9001:2008 per le attività relative di gestione o raccolta del gioco esercitate [dall'offerente];

c) possesso della certificazione sui Sistemi di gestione della sicurezza delle informazioni conforme alle norme ISO/IEC 27001».

14. Il punto 12.4 ha richiesto che l'offerta economica del partecipante consista in un'offerta al rialzo sull'importo minimo a base d'asta previsto in EUR 700 milioni, con le offerte al rialzo formulate con importo minimo di EUR 3 000 000 (EUR 3 milioni).

15. L'articolo 22, paragrafo 1, dello schema di convenzione che accompagna il bando di gara ha stabilito che, allo scadere della concessione, l'operatore interessato «devolve [all'ADM], senza alcun onere a carico della stessa e a sua richiesta, tutti i beni materiali e immateriali che costituiscono la rete costituita dai punti di raccolta fisici nonché la proprietà dell'intero sistema automatizzato, comprensivo della disponibilità dei locali, delle apparecchiature, ivi compresi i terminali presso tutti i punti di raccolta».

16. L'articolo 30, paragrafo 2, dello schema di convenzione ha elencato le circostanze che potrebbero determinare la decadenza della concessione. Fra queste erano incluse:

«(h) (...) ogni ipotesi di reato per il quale sia stato disposto il rinvio a giudizio e che [l']ADM, in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario (...);

(...)

(k) il concessionario viola la normativa in materia di repressione del gioco anomalo, illecito e clandestino ed, in particolare, quando in proprio o attraverso società controllate o collegate ovunque ubicate, commercializzi sul territorio italiano altri giochi assimilabili al gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa senza averne il prescritto titolo ovvero ad altri giochi vietati dall'ordinamento italiano».

17. Con decisione del 16 maggio 2016 la concessione esclusiva è stata aggiudicata a un consorzio (la Lottitalia Srl) che includeva il prestatore del servizio uscente (la Lottomatica SpA). La notifica dell'aggiudicazione è stata pubblicata nella GURI il 20 maggio 2016. Nel frattempo, le società Stanley avevano proposto un ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (in prosieguo: il «TAR Lazio») impugnando l'articolo 1, comma 653, della legge di stabilità del 2015 e chiedendo l'annullamento degli atti relativi alla procedura, svolta dall'ADM, di selezione di un concessionario esclusivo per la gestione del Lotto. Il 21 aprile 2016, il TAR Lazio ha respinto il ricorso.

18. Così pronunciandosi, il TAR Lazio ha dichiarato, tra l'altro, che il Lotto è diverso da altri giochi, in quanto lo Stato italiano si assume il rischio di impresa, e che vi sono due elementi distinti: la raccolta delle scommesse affidata a 33 000 ricevitorie e la gestione del Lotto, compito affidato ad un unico concessionario. Per quanto riguarda la decisione dell'ADM di scegliere il modello di concessione esclusiva piuttosto che aggiudicare una serie di concessioni, il TAR Lazio ha dichiarato che siffatta decisione presentava due vantaggi. In primo luogo, essa evitava la necessità di avere un «superconcessionario» che sovrintendesse e coordinasse le attività dei vari concessionari per la gestione del Lotto. In secondo luogo, tale decisione lasciava indenne l'ADM da qualsiasi responsabilità derivante dal mancato adempimento dei propri obblighi da parte di un singolo concessionario, il che comportava l'ulteriore vantaggio di sgravare lo Stato italiano da siffatto onere. Pur sussistendo, pertanto, anche minore concorrenza nel mercato pertinente, ciò era conforme a un controllo statale responsabile sul gioco d'azzardo.

19. Inoltre, il TAR Lazio ha dichiarato che non era inopportuna la decisione di fissare la base d'asta a EUR 700 milioni e di concentrare nel primo anno gli oneri economici gravanti sul concessionario. Il valore contrattuale elevato era ragionevole e proporzionato. Era stato preventivamente verificato che almeno quindici operatori del settore erano in possesso dei requisiti speciali stabiliti ai punti 5.3 e 5.4 del capitolato d'oneri. Nei cinque esercizi precedenti era stata sempre registrata una raccolta annua superiore a EUR 6 miliardi, che generava un fatturato per il concessionario di circa EUR 400 milioni. La nuova concessione avrebbe potuto ragionevolmente generare cifre più elevate. Tali condizioni erano quindi adeguate e proporzionate, considerati la natura e l'oggetto del servizio richiesto secondo i termini dell'appalto. Il fatto che la Lottomatica avesse partecipato alla gara come rappresentante di un consorzio offerente ad hoc dimostrava che il bando non era stato deliberatamente concepito a vantaggio di tale società. Inoltre, le clausole di decadenza erano state redatte con sufficiente chiarezza tanto da non poter essere considerate dissuasive per la loro incertezza. Infine, il TAR Lazio ha dichiarato che le società Stanley non avrebbero potuto invocare la sentenza Laezza della Corte in quanto tale sentenza riguardava una questione diversa (7).

20. In sede di impugnazione dinanzi al giudice del rinvio, le società Stanley hanno sostenuto che la decisione di predisporre la procedura di gara sulla base di un modello di concessione esclusiva, di fatto, esclude loro stesse (e altri operatori del settore) dalla procedura di selezione, prevista ad hoc essenzialmente per la Lottomatica o, quantomeno, per un numero assai limitato di operatori di notevoli dimensioni la cui presenza in Italia è già consistente. Le società Stanley dichiarano di essere state dissuase dal partecipare alla procedura di gara e sostengono che gli articoli 49 e 56 TFUE, i principi generali del diritto dell'Unione e le disposizioni della direttiva 2014/23 ostano alla legge di stabilità 2015 e ai documenti relativi al bando di gara. Il giudice del rinvio è del parere che sarà assistito nella sua definizione della controversia nel procedimento principale dalla risposta della Corte alle seguenti questioni:

- «1) se il diritto dell'Unione – e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza – debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina come quella posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti attuativi, che prevede un modello di concessionario monoproducing esclusivo in relazione al servizio del gioco del Lotto, e non già per altri giochi, concorsi pronostici e scommesse;
- 2) se il diritto dell'Unione – e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi e la direttiva [2014/23], nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza – debba essere interpretato nel senso che osta ad un bando di gara che prevede una base d'asta di gran lunga superiore ed ingiustificata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, del tipo di quelli previsti dai punti 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 del capitolato d'oneri della gara per l'assegnazione della concessione del gioco del Lotto;
- 3) se il diritto dell'Unione – e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi e la direttiva [2014/23], nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza – debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina che prevede l'imposizione di un'alternatività di fatto fra divenire assegnatari di una nuova concessione e continuare ad esercitare la libertà di prestazione dei diversi servizi di scommessa su base transfrontaliera, alternatività del tipo di quella che discende dall'art. 30 dello Schema di Convenzione,

così che la decisione di partecipare alla gara per l'attribuzione della nuova concessione comporterebbe la rinuncia all'attività transfrontaliera, nonostante la legittimità di quest'ultima attività sia stata riconosciuta più volte dalla Corte di Giustizia».

21. Hanno presentato osservazioni scritte le società Stanley, la Lottoitalia, i governi di Belgio, Italia e Portogallo e la Commissione europea. Le parti hanno presentato osservazioni orali e hanno risposto ai quesiti posti dalla Corte all'udienza del 6 giugno 2018.

Valutazione

Sulla ricevibilità

22. La Lottoitalia e il governo italiano sostengono che l'ordinanza di rinvio è manifestamente irricevibile. Il giudice del rinvio ha incluso semplicemente le questioni redatte dalle società Stanley nell'ordinanza di rinvio senza esaminare se sia necessaria una decisione della Corte per definire la causa in esame. L'ordinanza di rinvio non spiega il motivo per cui le disposizioni del diritto dell'Unione menzionate in tali questioni siano pertinenti. Né il giudice del rinvio chiarisce il collegamento tra la normativa dell'Unione ivi individuata e le norme nazionali pertinenti.

23. Secondo una costante giurisprudenza, nell'ambito del procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che si assume la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze del caso di specie, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi (8).

24. Mi sembra che, pur non costituendo il modello più completo ed esaustivo di questo tipo di atto, l'ordinanza di rinvio contenga elementi sufficienti per dimostrare che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta presenta una certa attinenza con i fatti del procedimento principale. Osservo che gli elementi forniti dal giudice del rinvio erano sufficientemente dettagliati per consentire ai governi belga e portoghese di presentare osservazioni scritte (9). Pertanto, la descrizione, da parte del giudice del rinvio, del contesto di fatto e di diritto fornisce alla Corte un adeguato contesto per rispondere utilmente alle questioni poste (10).

25. Il giudice del rinvio dichiara apertamente che le questioni pregiudiziali sono state proposte dalle società Stanley. Tuttavia, detto giudice afferma altresì di ritenere esso stesso tali questioni chiaramente rilevanti per la definizione della controversia nel procedimento principale. Poiché alla Corte spetta fornire una risposta al giudice del rinvio che sia utile e consenta a tale giudice di dirimere la controversia, è necessario considerare come riformulare al meglio tali questioni con maggiore precisione (11).

26. Per le ragioni da me esposte, ritengo l'ordinanza di rinvio ricevibile.

Osservazioni preliminari

27. In primo luogo, è necessario definire il tipo di contratto di cui trattasi. Sebbene il giudice del rinvio non esamini espressamente tale punto, si presume – implicitamente, non da ultimo, nel suo riferimento alla direttiva 2014/23 – che esso consideri il contratto offerto in appalto un contratto di concessione di un servizio. I criteri fondamentali per l'individuazione di un contratto di concessione di servizi sono costituiti dal fatto che: i) il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo, e che ii) sussiste un trasferimento al concessionario del rischio legato alla prestazione dei servizi (12). Data la descrizione nell'ordinanza di rinvio del modo in cui il concessionario sarebbe remunerato e la conclusione del TAR Lazio secondo la quale il reddito percepito dal concessionario dipende dal fatturato annuo, mi sembra che il contratto descritto nel bando di gara sia in effetti un contratto di concessione di un servizio.

28. In secondo luogo, poiché il contratto di cui trattasi è di interesse transfrontaliero, le autorità che offrono l'aggiudicazione e la conclusione del contratto sono «tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, tra cui [l'articolo 56 TFUE] e, in particolare, il principio della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva» (13). La Corte rimette di norma al giudice del rinvio l'accertamento dell'esistenza di un interesse transfrontaliero. Nella fattispecie, tuttavia, la Corte dispone di elementi sufficienti per concludere che l'appalto pubblico di cui trattasi riveste, in effetti, un interesse di tal genere. Tali elementi consistono nel fatto che le società Stanley hanno sede nel Regno Unito e a Malta e che, obiettivamente, il valore del contratto, per quanto controverso, è sufficientemente elevato per assumere una rilevanza transfrontaliera (14).

29. Infine, è pacifico che l'ADM è un'autorità pubblica e che il bando di gara rientra nel settore degli appalti pubblici nel senso che è parte del processo mediante il quale tale autorità pubblica ha inteso procurare servizi per la gestione del gioco del Lotto. In tale contesto, secondo una giurisprudenza costante, «il principio di trasparenza» è un corollario del principio della parità di trattamento (15). Le norme che disciplinano tali procedimenti mirano a garantire che il mercato degli appalti sia concorrenziale, aperto e regolamentato. È in quest'ottica che intendo il riferimento ai principi generali del diritto dell'Unione («non discriminazione, trasparenza, libera concorrenza, proporzionalità e coerenza») contenuto nelle questioni sollevate dal giudice del rinvio.

Direttiva 2014/23

30. La direttiva è entrata in vigore il 17 aprile 2014 e si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate dopo tale data (16). Il termine di attuazione per gli Stati membri è scaduto il 18 aprile 2016. Nel caso di specie, il 17 dicembre 2015 l'ADM ha pubblicato un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e il 21 dicembre 2015 nella GURI. Il termine per la presentazione delle offerte era il 16 marzo 2016. Queste tre date sono tutte successive al momento in cui la direttiva 2014/23 è divenuta applicabile all'aggiudicazione di concessioni (17 aprile 2014). La concessione in quanto tale è stata aggiudicata il 16 maggio 2016, ossia dopo la scadenza del termine di attuazione ma prima della completa trasposizione della direttiva nel diritto italiano (17).

31. La Corte ha dichiarato che la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire e decide in definitiva se sia necessario indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Al contrario, sono inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (18). Tuttavia, la richiamata giurisprudenza riguarda circostanze in cui due precedenti direttive in materia di appalti pubblici erano state abrogate e sostituite dalla direttiva 2004/18/CE (19). Sebbene quest'ultima direttiva sia entrata in vigore il 30 aprile 2004, la direttiva 92/50 (appalti pubblici di servizi) e la direttiva 93/37 (appalti pubblici di lavori) sono rimaste applicabili fino alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2004/18, il 31 gennaio 2006 (20). Tali norme erano intese a garantire una transizione agevole tra la disciplina del vecchio e del nuovo regime di aggiudicazione degli appalti pubblici (21).

32. Non è questa la situazione nel caso di specie, poiché non vi era alcun regime dell'Unione concepito su misura per l'aggiudicazione di *concessioni* di lavori prima dell'adozione della direttiva 2014/23 (22). Mi sembra quindi che, conformemente al tenore letterale del secondo comma dell'articolo 54, la direttiva 2014/23 sia applicabile *ratione temporis*. Questo perché (contrariamente agli argomenti dedotti dal governo italiano e dalla Commissione) l'amministrazione aggiudicatrice ha scelto il tipo di procedura da seguire e ha preso la decisione definitiva di organizzare una gara d'appalto in un periodo in cui la direttiva 2014/23 era evidentemente già in vigore.

33. Rimane tuttavia la questione se questo particolare contratto rientri nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva. A tal riguardo, la formulazione dell'articolo 10, paragrafo 9, della direttiva 2014/23 è chiara e non ambigua. Poiché l'offerta del contratto di concessione del servizio del Lotto riguardava un «diritto esclusivo» (come definito all'articolo 5, punto 10, della direttiva (23)) relativo a un servizio espressamente menzionato dal «vocabolario comune per gli appalti pubblici» – con il codice 92351100-7 – ne deriva che l'offerta era esente dalle disposizioni della direttiva (24).

34. Il considerando 35 potrebbe essere interpretato nel senso che lascia intendere che l'esenzione si applica solo quando lo Stato membro interessato sceglie di *non* pubblicizzare l'aggiudicazione dell'appalto e di *non* favorire la concorrenza, nell'esercizio della sua «libertà (...) di scegliere (...) le modalità di organizzazione e di controllo dell'esercizio dell'attività dei giochi d'azzardo (...)», ma che, se tale Stato pubblicizza l'aggiudicazione, l'esenzione non si applica (25). Ritengo che questa sia un'interpretazione forzata di un considerando redatto in modo imperfetto che, in ogni caso, è privo di forza vincolante (26). I termini rilevanti del considerando sono, a mio avviso, «conformemente al TFUE». Detti termini evidenziano che l'appalto pubblico con un interesse transfrontaliero è soggetto, in ogni caso, a controllo secondo i trattati e i principi generali del diritto dell'Unione.

35. Pertanto, la direttiva non si applica.

Sulla prima questione

36. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che osta a norme nazionali come quelle di cui trattasi che richiedono alle autorità competenti dello Stato membro di indire una gara d'appalto per l'aggiudicazione di una concessione per la gestione del Lotto automatizzato a un unico concessionario. Il giudice del rinvio solleva tale questione in un contesto in cui i contratti offerti per altri giochi, concorsi pronostici e scommesse non sono basati sull'esclusiva, ammettendo anzi una pluralità di fornitori.

37. Mi sembra che la questione del giudice del rinvio sia costituita da tre elementi. In primo luogo, il diritto dell'Unione osta all'atto di offrire l'aggiudicazione di una concessione per la gestione del Lotto? In secondo luogo, il diritto dell'Unione osta al fatto che l'offerta riguardi una concessione esclusiva? E, in terzo luogo, il diritto dell'Unione osta al modello esclusivo, dato che i modelli non esclusivi sono stati applicati dallo Stato italiano ad altri tipi di giochi e di scommesse?

38. Le società Stanley sostengono che il modello esclusivo costituisce una restrizione ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE, che non può essere giustificata da un interesse pubblico prevalente ed è, in ogni caso, sproporzionata. Esse sostengono altresì che sussistono, in particolare, ragioni derivanti dal diritto della concorrenza per cui tutti i giochi d'azzardo dovrebbero essere trattati allo stesso modo. Il governo italiano e la Lottoitalia contestano tale opinione, affermando che i vari tipi di gioco d'azzardo giustificano una differenza di trattamento e che la restrizione è proporzionata e giustificata da un interesse pubblico prevalente. Il governo italiano sostiene inoltre che la sua decisione di scegliere un modello esclusivo è espressione della libertà di amministrazione e, come tale, sfugge al controllo quale misura collegata al gioco d'azzardo. I governi belga e portoghese e la Commissione sostengono che la restrizione risulta proporzionata e giustificata con riferimento a un interesse pubblico prevalente, sempre ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE.

39. Quanto al primo elemento – se il diritto dell'Unione osti all'offerta di un contratto di concessione – ritengo che richiedere a un potenziale gestore di una lotteria di essere titolare di un contratto di concessione *sia* una restrizione delle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE, ma che, in linea di principio, tale restrizione sia totalmente giustificabile.

40. In particolare, quando, dal punto di vista giuridico e fattuale, non è possibile per un operatore prestare servizi di gestione del Lotto in Italia in modo diverso da una concessione ottenuta attraverso una procedura di appalto pubblico, ciò equivale a un impedimento al godimento illimitato delle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE. Detto semplicemente, gli operatori sono

tenuti a presentare offerte per un contratto di concessione se intendono continuare a prestare servizi equivalenti e/o tentare di prestare tali servizi (27). Inoltre, la presenza in tale contratto di concessione di clausole di decadenza costituenti una minaccia per la continuità dell'attività (vuoi che l'applicazione di tali clausole venga determinata da una condotta inappropriata vuoi dalla cessazione del contratto di concessione) rende necessariamente il servizio fornito dagli operatori meno interessante dal punto di vista economico che nel caso in cui la titolarità di un contratto di concessione non costituisse una condizione preliminare rispetto alla prestazione di tale servizio (28).

41. Quanto al secondo elemento, *non* ritengo che si possa automaticamente presumere che la decisione di applicare un modello di concessione esclusiva costituisca, di per sé, una restrizione *illegittima* ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE. Anzi, mi sembra che, a seconda dei termini esatti del contratto di concessione del servizio, l'esclusiva *possa* rafforzare gli effetti restrittivi generali della decisione – adottata tramite la legge di stabilità 2015 – di svolgere una procedura di appalto pubblico o, al contrario, l'esclusiva *possa* attenuare tali effetti. Spetta al giudice del rinvio valutare gli accordi di esclusiva proposti per gli effetti probabilmente dissuasivi o per gli effetti persuasivi o neutri, il che contribuirà a determinare la proporzionalità complessiva degli accordi in questione. Suggestisco che detto giudice compia tale valutazione in base a criteri oggettivi, non già in base alla valutazione soggettiva dei singoli operatori (29).

42. Le opinioni da me espresse nei paragrafi precedenti sulla scelta del modello implicano necessariamente il rigetto dell'argomento del governo italiano secondo il quale tale scelta è esclusa dal controllo ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE. Almeno altre due ragioni portano alla medesima conclusione. In primo luogo, la Corte ha dichiarato in precedenza che i contratti relativi a un solo aspetto dell'attività dei giochi d'azzardo devono essere comunque valutati secondo la giurisprudenza che esamina l'attività dei giochi d'azzardo con riferimento agli articoli 49 e 56 TFUE, in quanto detti contratti non dovrebbero essere considerati indipendentemente da tali attività nel loro complesso (30). In secondo luogo, mi sembra artificioso separare la *gestione* di un gioco d'azzardo dal gioco d'azzardo in quanto tale (31).

43. A mio avviso, quindi, la decisione di svolgere una procedura di gara che applica un modello di concessione esclusiva deve essere in effetti valutata ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE. Ciò premesso, tale scelta del modello – non espressamente discriminatoria – è vietata salvo che sia giustificata in base alle deroghe espressamente previste dal TFUE o da motivi imperativi di interesse generale (32). L'onere di fornire tale giustificazione spetta alle pubbliche autorità competenti (33).

44. Nelle sue osservazioni scritte, il governo italiano cita vari fini di interesse pubblico, compreso l'obiettivo di prevenire l'infiltrazione criminale nella gestione del gioco del lotto e di convogliare i giochi d'azzardo in un circuito controllato soggetto a una minore competizione. Le osservazioni della Lottoitalia fanno inoltre riferimento a motivi di ordine pubblico e sociale, alla tutela dei consumatori e alla prevenzione delle frodi. Le società Stanley contestano il fatto che tali fini siano reali, sostenendo che la ragione principale della scelta del modello sia di incrementare le entrate erariali dello Stato italiano.

45. Tutti i fini citati dal governo italiano e dalla Lottoitalia sono stati considerati dalla Corte – congiuntamente e singolarmente – costitutivi di un interesse pubblico prevalente in relazione all'attività dei giochi d'azzardo (34). Per contro, l'aumento delle entrate per lo Stato membro non è un obiettivo atto a giustificare una restrizione alla libera prestazione di servizi, sebbene ciò possa costituire un beneficio accessorio per il governo interessato (35). Del pari, l'efficienza amministrativa (o il tentativo di evitare inconvenienti amministrativi) non è considerata un interesse pubblico prevalente (36). Spetta al giudice del rinvio stabilire quali siano gli obiettivi effettivamente perseguiti con la scelta del modello in questione (37).

46. Qualora tale giudice stabilisca che il vero obiettivo perseguito dall'Italia è principalmente quello di aumentare le entrate o è costituito da altre ragioni di natura puramente economica, la scelta del modello deve essere considerata incompatibile con gli articoli 49 e 56 TFUE. Analogamente, qualora tale giudice accerti che la scelta viene effettuata principalmente per ragioni di efficienza amministrativa, ad esempio evitare un duplice livello di concessioni di gestione (vale a dire, qualora – come chiedono le società Stanley – l'ADM dovesse nominare molteplici prestatori di servizi piuttosto che un solo prestatore di servizi esclusivo per gestire il gioco del Lotto, potrebbe essere necessario nominare un «superconcessionario» responsabile di tutta l'attività (38)), la scelta del modello deve essere ugualmente considerata incompatibile con gli articoli 49 e 56 TFUE.

47. D'altra parte, se il giudice del rinvio dovesse constatare che la scelta del modello esclusivo persegue realmente uno degli obiettivi consentiti, dovrà allora considerare se la restrizione sia proporzionata. Il giudice deve essere convinto del fatto che la restrizione è atta a conseguire gli obiettivi perseguiti dal modello interessato al livello di protezione contemplato e che non eccede quanto è necessario per conseguire tali obiettivi.

48. A tal riguardo, sebbene gli Stati membri godano di un ampio potere discrezionale, alla luce della «propria scala dei valori» e delle «divergenze (...) di ordine morale, religioso e culturale», per valutare le esigenze che l'interesse pubblico prevalente implica (39), le autorità italiane interessate devono fornire al giudice del rinvio gli elementi di prova necessari per convincere tale giudice del fatto che il modello è, in effetti, destinato a perseguire l'obiettivo dichiarato in maniera coerente e sistematica (40). Ad esempio, in precedenti rinvii pregiudiziali la Corte ha parlato di prove che dimostrino che il concessionario sarà soggetto allo «stretto controllo» delle autorità competenti o che l'offerta della concessione esclusiva è «affiancata dalla predisposizione di un contesto normativo idoneo ad assicurare che il titolare di detto monopolio sarà effettivamente in grado di perseguire, in modo coerente e sistematico, l'obiettivo prefissato» (41).

49. Il giudice del rinvio osserva, nella sua ordinanza, che il TAR Lazio ha considerato che il modello esclusivo creava una minore competizione all'interno del mercato pertinente, promuovendo in tal modo una logica di governo responsabile del gioco. A tal riguardo, la Corte ha già constatato che la presenza di «una concorrenza libera e non falsata (...) nel mercato alquanto specifico dei giochi d'azzardo, ossia tra più operatori che siano autorizzati a gestire gli stessi giochi d'azzardo, può comportare un effetto pregiudizievole dovuto al fatto che tali operatori sarebbero indotti a competere sul piano dell'inventiva per rendere la loro offerta più attraente di quella dei loro concorrenti, con conseguente aumento delle spese dei consumatori

legate al gioco nonché dei rischi di dipendenza di questi ultimi» (42). Pertanto, il diritto dell'Unione non osta alla scelta di un modello di concessione esclusiva, se essa sia intesa a creare una minore competizione e quindi a promuovere una logica di governo responsabile del Lotto.

50. Spetta al giudice del rinvio stabilire quali siano i veri obiettivi della scelta del modello di concessione esclusiva (di cui il governo italiano ha indicato vari esempi) e, qualora si tratti di obiettivi consentiti, se la scelta sia in effetti proporzionata e coerente con tali obiettivi. Nella sua valutazione della proporzionalità – che, sottolineo, è distinta rispetto alla questione dell'*obiettivo* della scelta del modello esclusivo – il giudice del rinvio può, a mio avviso, tener conto di qualsiasi forma di efficienza amministrativa ottenuta seguendo tale modello. Esso può altresì tener conto della constatazione di fatto, operata dal TAR Lazio, secondo la quale tale modello tutela lo Stato italiano dalla responsabilità finanziaria.

51. Infine, per quanto riguarda il terzo elemento, non vedo alcuna ragione per cui il contratto di gestione del Lotto debba essere aggiudicato, secondo il diritto dell'Unione, a più operatori semplicemente perché molteplici concessioni non esclusive sono offerte, in Italia, per altri giochi, concorsi pronostici e altri tipi di scommesse, come l'effettuazione di una semplice scommessa a quota fissa.

52. Tale argomento si riduce ad affermare che, poiché i giochi implicano tutti varie forme di gioco d'azzardo, devono essere trattati secondo un approccio indifferenziato (43). Mi sembra ovvio, tuttavia, che sussistano differenze tra il contratto che l'ADM ha offerto in appalto nella fattispecie e, ad esempio, una licenza per gestire la concessione di scommesse ippiche.

53. Come osserva il giudice del rinvio nella sua ordinanza, il TAR Lazio ha constatato che le principali differenze consistono: i) nel fatto che il contratto offerto in appalto si riferisce alle attività tecniche, amministrative e organizzative rientranti nella gestione di una lotteria nazionale e non ad operazioni dirette con i clienti, come accade nel caso delle scommesse, e ii) nel rischio economico che lo Stato italiano sopporta – il quale, per quanto controverso, risulta in contrasto con l'assenza di *qualsiasi* rischio per lo Stato quando si effettuano scommesse presso un operatore commerciale autorizzato sul risultato di una partita di calcio o di una corsa ippica. Inoltre, un'analisi di diritto della concorrenza secondo il quale il mercato di tutte le attività dei giochi d'azzardo dovrebbe essere trattato allo stesso modo (vale a dire, con concessioni non esclusive multiutente) non è pertinente nel caso di specie. La valutazione, da parte della Corte, dei servizi di gioco d'azzardo ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE riconosce espressamente che la concorrenza può essere legittimamente limitata e che, di conseguenza, un approccio «tradizionale», basato sull'articolo 101 o 102 TFUE, è inadeguato (44).

54. Infine, non vedo alcuna ragione per mettere in dubbio la trasparenza del modello. La valutazione che, come ho indicato nei paragrafi precedenti, dovrebbe essere effettuata dal giudice del rinvio, comprende anche necessariamente la presa in considerazione del «principio di coerenza» (nel senso che la scelta del modello deve essere coerente con l'obiettivo di interesse generale perseguito) nonché il riconoscimento che la totale libertà di concorrenza non è sempre auspicabile.

55. Propongo pertanto di rispondere alla prima questione nel senso che la decisione delle autorità nazionali competenti di applicare un modello di concessione per la gestione di un'attività di gioco come il Lotto costituisce una limitazione del godimento delle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE. Spetta al giudice del rinvio definire la portata di tale limitazione, considerate le caratteristiche oggettive del modello di concessione esclusiva oggetto dell'appalto. Spetta quindi alle autorità nazionali fornire elementi di prova sufficienti a dimostrare i) l'obiettivo di interesse pubblico prevalente che si tenta di perseguire attraverso la scelta di tale modello e ii) la proporzionalità di detto modello rispetto a tale obiettivo.

Sulla seconda questione

56. La seconda questione parte dal presupposto che il valore del contratto sia eccessivamente elevato («ingiustificato») rispetto ad altre condizioni previste nel bando di gara e chiede se il diritto dell'Unione osti, pertanto, a tale valore. Il TAR Lazio – le cui constatazioni non sono state messe in dubbio, e ancor meno contraddette dal giudice del rinvio – è giunto alla conclusione opposta. Riformulerei, pertanto, la seconda questione come segue: quando un'autorità pubblica indice una gara d'appalto, se il diritto dell'Unione osti alla stipulazione di una base d'asta qualora tale valore sia elevato, in particolare se considerato nel contesto delle altre condizioni previste nel bando di gara.

57. Le società Stanley concentrano l'attenzione sull'effetto combinato del valore del contratto elevato e delle altre condizioni contrattuali, affermando che il risultato è di escluderle dall'asta e di riservare il contratto offerto in appalto al prestatore del servizio uscente. Per contro, i governi belga e italiano, la Lottoitalia e la Commissione evidenziano i fattori oggettivi alla base del calcolo del valore contrattuale. Essi concludono che la cifra che ne deriva risulta proporzionata e ragionevole nonostante le altre condizioni contrattuali. Il governo portoghese non ha presentato osservazioni specifiche sulla seconda questione.

58. A mio avviso, il punto di partenza è che l'inclusione di un valore contrattuale nel bando di gara è *di per sé* incontestabile. Infatti, il valore approssimativo è uno degli elementi di informazione essenziali che devono essere contenuti in un bando di gara pubblicato (così come, ad esempio, i dati relativi alla natura del contratto offerto in appalto). In mancanza di tale elemento, il bando di gara rischia di non attrarre offerte.

59. Tuttavia, qualora il valore del contratto – considerato in quanto tale – fosse privo di una base oggettiva, sarebbe violato, tra l'altro, il principio di trasparenza.

60. A mio avviso, l'ordinanza di rinvio contiene constatazioni di fatto sufficienti, da parte del giudice nazionale, affinché la Corte possa essere certa del fatto che la cifra di EUR 700 milioni non può essere oggetto di tale obiezione. Tale cifra non è così incredibilmente elevata da essere priva di una base oggettiva.

61. Nell'ordinanza di rinvio si rileva che il TAR Lazio ha constatato che i) il fatturato derivante dalla raccolta delle giocate è stato superiore, ogni anno, a EUR 6 miliardi per cinque esercizi consecutivi (osservo che tale cifra trova riscontro nel punto II.2.1 del bando di gara), e ii) l'introito annuo che ne è derivato ammonterebbe approssimativamente a EUR 400 milioni (corrispondenti all'aggio del 6% proposto, sempre al punto II.2.1 del bando di gara). Risulta quindi che lo Stato italiano offriva di vendere la possibilità di realizzare EUR 400 milioni all'anno per un totale di nove anni (tutelata contro ogni forma di concorrenza) in cambio di (almeno) EUR 700 milioni da corrispondere in un periodo di tre anni.

62. Nell'ordinanza di rinvio sono riportati altri fattori presi in considerazione dal TAR Lazio. Sebbene l'importo al quale le concessioni di lotterie sono state vendute in altri Stati membri non sia necessariamente paragonabile in senso stretto, mi sembra del tutto opportuno tener conto di ulteriori fattori come la circostanza che il pagamento doveva essere ripartito su un periodo di tre anni, che alle società era consentito formare raggruppamenti temporanei ai fini dell'offerta e che lo Stato italiano poteva o meno sopportare parte del rischio finale, unitamente alla natura dei servizi da prestare complessivamente e alla condizione di trasferimento all'ADM, a titolo gratuito, al termine della concessione, di «tutti i beni materiali e immateriali che costituiscono la rete (...)» (articolo 22, paragrafo 1, dello schema di convenzione) (45). Il fatto che 15 società siano state giudicate dall'ADM idonee a soddisfare le condizioni del bando di gara colloca la cifra calcolata di EUR 700 milioni in un contesto generale più ampio, ma comunque pertinente.

63. Qualora il giudice del rinvio stabilisca che l'ammontare del valore contrattuale è stato calcolato obiettivamente sia quando è stato considerato singolarmente sia quando è stato confrontato con altre condizioni contrattuali, ciò sarà sufficiente per respingere l'affermazione delle società Stanley secondo la quale la cifra è discriminatoria nei loro confronti e/o costituisce per le stesse una disparità di trattamento rispetto al prestatore del servizio uscente. Il fatto che un potenziale offerente sia dissuaso dal presentare offerte semplicemente perché il valore del contratto è elevato o irraggiungibile per una società che agisce individualmente non pregiudica l'obiettività di tale valore.

64. Tuttavia, qualora il giudice del rinvio concluda che considerazioni soggettive, più che fattori oggettivi, hanno costituito la base del valore stabilito per il contratto, è assai difficile vedere in che modo il conseguente ostacolo alle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE possa essere giustificato quale mezzo proporzionato e trasparente per il conseguimento di un fine conforme all'interesse pubblico prevalente (46). Parimenti, se l'effetto del valore contrattuale combinato con altre condizioni contrattuali fosse tale da rendere la partecipazione alla gara particolarmente priva di attrattiva (o addirittura impossibile) per chiunque tranne che per il prestatore del servizio uscente, la conseguente restrizione dello stabilimento transfrontaliero e della prestazione del servizio non soddisferebbe sicuramente tali criteri.

65. Propongo pertanto di rispondere alla seconda questione nel senso che il diritto dell'Unione non osta all'inserimento di un valore contrattuale elevato nel bando di gara per un appalto pubblico qualora l'oggettività di tale importo sia accertata nel contempo di per sé e con riferimento agli altri diritti e obblighi previsti nel bando di gara. Spetta al giudice nazionale stabilire se così avviene nel caso di specie.

Sulla terza questione

66. La terza questione parte da due presupposti (entrambi a favore delle società Stanley): che la legge di stabilità 2015 e il bando di gara richiedono alle società Stanley di rinunciare a un'attività commerciale qualora intendano ottenere l'aggiudicazione del contratto offerto in appalto, e che la Corte ha confermato la legittimità di tale attività commerciale.

67. Entrambi i presupposti vanno criticati. In primo luogo, nessuna interpretazione naturale della legge di stabilità 2015 o del bando di gara porta alla conclusione che tali atti si riferiscono espressamente alle società Stanley. Né il TAR Lazio ha proceduto a constatazioni di fatto, riportate nell'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato, che possano corroborare siffatto presupposto. In secondo luogo, la Corte non si è pronunciata sulla legittimità della particolare attività commerciale che le società Stanley tentano, in questa sede, di addurre come legittima.

68. Riformulerei pertanto la terza questione come segue: se gli articoli 49 e 56 TFUE e/o i principi di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza ostino all'inserimento, in uno schema di convenzione per la concessione esclusiva della gestione di una lotteria nazionale, di clausole che prevedano la decadenza della concessione nel caso in cui a) il concessionario, i suoi dipendenti o agenti siano accusati di determinati reati o b) il concessionario violi le norme nazionali sulla repressione del gioco anomalo, illecito o clandestino, quando tali clausole operano in modo tale da escludere un potenziale offerente.

69. Le società Stanley affermano contemporaneamente che le clausole di decadenza sono state formulate in termini vaghi e che tali clausole costituiscono una minaccia sufficientemente chiara e precisa per dette società nel senso di ostacolarle o dissuaderle dal presentare offerte, poiché nei loro confronti sono pendenti vari procedimenti e, quindi, esse violano automaticamente le clausole di decadenza. Esse affermano inoltre che, contrariamente ai principi stabiliti dalla Corte nella sentenza Costa e Cifone (47), tali clausole si riferiscono anche a reati che non sono stati accertati con sentenza passata in giudicato. I governi belga e italiano, la Lottoitalia e la Commissione affermano, in sintesi, che le clausole di decadenza sono chiare, che sono proporzionate rispetto al fine perseguito e che non operano automaticamente per escludere le società Stanley dalla procedura di appalto. Il governo portoghese non ha presentato osservazioni specifiche sulla terza questione.

70. Esaminerò anzitutto l'articolo 30, paragrafo 2, lettere h) e k), dello schema di convenzione con riferimento al principio di trasparenza (che implica anche l'esame del principio di non discriminazione) prima di passare all'analisi dei requisiti di cui agli articoli 49 e 56 TFUE. Infine, esaminerò la questione dell'autorità del giudicato, concentrando l'attenzione, in particolare, sull'articolo 30, paragrafo 2, lettera h), dello schema di convenzione.

71. Nell'ordinanza di rinvio si osserva che il TAR Lazio ha considerato le clausole di decadenza sufficientemente trasparenti. A tal riguardo, il criterio da applicare è la considerazione delle clausole dal punto di vista di un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente (48). Nella sentenza Costa e Cifone, la Corte ha fornito indicazioni

riguardo a ciò che rispondeva ai requisiti di trasparenza in tale contesto. In tal senso, una formulazione che consentiva la decadenza di una concessione per «ipotesi di reato di cui alla legge 19 marzo 1990, n. 55», era ritenuta ammissibile in quanto si riferiva a reati specifici e definiti rinvenibili in tale legge (che erano anche in linea con lo scopo generale della lotta alla criminalità). Per contro, tuttavia, una formulazione che consentiva la decadenza per «ogni altra ipotesi di reato suscettibile di far venir meno il rapporto fiduciario con [l'amministrazione aggiudicatrice]» era inammissibile in quanto tale formulazione non «consenti[va] ad ogni potenziale offerente di valutare con certezza il rischio che gli ven[issero] applicate simili sanzioni» (49).

72. Spetta al giudice del rinvio, ove necessario, valutare nuovamente la trasparenza di entrambe le clausole di decadenza alla luce della giurisprudenza alla quale ho appena fatto riferimento.

73. Da parte mia, ritengo che un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente e avveduto non abbia particolare difficoltà a comprendere l'ambito di applicazione dell'articolo 30, paragrafo 2, lettera k), dello schema di convenzione. Per quanto riguarda l'articolo 30, paragrafo 2, lettera h), le circostanze in cui l'ADM può dichiarare la decadenza della concessione secondo tale clausola dello schema di convenzione sono descritte in modo succinto ma chiaro. Una serie cumulativa di condizioni deve essere soddisfatta prima che l'ADM decida se procedere o meno con la procedura di decadenza. La decadenza non è automatica, ma è evidente che essa può aver luogo una volta che sussistano dette condizioni. Il fatto che la clausola conferisca all'ADM il potere discrezionale di decidere se dichiarare la decadenza della concessione non priva la clausola di chiarezza. Inoltre, è evidente che un terzo distinto dall'ADM (ossia il pubblico ministero, come era pacifico in udienza) valuta se sussistano elementi sufficienti per giustificare un'imputazione per presunto reato. La combinazione di tali elementi mi sembra adeguata per garantire il rispetto del principio di trasparenza.

74. Passando poi alla valutazione ai sensi degli articoli 49 e 56 TFUE, la Corte ha dichiarato che subordinare un'attività economica come la prestazione di servizi di gestione del Lotto alla condizione di presentare un'offerta e ottenere l'aggiudicazione di una concessione e a clausole che consentono la potenziale decadenza di tale concessione in un momento successivo costituisce un ostacolo alle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE (50). Le clausole sulla decadenza devono quindi essere giustificate rispetto a un obiettivo di interesse pubblico prevalente e soddisfare il criterio di proporzionalità. Ho già parlato di ciò che viene richiesto alle autorità italiane riguardo al conseguimento dell'obiettivo dell'interesse pubblico prevalente (51). Il giudice del rinvio dovrà verificare se le clausole controverse siano adeguate e necessarie per conseguire tale obiettivo e non vadano al di là di quanto è necessario per raggiungerlo. In proposito osservo semplicemente che i motivi di cui all'articolo 30, paragrafo 2, lettera h), dello schema di convenzione, ad esempio, sono espressamente collegati all'attività criminosa e che uno degli obiettivi di interesse pubblico dichiarati è la lotta alla criminalità connessa alla gestione del Lotto.

75. Passo infine all'argomento relativo all'autorità del giudicato. Il fatto che l'articolo 30, paragrafo 2, lettera h) [e l'articolo 30, paragrafo 2, lettera k)] dello schema di convenzione non siano limitati ai reati accertati con sentenza passata in giudicato significa che devono essere automaticamente considerati sproporzionati (52)?

76. È utile ricordare a questo punto che il presupposto sul quale è basata la terza questione consiste nel fatto che le società Stanley dovrebbero rinunciare a un modello operativo esistente, legittimo e affermato dal punto di vista commerciale per non violare le clausole di cui all'articolo 30, paragrafo 2, lettere h) e/o k), dello schema di convenzione.

77. Nella sentenza Costa e Cifone le clausole in discussione erano formulate in termini di decadenza della concessione ma, in concreto, avevano come effetto di *escludere* del tutto determinati operatori dalla procedura di gara (in quanto la decadenza sarebbe effettivamente scattata il giorno dell'aggiudicazione della licenza). La Corte ha dichiarato che «(...) un'esclusione dal mercato in virtù della decadenza della concessione dovrebbe, in linea di principio, essere considerata proporzionata all'obiettivo della lotta contro la criminalità unicamente nel caso in cui fosse fondata su una sentenza avente autorità di giudicato e riguardante un delitto sufficientemente grave. Una legislazione che contempli, anche in modo temporaneo, l'esclusione di operatori dal mercato potrebbe essere considerata proporzionata unicamente a condizione di prevedere un'efficace possibilità di ricorso in sede giurisdizionale nonché un risarcimento del danno subito nel caso in cui, in un momento successivo, tale esclusione si rivelasse ingiustificata» (53).

78. Dagli elementi di cui dispone la Corte non risulta chiaramente che le clausole controverse nel caso di specie abbiano avuto *realmente* l'effetto di escludere automaticamente le società Stanley dalla procedura di gara. Il giudice del rinvio dovrà quindi esaminare innanzitutto attentamente la natura di qualsiasi procedimento pendente a carico delle società Stanley e stabilire se tale procedimento era effettivamente tale da determinare l'applicazione immediata della clausola di decadenza, qualora dette società avessero presentato offerte per l'appalto e quest'ultimo fosse stato loro aggiudicato. In caso contrario, quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza Costa e Cifone non è, in ogni caso, direttamente rilevante.

79. Se le società Stanley fossero escluse, è tuttavia ammissibile inserire una clausola di decadenza in uno schema di convenzione per la concessione esclusiva di una lotteria che possa essere applicata a discrezione dell'amministrazione aggiudicatrice nel momento in cui il concessionario, i suoi dipendenti o agenti siano stati imputati, ma non ancora condannati, per un reato grave (a fortiori, nel momento in cui la condanna non abbia ancora acquisito l'autorità di giudicato)?

80. Mi sembra che abbiamo, in questo caso, un classico esempio in cui sia necessario individuare un giusto equilibrio tra due interessi contrapposti. Da un lato, l'interesse pubblico alla repressione della criminalità nel sistema delle lotterie (come sostenuto dal governo italiano). Dall'altro, l'interesse commerciale privato del concessionario esclusivo, associato alla presunzione che la persona accusata di un reato è innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata provata (54).

81. Per quanto riguarda il suddetto interesse pubblico, l'esistenza di una sentenza avente autorità di giudicato implica lo svolgimento (forse protratto nel tempo) di (inizialmente) un procedimento penale completo e poi (potenzialmente) di una sequenza completa di impugnazioni. Può trascorrere un lungo periodo di tempo prima che la condanna passi in giudicato. Sotto il profilo dell'interesse pubblico, esistono chiaramente gravi svantaggi nel dover attendere fino a quel momento prima che la

decadenza della concessione esclusiva per la gestione della lotteria nazionale possa essere dichiarata. Nel frattempo, la gestione di un servizio avente un valore economico e vulnerabile resterà affidata al concessionario. Ciò è chiaramente un esito indesiderato se – alla fine – risulta che il concessionario, i suoi dipendenti o agenti sono effettivamente colpevoli di un reato che [per citare l'articolo 30, paragrafo 2, lettera h), dello schema di convenzione], «in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, [l'amministrazione aggiudicatrice] valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario».

82. Se, tuttavia, è consentito applicare la clausola di decadenza in un momento in cui sussiste (in realtà) soltanto il sospetto che sia stato commesso un grave reato (benché si tratti di un sospetto opposto da un'autorità pubblica terza quale un pubblico ministero), ciò può far pendere la bilancia troppo a favore dell'interesse pubblico a danno dell'interesse privato. Sulla base di un *fumus boni iuris* che *non* sia stato ancora esaminato in un procedimento penale condotto secondo le ordinarie garanzie, il diritto dell'operatore di svolgere la sua attività e il diritto alla presunzione di innocenza fino a quando la sua colpevolezza non sia stata provata rischiano entrambi di essere pregiudicati.

83. Osservo, a questo punto, che l'ordinamento giuridico dell'Unione in altre procedure di appalto pubblico prevede la possibilità di escludere da una procedura di gara con riferimento non solo alla commissione di gravi reati ma anche a casi in cui l'operatore «si è reso *colpevole* di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità» (il corsivo è mio) (55). Pertanto, nell'interpretare la disposizione equivalente sull'esclusione di cui alla direttiva 2004/18 (56), ad esempio, la Corte ha dichiarato che «una decisione di tipo giurisdizionale, pur non ancora definitiva, può, a seconda dell'oggetto di tale decisione, fornire all'amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave errore professionale, ove tale decisione può comunque essere sottoposta a controllo giurisdizionale» (57).

84. Suggestisco quindi che il giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato debba collocarsi nel momento in cui è già stata pronunciata una «decisione di tipo giurisdizionale» che conferma il sospetto di condotta criminosa o di grave errore professionale. Pertanto, nel caso di specie, ciò consentirebbe – ad esempio – l'esclusione dopo la pronuncia di una condanna in primo grado, da parte di un giudice competente, relativamente a un reato che abbia indotto l'ADM a dubitare del fatto che l'operatore avesse «l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale» inerenti al contratto di concessione dei servizi del Lotto. Sarebbe inoltre necessaria la presenza di mezzi di ricorso disponibili per il concessionario escluso, che gli consentano i) di chiedere la sospensione della decisione dell'ADM concernente la decadenza della concessione in pendenza del giudizio di impugnazione contro la decisione giurisdizionale in questione e ii) di chiedere un risarcimento danni all'amministrazione aggiudicatrice qualora tale decisione giurisdizionale dovesse essere successivamente riformata in sede di impugnazione (58). Per entrambi i tipi di mezzi di ricorso, i meccanismi necessari dovrebbero essere stabiliti per legge piuttosto che in via contrattuale (59).

85. Per quanto riguarda il presente procedimento, se le due clausole di decadenza impugnate abbiano – o non abbiano – dissuaso le società Stanley dal presentare offerte e quali mezzi di ricorso e garanzie siano a disposizione del concessionario escluso in base al diritto nazionale sono entrambe questioni che spetta essenzialmente al giudice nazionale verificare, e non le esaminerò in maniera più approfondita.

86. Propongo pertanto di rispondere alla terza questione nel seguente modo: gli articoli 49 e 56 TFUE e i principi di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza non ostano all'inserimento, in uno schema di convenzione per la concessione esclusiva della gestione di una lotteria nazionale, di clausole che prevedono la decadenza della concessione nel caso in cui a) il concessionario, i suoi dipendenti o agenti siano accusati di determinati reati o b) il concessionario violi norme nazionali di diritto amministrativo in materia di repressione del gioco anomalo, illecito o clandestino, ove tali clausole operino in modo tale da escludere un potenziale offerente, purché

- le clausole in questione siano sufficientemente precise, prevedibili e chiare da consentire a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente e avveduto di comprenderne la portata e l'applicazione, e
- le pertinenti violazioni di diritto penale o amministrativo a cui si riferiscono le clausole siano state confermate da una decisione giurisdizionale, e
- l'operatore interessato abbia il diritto, riconosciuto per legge, di impugnare siffatta decisione giurisdizionale (compreso il diritto di chiedere provvedimenti provvisori), nonché il diritto, riconosciuto per legge, di chiedere il risarcimento dei danni qualora tale decisione giurisdizionale dovesse essere successivamente riformata in sede di impugnazione.

Conclusione

87. Pertanto, propongo alla Corte di rispondere come segue alle questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato (Italia):

1) la decisione delle autorità nazionali competenti di applicare un modello di concessione per la gestione di un'attività di gioco come il Lotto costituisce una limitazione del godimento delle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE. Spetta al giudice del rinvio definire la portata di tale limitazione, considerate le caratteristiche oggettive del modello di concessione esclusiva oggetto dell'appalto. Spetta quindi alle autorità nazionali fornire elementi di prova sufficienti a dimostrare i) l'obiettivo di interesse pubblico prevalente che si tenta di perseguire attraverso la scelta del modello e ii) la proporzionalità di detto modello rispetto a tale obiettivo.

2) Il diritto dell'Unione non osta all'inserimento di un valore contrattuale elevato nel bando di gara per un appalto pubblico qualora l'oggettività di tale importo sia accertata nel contempo di per sé e con riferimento agli altri diritti e obblighi previsti nel bando di gara. Spetta al giudice nazionale stabilire se così avviene nel caso di specie.

3) Gli articoli 49 e 56 TFUE e i principi di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza non ostano all'inserimento, in uno schema di convenzione per la concessione esclusiva della gestione di una lotteria nazionale, di clausole che prevedono la decadenza della concessione nel caso in cui a) il concessionario, i suoi dipendenti o agenti siano accusati di determinati reati o b) il concessionario violi norme nazionali di diritto amministrativo in materia di repressione del gioco anomalo, illecito o clandestino, e ove tali clausole operino in modo tale da escludere un potenziale offerente, purché

- le clausole in questione siano sufficientemente precise, prevedibili e chiare da consentire a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente e avveduto di comprenderne la portata e l'applicazione, e
- le pertinenti violazioni di diritto penale o amministrativo a cui si riferiscono le clausole siano state confermate da una decisione giurisdizionale, e
- l'operatore interessato abbia il diritto, riconosciuto per legge, di impugnare siffatta decisione giurisdizionale (compreso il diritto di chiedere provvedimenti provvisori), nonché il diritto, riconosciuto per legge, di chiedere il risarcimento dei danni qualora tale decisione giurisdizionale dovesse essere successivamente riformata in sede di impugnazione.

[1](#) Lingua originale: l'inglese.

[2](#) Adam Smith, *La ricchezza delle nazioni*, 1776, Libro 1, Capitolo X, Parte 1.

[3](#) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (GU 2014, L 94, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva»).

[4](#) Il «CPV» è il «vocabolario comune per gli appalti pubblici» che istituisce «un sistema unico di classificazione applicabile agli appalti pubblici allo scopo di standardizzare i riferimenti utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori per descrivere l'oggetto dei loro appalti» [considerando 1 del regolamento (CE) n. 213/2008 della Commissione, del 28 novembre 2007, recante modifica del regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV) e delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relative alle procedure per gli appalti pubblici, per quanto riguarda la revisione del CPV (GU 2008, L 74, pag. 1)]. Il codice 92351100-7 si riferisce specificamente ai servizi di gestione di lotterie.

[5](#) Per quanto mi è dato comprendere, il gioco del Lotto consiste essenzialmente nella possibilità per un giocatore di indovinare esattamente cinque numeri su una o più tra 11 «ruote». Il Lotto è un gioco a quota fissa, nel senso che l'importo dell'eventuale vincita è noto in anticipo. Ogni settimana si svolgono tre estrazioni. Le giocate possono essere effettuate online o di persona.

[6](#) Il bando di concessione è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 17 dicembre 2015 (2015/S 244-443689). Detto bando è stato successivamente pubblicato nella GURI, Serie Speciale, n. 150 il 21 dicembre 2015. Farò riferimento a tale bando di concessione utilizzando l'espressione «bando di gara».

[7](#) Sentenza del 28 gennaio 2016, C-375/14, EU:C:2016:60. La causa riguardava l'attribuzione, da parte delle autorità italiane, di concessioni fino a un numero massimo di 2 000 per la raccolta di scommesse, «esclusivamente in rete fisica», su eventi sportivi, anche ippici, e non sportivi. Il requisito secondo il quale la rete doveva essere ceduta a titolo non oneroso alle autorità all'atto della revoca della concessione era una delle questioni esaminate dalla Corte. V. anche infra, paragrafo 62 e la nota che lo accompagna.

[8](#) Sentenza dell'8 settembre 2010, Winner Wetten, C-409/06, EU:C:2010:503, punto 36 e giurisprudenza ivi citata.

[9](#) V. ordinanza del 3 luglio 2014, Talasca, C-19/14, EU:C:2014:2049, punto 23 e giurisprudenza ivi citata.

[10](#) Cfr. la situazione descritta nell'ordinanza del 20 luglio 2016, Stanleybet Malta e Stoppani, C-141/16, non pubblicata, EU:C:2016:596, addotta dalla Lottoitalia.

[11](#) Sentenza del 13 febbraio 2014, TSN e YTN, C-512/11 e C-513/11, EU:C:2014:73, punto 32 e giurisprudenza ivi citata. V. anche infra, paragrafi 56 e 68.

[12](#) V., in particolare e per analogia, sentenza del 10 marzo 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punti da 24 a 26 e giurisprudenza ivi citata. V., a quest'ultimo proposito, le conclusioni del TAR Lazio riportate al paragrafo 18 supra e ai paragrafi 50 e 53 infra.

[13](#) V., in particolare, sentenza del 3 giugno 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, EU:C:2010:307, punto 39 e giurisprudenza ivi citata. Il passaggio cita l'originario «articolo 49 CE», la norma che ha preceduto l'articolo 56 TFUE.

[14](#) V., per analogia, sentenza del 16 aprile 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punto 20.

[15](#) V., in particolare, sentenza del 16 febbraio 2012, *Costa e Cifone*, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punti 73 e 74 e giurisprudenza ivi citata.

[16](#) Articolo 54 della direttiva. La data del 17 aprile 2014 va intesa alla luce delle disposizioni generali della direttiva che includono obblighi continuativi riguardanti, in particolare, le modifiche ai contratti di concessione di servizi e la risoluzione degli stessi. Pertanto, se tale contratto fosse aggiudicato in un determinato momento successivo al 17 aprile 2014, ma fosse poi modificato o risolto dopo la data di applicazione della direttiva, l'autorità pubblica competente dovrebbe attenersi alle norme di cui all'articolo 43 (modifica) o all'articolo 44 (risoluzione).

[17](#) Ho tratto le date concernenti la procedura di gara dalle informazioni contenute nel fascicolo nazionale. In base a ricerche da me effettuate risulta che la direttiva 2014/23 è stata trasposta in Italia mediante due provvedimenti pubblicati rispettivamente il 19 aprile 2016 e il 5 maggio 2017.

[18](#) Sentenza del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

[19](#) Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114). La normativa precedente era contenuta rispettivamente nella direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1) e nella direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU 1993, L 199, pag. 54).

[20](#) Articoli 82 e 83 della direttiva 2004/18.

[21](#) V. altresì sentenza del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punti 32 e 33.

[22](#) V. la proposta della Commissione di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione [COM(2011) 897 definitivo, pag. 2].

[23](#) L'articolo 10, paragrafo 9, dispone che «[a]i fini del presente paragrafo il concetto di diritto esclusivo non include i diritti esclusivi di cui [a]ll'articolo 7, paragrafo 2». L'articolo 7, paragrafo 2, fa riferimento a «enti aggiudicatori» cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi. Non ritengo che nella presente causa siano in discussione tali diritti.

[24](#) Questa mia conclusione è corroborata dall'ambito di applicazione materiale della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, pag. 36). L'articolo 2, paragrafo 2, lettera h) di tale direttiva stabilisce che essa «non si applica alle (...) attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie (...)». Il motivo di tale esclusione è spiegato nel considerando 25: «È opportuno escludere dal campo d'applicazione della presente direttiva i giochi con denaro, ivi comprese le lotterie e le scommesse, tenuto conto della natura specifica di tali attività che comportano da parte degli Stati membri l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori».

[25](#) V. supra, paragrafo 7.

[26](#) Sentenza del 10 gennaio 2006, *IATA e ELFAA*, C-344/04, EU:C:2006:10, punto 76.

[27](#) V., in particolare, e per analogia, sentenza del 15 settembre 2011, *Dickinger e Ömer*, C-347/09, EU:C:2011:582, punto 41 e giurisprudenza ivi citata.

[28](#) V., in particolare, e per analogia, sentenza del 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-463/13, EU:C:2015:25, punto 46 e giurisprudenza ivi citata. V. inoltre infra, paragrafo 74.

[29](#) Ad esempio, se un operatore ha adottato la decisione esecutiva di non tentare mai di aggiudicarsi contratti di esclusiva con le autorità (per qualsiasi sua ragione interna), tale elemento *non* dovrebbe essere preso in considerazione nel valutare la generale deterrenza o attrattiva del modello scelto dalle autorità in questione.

[30](#) Sentenza dell'8 settembre 2010, Stoß e a., C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504, punto 56 e giurisprudenza ivi citata.

[31](#) La stessa ADM sembra collegare i due elementi, richiedendo agli offerenti di possedere un'esperienza pregressa «derivante da attività di gestione o raccolta di gioco» e «relativamente a tipologie di giochi effettuati tramite terminali di gioco» (v. punti 5.3 e 5.4 del capitolato d'oneri), in altri termini, non solo la pregressa esperienza riguardo alle «attività di gestione».

[32](#) V., in particolare, sentenze del 24 gennaio 2013, Stanleybet e a., C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, punto 22 e giurisprudenza ivi citata, e del 19 luglio 2012, Garkalns, C-470/11, EU:C:2012:505, punto 35 e giurisprudenza ivi citata.

[33](#) Sentenza del 15 settembre 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, punto 54 e giurisprudenza ivi citata.

[34](#) V., in particolare, sentenze del 15 settembre 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, punto 63 e giurisprudenza ivi citata; del 6 marzo 2007, Placanica e a., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, punto 46 e giurisprudenza ivi citata, e del 30 giugno 2011, Zeturf, C-212/08, EU:C:2011:437, punti 45 e 46.

[35](#) V., in particolare, sentenze del 30 giugno 2011, Zeturf, C-212/08, EU:C:2011:437, punto 52 e giurisprudenza ivi citata, e del 15 settembre 2011, Dickinger e Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, punto 55.

[36](#) Sentenza del 30 giugno 2011, Zeturf, C-212/08, EU:C:2011:437, punto 48.

[37](#) Sentenza del 24 gennaio 2013, Stanleybet e a., C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, punto 26 e giurisprudenza ivi citata. Il mio riferimento al «giudice del rinvio» include il TAR Lazio per l'accertamento dei fatti, qualora tale obbligo dovesse spettare, in definitiva, a quest'ultimo giudice.

[38](#) A tal proposito, v. supra, paragrafo 18.

[39](#) Sentenza dell'8 settembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, C-42/07, EU:C:2009:519, punto 57 e giurisprudenza ivi citata.

[40](#) Sentenza del 30 aprile 2014, Pflieger e a., C-390/12, EU:C:2014:281, punti 49 e 50 e giurisprudenza ivi citata.

[41](#) V., in particolare, sentenze dell'8 settembre 2010, Stoß e a., C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, EU:C:2010:504, punti 81 e 83, e dell'8 settembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International, C-42/07, EU:C:2009:519, punto 65.

[42](#) Sentenza del 24 gennaio 2013, Stanleybet e a., C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, punto 45 e giurisprudenza ivi citata.

[43](#) V., in particolare e per analogia, sentenza del 10 gennaio 2006, IATA e ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, punto 95 e giurisprudenza ivi citata.

[44](#) Sentenza del 24 gennaio 2013, Stanleybet e a., C-186/11 e C-209/11, EU:C:2013:33, punto 45 e giurisprudenza ivi citata.

[45](#) Nella sentenza Laezza (sentenza del 28 gennaio 2016, C-375/14, EU:C:2016:60), la Corte ha dichiarato che una clausola formulata in modo analogo era illegittima in quanto il fine che essa tentava di conseguire poteva essere realizzato con misure meno restrittive, compreso il pagamento, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, del prezzo di mercato dei beni. È possibile che l'articolo 22, paragrafo 1, dello schema di convenzione (v. supra, paragrafo 15) non desti le stesse preoccupazioni, date distinzioni di fatto come la diversa durata del contratto in questione (40 mesi in detta causa contro 9 anni nel caso di specie) e il fatto che alcuni beni per la gestione del Lotto saranno ereditati dall'offerente aggiudicatario (come confermato dal governo italiano in udienza). Ciò detto, l'ordinanza di rinvio tace riguardo al modo in cui il TAR Lazio è giunto alla conclusione che la sentenza Laezza non potrebbe essere invocata dalle società Stanley e alla Corte non viene richiesto espressamente di pronunciarsi sulla sua applicazione: quest'ultima è una questione spettante al giudice del rinvio.

[46](#) V. supra, paragrafi 41 e segg.

[47](#) Sentenza del 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 81.

[48](#) Sentenza del 12 marzo 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punti 54 e 55 e giurisprudenza ivi citata.

[49](#) Sentenza del 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punti 78 e 79.

[50](#) Sentenza del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 70. V. anche supra, paragrafo 40.

[51](#) V. supra, paragrafi 43 e segg.

[52](#) Sentenza del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 81. L'espressione «autorità del giudicato» deve essere intesa come riferita a una decisione giurisdizionale che sia divenuta definitiva dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o che, dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi, non possa più essere rimessa in discussione: v. sentenza del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 58.

[53](#) La Commissione, in udienza, ha evidenziato tale distinzione. V. sentenza del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punti 68 e 81.

[54](#) Tale presunzione è stabilita, in particolare, all'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2010, C 83, pag. 391) e si applica oltre che ai procedimenti penali ai procedimenti in materia di diritto della concorrenza svolti dalla Commissione (v. sentenza dell'8 luglio 1999, Hüls/Commissione, C-199/92, EU:C:1999:358, punto 150 e giurisprudenza ivi citata) e all'imposizione di sanzioni da parte delle autorità dell'Unione, come il congelamento dei beni per presunte attività terroristiche (v. sentenza del 7 dicembre 2010, Fahas/Consiglio, T-49/07 EU:T:2010:499, punti 63 e 64). L'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona considera inoltre l'applicazione di tale presunzione in procedure di gara analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella fattispecie: v. paragrafo 38 e nota 8 delle sue conclusioni nella causa Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:506.

[55](#) V., in particolare, articolo 38, paragrafo 7, lettera c) della direttiva 2014/23.

[56](#) L'articolo 45, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18 prevede che «[p]uò essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico (...) che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice».

[57](#) Sentenza del 20 dicembre 2017, Impresa di Costruzioni Ing.E. Mantovani e Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, punto 47. Per chiarire, la Corte considerava, in tale causa, una fattispecie in cui era stata pronunciata una condanna che non era tuttavia divenuta ancora definitiva.

[58](#) Pertanto, ad esempio, il diritto nazionale dovrebbe assicurare che l'azione di risarcimento *non* possa essere respinta dall'amministrazione aggiudicatrice mediante la semplice deduzione dell'esistenza di una clausola simile all'articolo 30, paragrafo 2, lettera h), nel contratto di concessione. Qualora, come i fatti hanno dimostrato, l'imputazione che ha determinato l'applicazione di tale clausola risulti infondata, il diritto nazionale dovrebbe considerare che la clausola è stata invocata *erroneamente*, in modo tale

che l'azione di risarcimento sia mantenuta (purché siano dimostrati gli altri elementi costitutivi dell'azione risarcitoria, quali il nesso causale e il quantum del danno). Qualora la decisione giurisdizionale iniziale fosse stata annullata in base a motivazioni di tipo processuale più che sostanziale, l'operatore escluso potrebbe non avere sempre diritto automaticamente al risarcimento, ma potrebbe (a seconda delle circostanze) essere tenuto altresì a impugnare il contenuto di tale decisione.

[59](#) Tali requisiti sono in linea con la constatazione formulata dalla Corte al punto 81 della sentenza Costa e Cifone (sentenza del 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80) secondo la quale «[u]na legislazione che contempra, anche in modo temporaneo, l'esclusione di operatori dal mercato potrebbe essere considerata proporzionata unicamente a condizione di prevedere un'efficace possibilità di ricorso in sede giurisdizionale nonché un risarcimento del danno subito nel caso in cui, in un momento successivo, tale esclusione si rivelasse ingiustificata».