Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 21 gennaio 2021 [1]

Cause riunite C-721/19 e C-722/19

Sisal SpA (C-721/19)
Stanleybet Malta Ltd,
Magellan Robotech Limited (C-722/19)
contro
Agenzia delle Dogane e dei Monopoli,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
nei confronti di:
Lotterie Nazionali Srl,
Lottomatica Holding Srl

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

«Rinvio pregiudiziale – Libertà di stabilimento – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Direttiva 2014/23/UE – Articoli 3 e 43 – Aggiudicazione di appalti pubblici – Procedure di selezione dei concessionari – Lotterie ad estrazione istantanea – Legislazione nazionale che dispone il rinnovo della concessione senza gara di appalto – Modifica delle condizioni di concessione – Modifiche sostanziali – Diritto di accesso al sistema dei ricorsi»

1. Tra le forme di gioco d'azzardo autorizzate in Italia vi è la cosiddetta «lotteria nazionale ad estrazione istantanea» [2], la cui gestione è stata affidata, nel 2009, mediante il sistema della concessione amministrativa. L'amministrazione aggiudicatrice ha selezionato l'aggiudicatario della concessione attraverso una procedura di gara di appalto pubblico, basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Il decreto-legge n. 78/2009 [3] ha configurato un sistema di concessione della lotteria nazionale ad estrazione istantanea in cui potevano essere selezionati fino a quattro concessionari. La durata della concessione era di nove anni, rinnovabile una sola volta per lo stesso periodo.

3. Ha partecipato alla gara un unico offerente, la Lotterie Nazionali Srl (in prosieguo: la «Lotterie Nazionali»), che è stato designato quale concessionario unico.

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Si tratta di lotterie del tipo «gratta e vinci» nelle quali i partecipanti possono conoscere immediatamente il risultato della loro scommessa. Dopo l'acquisto di un biglietto, la combinazione casuale vincente, stampata e nascosta, viene rivelata grattando una determinata area del biglietto stesso.

3 Decreto-legge del 1º luglio 2009, n. 78 – «Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini» (GURI n. 150, del 1º luglio 2009), convertito con modificazioni con legge del 3 agosto 2009, n. 102 (GURI n. 179, del 4 agosto 2009; in prosieguo: il «decreto-legge n. 78/2009»).

4. Due anni prima della scadenza del periodo iniziale (2010/2019), un nuovo atto legislativo, il decreto-legge n. 148/2017 [4], ha imposto all'amministrazione aggiudicatrice di autorizzare la «prosecuzione del rapporto concessorio in essere (...) sino al termine ultimo previsto (...) d[a] ll'atto di concessione» [5], vale a dire fino al 2028.

5. Il Consiglio di Stato (Italia) dubita che la prosecuzione del rapporto concessorio per tale periodo, senza aprire una nuova procedura di gara, sia compatibile con il diritto alla libera prestazione dei servizi e con la libertà di stabilimento (articoli 49 e 56 TFUE) nonché con la direttiva 2014/23/UE [6].

6. Esso si chiede, inoltre, se gli operatori del settore che non hanno partecipato alla gara originaria possano opporsi al rinnovo, reclamando l'apertura di una nuova procedura di gara.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/23

7. Ai sensi dell'articolo 3 («Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza»):

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità.

(...)».

8. L'articolo 43 («Modifica di contratti durante il periodo di validità») enuncia quanto segue:

«1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che altererebbero la natura generale della concessione;

(...)

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4.

(...)

[4] Decreto-legge del 16 ottobre 2017, n. 148 – «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili» (GURI n. 242, del 16 ottobre 2017), convertito con modificazioni con legge del 4 dicembre 2017, n. 172 (GURI n. 284, del 5 dicembre 2017; in prosieguo: il «decreto-legge n. 148/17»).

[5] In alcuni passaggi delle ordinanze di rinvio [ad esempio al punto 12, lettera c.8)], il giudice del rinvio afferma che la prosecuzione del rapporto concessorio è sostanzialmente assimilata al rinnovo o alla proroga dello stesso.

[6] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).

4. La modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), quando muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa. In ogni caso, fatti salvi i paragrafi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

(...)

5. Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione in conformità della presente direttiva è richiesta per modifiche delle disposizioni di una concessione durante il periodo della sua validità diverse da quelle previste ai paragrafi 1 e 2».

B. Diritto italiano

1. Decreto-legge n. 78/2009

9. L'articolo 21 («Rilascio di concessioni in materia di giochi») così recita:

«1. Per garantire la tutela di preminenti interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, qualora attribuite a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, la gestione di queste attività è sempre affidata in concessione attribuita, nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie e nazionali, di norma ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie. Conseguentemente, (...) 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.

(...)

3. La selezione concorrenziale per l'aggiudicazione della concessione è basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'ambito della quale valore prioritario è attribuito ai seguenti criteri:

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;

(...)

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».

2. Decreto-legge n. 148/2017

10. L'articolo 20, comma 1, è del seguente tenore:

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

II. Fatti, procedimento nazionale e questioni pregiudiziali

11. Mediante bandi pubblicati nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 15 agosto 2009 e del 2 aprile 2010, l'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (Italia) ha avviato la «procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati lotterie nazionali ad estrazione istantanea» [7].

12. Il capitolato d'oneri stabiliva quanto segue [8]:

– la gestione indiretta delle attività di raccolta del gioco sarebbe sempre stata affidata in concessione;

– le concessioni sarebbero state attribuite di norma ad una pluralità di soggetti, il cui numero non doveva essere superiore a quattro, scelti in esito a procedure aperte, competitive e non discriminatorie;

– ogni concessionario era tenuto a versare un corrispettivo, pari a una percentuale delle entrate;

– la selezione dei concessionari si sarebbe basata sul principio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, tra i suoi criteri, sarebbe stato preso in considerazione il rialzo delle offerte rispetto ad una base predefinita in modo da assicurare, comunque, entrate complessive non inferiori a EUR 500 milioni nel 2009 e a EUR 300 milioni nel 2010, indipendentemente dal numero finale degli aggiudicatari;

– le concessioni, eventualmente rinnovabili per non più di una volta, avrebbero avuto una durata nove anni, suddivisi in due periodi di cinque e quattro anni. La prosecuzione della concessione per il secondo periodo sarebbe stata subordinata alla positiva valutazione della gestione del

[7] Secondo le ordinanze di rinvio (punto 3.1), in forza di una convenzione del 14 ottobre 2003, tale modalità di lotteria era stata gestita fino al 31 maggio 2010 dal raggruppamento temporaneo di imprese Lottomatica (divenuto successivamente Lotterie Nazionali). La Lottomatica Holding Srl controlla la Lotterie Nazionali, di cui detiene il 64% del capitale sociale.

[8] Il capitolato d'oneri riproduceva, in sostanza, quanto previsto dall'articolo 21 del decreto-legge n. 78/2009.

concessionario da parte dell'Amministrazione, da esprimere entro il primo semestre del quinto anno.

13. Partecipava alla gara solo la Lotterie Nazionali, la quale risultava aggiudicataria in esclusiva.

14. Al termine del primo semiperiodo di cinque anni, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Italia; in prosieguo: l'«ADM»)[9] autorizzava la prosecuzione per il secondo semiperiodo, di quattro anni, fino al 30 settembre 2019.

15. Il 26 luglio 2017 la Lotterie Nazionali chiedeva all'ADM di attivare la clausola di prosecuzione della concessione per un ulteriore periodo di nove anni.

16. Con nota del 19 settembre 2017 l'ADM concludeva che la prosecuzione richiesta era nell'interesse pubblico.

17. Il 16 ottobre 2017 entrava vigore l'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017.

18. Conformemente a tale disposizione, l'ADM, con nota del 1º dicembre 2017, fissava al 30 settembre 2028 il termine ultimo per la concessione, previa formale accettazione da parte del concessionario delle condizioni specificate all'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/17. La Lotterie Nazionali accettava dette condizioni il giorno stesso.

19. Le società Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd e Magellan Robotech Limited (in prosieguo: le «società ricorrenti») impugnavano tale decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Italia), il quale ne respingeva le domande con sentenze n. 9730/2018 e n. 9734/2018, entrambe del 4 ottobre 2018.

20. Le società ricorrenti impugnavano dinanzi al Consiglio di Stato le sentenze di primo grado. Tali sentenze venivano impugnate, in via incidentale, anche dall'ADM e dalla Lotterie Nazionali nella parte relativa alle eccezioni di irricevibilità respinte.

21. Mediante sentenze parziali non definitive nn. 6079 e 6080, del 3 novembre 2019, il Consiglio di Stato ha respinto i ricorsi incidentali dell'ADM e della Lotterie Nazionali e, nel merito, ha espresso dubbi circa la conformità al diritto dell'Unione dell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/17.

22. In tale contesto, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 e segg. e 56 e segg. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione europea] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, del tipo di quella contenuta nell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge del 16 ottobre 2017, n. 148, e nei conseguenti atti attuativi, che dispone che "*1. In applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1º luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli*

[9] L'ADM era succeduta all'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato.

provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018", in una situazione in cui:

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

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

– alla gara indetta nel 2010 non hanno partecipato le società ricorrenti;

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

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

2) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 e segg. e 56 e segg. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione europea] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta nell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge del 16 ottobre 2017, n. 148, che, in dichiarata applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge 1º luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, dispone che "*l'Agenzia delle dogane e dei monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, dell'atto di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018*", ciò prevedendo:

– attraverso la prosecuzione temporale dell'unico rapporto concessorio in essere, in luogo degli eventuali rinnovi delle plurime concessioni di cui all'articolo 21, comma 4, del decreto-legge del 1º luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 [agosto] 2009, n. 102, e senza l'indizione di una nuova gara;

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

– in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018, così modificando

alcuni aspetti afferenti alle modalità e al termine del pagamento del corrispettivo della concessione, nonché, potenzialmente, all'importo complessivo del pagamento dovuto sotto il profilo della sua onerosità, in particolare con il cambiamento dei termini di pagamento, anticipandoli rispetto a quanto previsto dalla originaria concessione, in considerazione – secondo la prospettazione dei ricorrenti – del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo.

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

– prima che fosse maturato il termine della originaria scadenza della concessione medesima (la comunicazione dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli [protocollo n.] 0133677, è stata emanata il 1º dicembre 2017, mentre il contratto di concessione sarebbe scaduto il successivo 30 settembre 2019);

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

– con ciò determinando la potenziale modificazione dell'importo complessivo del pagamento dovuto, sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione – secondo la prospettazione dei ricorrenti – del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo.

4) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 e segg. e 56 e segg. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione europea] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta a una tale normativa, anche nell'ipotesi in cui gli operatori del settore attualmente interessati ad entrare nel mercato non abbiano partecipato alla gara originariamente indetta

per l'aggiudicazione della concessione in scadenza e proseguita con il concessionario uscente, alle descritte nuove condizioni contrattuali, ovvero se l'eventuale restrizione all'accesso al mercato si verifichi solo nell'ipotesi della loro effettiva partecipazione alla gara originaria».

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

23. Le domande di pronuncia pregiudiziale sono pervenute alla cancelleria della Corte il 23 settembre 2019. Data la loro connessione, la Corte ha deciso di riunirle.

24. Hanno presentato osservazioni scritte la Lotterie Nazionali, la Lottomatica Holding, la Sisal, la Stanleybet Malta, la Magellan Robotech, il governo italiano e la Commissione, i quali hanno risposto per iscritto ai quesiti loro rivolti dalla Corte.

IV. Valutazione

A. Precisazioni preliminari

25. I dubbi espressi dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio riguardano soprattutto gli aspetti sostanziali della controversia, sui quali vertono le questioni pregiudiziali dalla prima alla terza.

26. La quarta questione, invece, è piuttosto di natura procedurale, in quanto si chiede con essa se influisca sulla controversia il fatto che le società ricorrenti, «operatori del settore attualmente interessati ad entrare nel mercato», non abbiano partecipato alla gara originaria.

27. Dopo avere analizzato la prima questione pregiudiziale, raggrupperò le mie riflessioni sulla seconda e sulla terza questione, che ritengo preferibile esaminare congiuntamente, data la loro stretta connessione.

28. Preliminarmente, occorre precisare quale norma del diritto dell'Unione sia applicabile nei presenti procedimenti e quale sia il regime generale stabilito dalla giurisprudenza della Corte e dalla direttiva 2014/23, per quanto riguarda la modifica delle condizioni delle concessioni.

29. Devo inoltre rilevare che nel corso del procedimento non è stata sollevata alcuna obiezione volta a contestare la normativa italiana in quanto assoggetta tale modalità di lotteria a un regime di concessione, sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione la Corte si è già pronunciata [10].

[10] Sentenza del 19 dicembre 2018, Stanley International Betting e Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; in prosieguo: la «sentenza Stanley International Betting e Stanleybet Malta»), punto 66: «La Corte [ha] approvato nel settore dei giochi d'azzardo il ricorso al sistema delle concessioni, ritenendo che quest'ultimo possa costituire un meccanismo efficace che consente di controllare gli operatori attivi in questo settore, allo scopo di prevenire l'esercizio di queste attività per fini criminali o fraudolenti (v., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2013, Biasci e a., C-660/11 e C-8/12, EU:C:2013:550, punto 24 nonché la giurisprudenza ivi citata)».

30. Nella presente controversia non sono contestate neppure la giustificazione della durata totale della concessione (inizialmente nove anni, più altri eventuali nove anni) [11] né altri aspetti del regime della medesima [12].

B. Quadro normativo applicabile

31. Ai sensi dell'articolo 54 della direttiva 2014/23, quest'ultima «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». Poiché la concessione originaria della lotteria nazionale ad estrazione istantanea è stata aggiudicata nel 2010, sembrerebbe, in linea di principio [13], che tale disposizione escluda l'applicazione della direttiva 2014/23 alla controversia [14].

32. Anticipo già che, a prescindere dalla risposta a tale dubbio, occorrerebbe in ogni caso prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte relativa all'incidenza degli articoli 49 e 56 TFUE, concernenti la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, sulle norme in materia di appalti pubblici.

33. In particolare, detta giurisprudenza trae dalle due disposizioni suddette del Trattato FUE conseguenze su quando le modifiche sostanziali di un appalto pubblico possano richiedere, in linea di principio, una nuova gara. Tale criterio si applica parimenti ai contratti di concessione di servizi [15].

34. Qualora, in caso di modifiche sostanziali delle condizioni di una concessione, essa debba essere sottoposta a una nuova gara, quest'ultima deve essere disciplinata dalle norme vigenti alla data del bando e non da quelle in vigore al momento dell'aggiudicazione della concessione originaria [16].

[11] La durata totale di una concessione potrebbe costituire un fattore rilevante. Conformemente alla giurisprudenza, «concessioni di una durata massima di quindici anni [sono] idone[e] a ostacolare, se non ad impedire, l'esercizio da parte di operatori situati in altri Stati membri delle libertà garantite dagli artt. 43 CE e 49 CE» (sentenza del 9 settembre 2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506, punto 46).

[12] Dalla lettura delle sentenze pronunciate in primo grado dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio emerge che a suo tempo è stato proposto un ricorso, nel cui ambito è intervenuta la Sisal, contro la prima gara, sul quale il Consiglio di Stato ha statuito in via definitiva con sentenza n. 1705/2010.

[13] Sentenza Stanley International Betting e Stanleybet Malta, punto 34: «In conformità di una costante giurisprudenza, formatasi in materia di appalti pubblici e applicabile per analogia in materia di concessione di servizi, la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura che essa seguirà e risolve definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico».

[14] Nel presente procedimento non può parlarsi di una situazione puramente interna: la concessione, per le sue caratteristiche, presenta una dimensione transfrontaliera certa, superiore a quella nazionale, e due delle società ricorrenti hanno sede fuori dell'Italia.

[15] Sentenza del 13 aprile 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), punto 37: «Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale».

[16] Sentenza del 18 settembre 2019, Commissione/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), punto 60: «(…) La normativa dell'Unione applicabile è quella in vigore alla data di tale modifica [sostanziale]». Nella sua risposta ai quesiti della Corte, il governo italiano sostiene che tale giurisprudenza, concernente la 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, non sarebbe applicabile in quanto la direttiva 2014/23 conterrebbe una norma speciale (l'articolo 54) che non figurava nella prima. Non condivido questo argomento, che sembra un circolo vizioso, in quanto il disposto del menzionato articolo 54 presuppone che non vi siano state modifiche sostanziali.

35. Muovendo da tale premessa, se le modifiche delle condizioni relative alla concessione della lotteria ad estrazione istantanea introdotte dal decreto-legge n. 148/17 fossero sostanziali, al punto da richiedere una nuova gara, a quest'ultima sarebbe applicabile ratione temporis la direttiva 2014/23 [17].

36. Lo stesso criterio può valere per i casi di proroghe come quella oggetto della controversia, anche quando siano contemplate dal titolo originario. Se la concessione della proroga per un nuovo e lungo periodo di tempo (di nove anni) dipende da una valutazione ad casum dell'amministrazione aggiudicatrice, senza automaticità [18], mi sembra più logico che essa debba essere conforme al quadro normativo vigente alla data in cui ha luogo.

37. Ad ogni modo, gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23 si limitano ad incorporare in un testo normativo la giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici:

– l'articolo 3 riflette i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, che sono funzionali all'«obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici (...) di assicurare la libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri» [19];

– l'articolo 43, nel disciplinare la modifica della concessione durante il suo periodo di validità, si ispira, del pari, a criteri giurisprudenziali consolidati [20], secondo i quali «in linea di principio, una modifica sostanziale di un contratto di concessione di lavori pubblici deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto così modificato» [21].

38. Di conseguenza, che ci si attenga alla giurisprudenza relativa al rispetto della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi, oppure agli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23, il risultato sarà sostanzialmente lo stesso.

39. Quanto all'inapplicabilità ratione materiae che deriverebbe dal considerando 35 della direttiva 2014/23 [22], alla quale fa riferimento la Lotterie Nazionali [23], è sufficiente rilevare che, nel caso di specie, vi è stata una procedura competitiva di aggiudicazione ad evidenza pubblica.

[17] Il decreto-legge n. 148/17 e la susseguente nota dell'ADM sono successivi al termine ultimo per la trasposizione della direttiva 2014/23 (il 18 aprile 2016, conformemente al suo articolo 51, comma 1).

[18] Nelle loro risposte ai quesiti della Corte, la Stanleybet Malta, la Magellan Robotech e la Commissione sottolineano che non vi era alcun *obbligo* di proseguire il rapporto concessorio.

[19] Sentenza del 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punti 31 e 32).

[20] Ciò è affermato al considerando 75 della direttiva 2014/23: «È (…) necessario precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione della concessione».

[21] Sentenza del 18 settembre 2019, Commissione/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756, punto 59). Sia detta sentenza che quella dell'11 luglio 2013, Commissione/Paesi Bassi (C-576/10, EU:C:2013:510, punto 54), tengono conto della modifica degli aspetti essenziali del contratto. È ragionevole che modifiche minori o accidentali siano ammissibili e non rendano necessaria una nuova gara. Il considerando 75 della direttiva 2014/23 lo conferma nei termini seguenti: «Le modifiche della concessione comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato livello dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura di concessione».

[22] «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».

[23] Punto 9 delle sue osservazioni scritte.

C. Disciplina generale delle modifiche della concessione

40. Secondo la giurisprudenza summenzionata, l'articolo 43 della direttiva 2014/23 distingue tra le modifiche della concessione che possono essere introdotte «senza una nuova procedura» (paragrafi 1 e 2) e le altre modifiche. Queste ultime sono qualificate come *sostanziali*.

41. Il paragrafo 5 del suddetto articolo dispone tassativamente che «una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione in conformità della presente direttiva è richiesta per modifiche delle disposizioni di una concessione durante il periodo della sua validità diverse da quelle previste ai paragrafi 1 e 2».

42. Il criterio per stabilire quando una modifica sia sostanziale e richieda l'avvio di una nuova procedura è fissato dal paragrafo 4 dell'articolo 43 della direttiva 2014/23: «La modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale (...) quando muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa».

43. Concretizzando tale regola generale, il medesimo paragrafo 4 prevede quattro ipotesi di modifiche sostanziali, due delle quali possono essere rilevanti nel caso di specie:

– «la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, (...) avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione» [24];

– «la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale» [25].

D. Sulla prima questione pregiudiziale

44. Il Consiglio di Stato, dopo avere osservato che le società ricorrenti non hanno partecipato alla gara organizzata ai sensi del decreto-legge n. 78/2009, afferma che la loro rinuncia potrebbe essere stata motivata dal fatto che il rinnovo della concessione era meramente eventuale, in quanto dipendeva dall'esercizio di una facoltà discrezionale conferita all'Amministrazione.

45. Esso aggiunge che tale facoltà discrezionale sarebbe stata elisa dal decreto-legge n. 148/17, peraltro entrato in vigore due anni prima della scadenza del (primo) periodo di nove anni previsto dall'atto di concessione.

46. L'eventuale incompatibilità con la normativa europea risiederebbe quindi nel fatto che il legislatore del 2017, mediante un atto normativo, avrebbe eliso ogni possibile discrezionalità amministrativa riguardo alla decisione di mantenere il rapporto concessorio o di organizzare una nuova gara.

47. A mio avviso, occorre anzitutto rilevare che la prosecuzione del rapporto concessorio per un ulteriore periodo di nove anni figurava già nell'atto originario, che, dal canto suo, era conforme al decreto-legge n. 78/2009.

[24] Tale situazione è stata esaminata dalla Corte nella sentenza del 7 settembre 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634), punto 29: «Una riduzione dell'entità di detto appalto è idonea a renderlo interessante anche per operatori economici di dimensioni minori».

[25] L'origine giurisprudenziale di questa norma si rinviene nella sentenza del 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, punto 37).

48. Questo dato è importante perché, *attivando* tale disposizione, è stata data attuazione al suddetto atto, semplicemente applicando una delle disposizioni della convenzione di concessione originaria.

49. Come spiegherò nel prosieguo, l'esercizio della facoltà di rinnovare la concessione, una sola volta, per un nuovo periodo di nove anni non ha modificato il modello originario, che era conforme al sistema a più concessionari (esso prevedeva fino a quattro possibili aggiudicatari della concessione).

50. Detto modello, in quanto tale, è rimasto invariato. Tuttavia, poiché, al momento della sua attuazione pratica nel 2010, di fatto un solo operatore economico aveva partecipato alla gara ed era divenuto pertanto concessionario unico, la prosecuzione del rapporto concessorio per gli ulteriori nove anni, che era prevista dal titolo originario, doveva essere attribuita in capo a tale operatore.

51. È vero tuttavia che, parimenti secondo il titolo originario, doveva essere l'Amministrazione concedente a valutare positivamente la gestione effettuata dal concessionario per consentire il passaggio al successivo periodo di nove anni.

52. Fatto salvo quanto spiegherò in merito alle condizioni specifiche imposte all'offerente per ottenere la prosecuzione del rapporto concessorio per altri nove anni, ritengo irrilevante che tale prosecuzione sia stata disposta mediante un decreto-legge, dopo che l'Amministrazione concedente aveva confermato che essa era nell'interesse pubblico.

53. Infatti, l'ADM, con nota del 19 settembre 2017 [26], ha valutato positivamente la gestione che la Lotterie Nazionali aveva effettuato fino ad allora e ha esposto i motivi per i quali risultava opportuno proseguire il rapporto concessorio con detta società, conformemente al titolo originario, per altri nove anni. Nell'operare tale valutazione, l'ADM si è avvalsa della sua facoltà di valutazione discrezionale, cui fa riferimento il Consiglio di Stato.

54. In tale nota si legge che la prosecuzione del rapporto concessorio con la Lotterie Nazionali, oltre ad essere vantaggiosa per l'interesse pubblico sotto il profilo economico, era giustificata dalla valutazione positiva dell'operato di detta società [27].

55. Il decreto-legge n. 148/17 ha quindi confermato l'opportunità di proseguire il rapporto concessorio nel senso della valutazione discrezionale già compiuta dall'ADM.

56. A prescindere dai motivi per i quali tale prosecuzione è stata disposta con un provvedimento legislativo, e non con un atto della Pubblica Amministrazione concedente, resta il fatto che quest'ultima, ripeto, aveva già valutato favorevolmente, prima dell'adozione del decreto-legge n. 148/17, la gestione del concessionario e aveva dichiarato che la prosecuzione del rapporto concessorio era nell'interesse pubblico.

[26] La nota rispondeva alla richiesta presentata il 26 luglio 2017 dalla società concessionaria per ottenere il rinnovo della concessione.

[27] Secondo l'ADM, il concessionario aveva mantenuto i livelli di raccolta richiesti, aveva gestito efficacemente, attenendosi alle indicazioni della stessa ADM, la rete di distribuzione fisica della lotteria nazionale ad estrazione istantanea e aveva proceduto con particolare attenzione a pagare, correttamente e tempestivamente, il corrispettivo dovuto allo Stato, nonché i premi spettanti ai consumatori.

1. Multiconcessionario e concessionario unico

57. In vari passaggi delle ordinanze di rinvio, nonché in alcune delle osservazioni della parti che si oppongono alla prosecuzione del rapporto concessorio a favore della Lotterie Nazionali [28], si sostiene che tale prosecuzione comporterebbe la trasformazione di un sistema a più concessionari in un sistema a concessionario unico.

58. Ho già rilevato che l'opzione per il multiconcessionario, che figurava nel decreto-legge n. 78/2009, era ancora in vigore quando è stata autorizzata la prosecuzione del rapporto concessorio e, di per sé, non è stata sostituita da un modello a concessionario unico in forza del decreto-legge n. 148/17.

59. Ho inoltre spiegato che, se nel contesto della presente controversia si è potuto parlare di concessionario unico, ciò non è dovuto all'applicazione di una norma, bensì a una circostanza puramente materiale, ossia che alla gara ha partecipato un solo candidato.

60. Sotto il profilo del diritto dell'Unione, entrambe le opzioni, in linea di principio, potrebbero essere valide, come ha confermato la Corte [29]. La scelta, sul piano normativo, del modello a concessionario unico richiederebbe tuttavia che con esso si persegua, in modo coerente, un obiettivo legittimo.

61. Ritengo che non occorra procedere oltre per esaminare la giustificazione di un modello a concessionario unico, dato che, ripeto, tale modello non è quello del caso di specie.

62. È vero che la nota dell'ADM del 19 settembre 2017 si riferisce al sistema a concessionario unico, che detta Agenzia pubblica considerava, all'epoca, preferibile [30]. Si tratta, tuttavia, di considerazioni che l'ADM ha svolto in via subordinata, per l'ipotesi in cui non fosse stato possibile, come essa stessa sosteneva, proseguire il rapporto concessorio con la Lotterie Nazionali [31].

63. Mi sembra quindi fuori luogo la discussione su un (inesistente) cambiamento di modello. Il legislatore italiano non intendeva, neppure con l'adozione del decreto-legge n. 148/17, fare in modo che le concessioni per la gestione della lotteria nazionale ad estrazione istantanea corrispondessero, in futuro, al modello a concessionario unico. Con tale decreto-legge si è optato, semplicemente, per la prosecuzione del rapporto concessorio, secondo le clausole dell'atto originario, con la società che era risultata aggiudicataria dopo avere concorso, da sola, a una gara indetta in base al modello a più concessionari.

[28] I sostenitori della necessità di una nuova gara affermano che il decreto-legge n. 148/17, disponendo il rinnovo della concessione, ha dato luogo a un modello a concessionario unico.

[29] Sentenza Stanley International Betting e Stanleybet Malta, punto 53 e dispositivo: «Gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale (...) la quale preveda, per la concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, un modello a concessionario unico, a differenza degli altri giochi, dei concorsi pronostici e delle scommesse, ai quali si applica un modello a più concessionari, a condizione che il giudice nazionale accerti che la normativa interna persegue effettivamente in modo coerente e sistematico i legittimi obiettivi fatti valere dallo Stato membro interessato».

[30] Punto 64 delle osservazioni del governo italiano.

[31] Essa affermava, in particolare, che, se la soluzione di optare per la prosecuzione del rapporto concessorio non fosse stata accolta, si sarebbero dovuti disciplinare con una specifica norma gli elementi fondamentali della nuova gara.

E. Sulle questioni pregiudiziali seconda e terza

64. Il Consiglio di Stato riconosce che il decreto-legge n. 148/17 ha conservato «il medesimo titolo giuridico (*causa petendi*) ed il medesimo oggetto negoziale (*petitum*)» della concessione originaria. In particolare, l'importo complessivo che la Lotterie Nazionali deve corrispondere per il secondo periodo di nove anni coincide con quello previsto dall'atto originario (EUR 800 milioni).

65. Nelle ordinanze di rinvio viene evidenziato, tuttavia, un *cambiamento* relativo «alle modalità e al termine del pagamento del corrispettivo della concessione»: l'anticipo al 2017 (EUR 50 milioni) e al 2018 (EUR 750 milioni) [32] del versamento di detto corrispettivo.

66. Tale circostanza, secondo il giudice del rinvio, potrebbe implicare «la potenziale modificazione dell'importo complessivo del pagamento dovuto, sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione – secondo la prospettazione dei ricorrenti – del fatto oggettivo e notorio del valore finanziario del tempo».

67. Le parti secondo le quali tale nuova modalità di pagamento non avrebbe comportato una modifica sostanziale deducono che, nell'aggiudicazione del 2010 e nel rinnovo del 2017, il concessionario doveva versare il medesimo importo (EUR 800 milioni). Inoltre, il pagamento anticipato sarebbe più oneroso per il concessionario, in quanto si colloca prima ancora dell'inizio del secondo periodo di nove anni.

68. Al fine di rispondere ai dubbi del Consiglio di Stato, occorre: a) confrontare il metodo di pagamento vigente nel primo periodo della concessione con quello del secondo; e, b) qualora da tale confronto risulti che vi è stato un cambiamento, qualificarlo come sostanziale o meno.

1. Confronto tra le modalità di pagamento

69. Nella concessione originaria, le entrate a favore dell'Amministrazione concedente erano stimate in almeno EUR 500 milioni per il primo anno (2009) e in EUR 300 milioni per il secondo (2010).

70. In base alla ripartizione dei pagamenti introdotta dal decreto-legge n. 148/17, come già spiegato, tali entrate a favore del bilancio dello Stato erano pari a EUR 50 milioni per il primo anno (2017) e a EUR 750 milioni per il secondo anno (2018), di modo che si anticipava, in realtà, il pagamento del corrispettivo afferente al periodo di rinnovo della concessione.

71. Le nuove condizioni di pagamento comportavano quindi che:

– la prima quota (EUR 50 milioni) del periodo di rinnovo rappresentava un decimo di quella prevista (EUR 500 milioni) per la prima rata del pagamento dalle disposizioni applicate alla concessione del 2010;

– per contro, la seconda quota (EUR 750 milioni) del periodo di rinnovo superava di oltre il doppio quella analoga (EUR 300 milioni) della concessione originaria.

[32] Erano fissati tre importi: EUR 50 milioni entro il 15 dicembre 2017, EUR 300 milioni entro il 30 aprile 2018 ed EUR 450 milioni entro il 31 ottobre 2018.

72. Vi è quindi stata una modifica della cadenza con cui il concessionario doveva versare il proprio contributo, e non dell'importo di quest'ultimo né della sua suddivisione in due rate successive.

73. È plausibile supporre che, come rilevato dalla Commissione [33], la riduzione dell'importo del primo pagamento (EUR 50 milioni) abbia consentito al concessionario di *prepararsi* meglio al pagamento della seconda rata (EUR 750 milioni) nell'anno successivo. Sebbene quest'ultima ammontasse ad oltre il doppio del corrispettivo fissato dal decreto-legge n. 78/2009, il concessionario potrebbe aver contato fin dall'inizio su entrate provenienti dalla concessione stessa, cosicché non può escludersi che il sistema, nel complesso, sia stato vantaggioso per esso.

74. È vero, tuttavia, che l'anticipo, in due anni, del corrispettivo dovuto per il periodo di rinnovo poteva provocare, di per sé, difficoltà finanziarie al concessionario, analoghe a quelle che qualsiasi operatore economico deve affrontare per anticipare i pagamenti in contropartita di entrate ancora da realizzare [34].

2. Modifica sostanziale?

75. Tralasciando, per il momento, le altre circostanze relative al pagamento del corrispettivo, la prosecuzione del rapporto concessorio con la Lotterie Nazionali per ulteriori nove anni non rappresentava una modifica (né sostanziale né minore) della concessione stessa, dato che, ripeto, era conforme al titolo originario.

76. La situazione sarebbe diversa se il rinnovo della concessione non fosse stata prevista, fin dall'inizio, nel suddetto titolo. In tal caso, la proroga, vuoi ex lege vuoi per decisione autonoma dell'amministrazione aggiudicatrice, per nove anni, di una concessione giunta a scadenza, al di fuori delle procedure di gara, avrebbe comportato senza dubbio una modifica sostanziale del contratto di concessione [35].

77. La discussione è quindi circoscritta alla questione se il metodo di pagamento previsto per il secondo periodo di concessione fosse *sostanzialmente* diverso da quello applicabile al primo.

78. Ricordo che, in entrambi i periodi, sono rimasti invariati, oltre al «titolo giuridico (*causa petendi*) ed [all']oggetto negoziale (*petitum*)» della concessione, il corrispettivo a carico del concessionario e l'obbligo di effettuare il pagamento in due rate, relative al primo e al secondo anno di ciascuno di detti periodi.

[33] Punti da 47 a 49 delle sue osservazioni.

[34] Ciò è quanto suggeriscono la Lotterie Nazionali (ultimo paragrafo del punto 32 e ultima frase del secondo trattino del punto 35 delle sue osservazioni) e la Lottomatica (punto 4.3 delle sue osservazioni). Non si può escludere, tuttavia, che, se la Lotterie Nazionali ha accettato di pagare in anticipo, è perché, in definitiva, le conveniva. Se così non fosse, è ragionevole pensare che essa non avrebbe accettato la prosecuzione del rapporto concessorio.

[35] La Corte lo ha confermato, in relazione a rinnovi o proroghe di concessioni italiane, nelle sentenze del 13 settembre 2007, Commissione/Italia (C-260/04, EU:C:2007:508), in relazione a concessioni per la gestione e la raccolta di scommesse ippiche; del 14 luglio 2016, Promoimpresa (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558), in relazione a concessioni demaniali, e del 18 settembre 2019, Commissione/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), in relazione a una concessione riguardante lavori pubblici.

79. Il cambiamento effettivamente imposto è stato quello riguardante l'importo parziale di queste due rate, diverso nei termini già indicati, e l'anticipo, al 2017 e al 2018, di tali pagamenti rispetto all'inizio del nuovo periodo di concessione cominciato nel 2019 [36].

80. Fatta salva la valutazione del giudice del rinvio, che è nella posizione migliore per pronunciarsi su questo aspetto, data la sua conoscenza della controversia, ritengo che la modifica degli importi di ciascuna rata non possa essere definita sostanziale dato che, ponderando i vantaggi e gli inconvenienti per il concessionario e per l'Amministrazione concedente, non sembra che essa alterasse l'equilibrio finanziario della concessione a favore di quest'ultima in misura tale da richiedere una nuova gara.

81. Solo un'analisi economica più approfondita consentirebbe di stabilire se quello che, apparentemente, costituisce uno svantaggio per il concessionario (l'anticipo dei pagamenti, quando la Lotterie Nazionali non poteva ancora percepire le entrate del secondo periodo di concessione) fosse tale oppure potesse comportare, paradossalmente, un vantaggio per la stessa o, semplicemente, mantenesse, nel complesso, l'equilibrio finanziario iniziale.

82. La nota dell'ADM del 19 settembre 2017, nell'esaminare i vantaggi della prosecuzione, per il secondo periodo di nove anni, del rapporto concessorio con il titolare, non dimentica che vi erano altri operatori disposti a prenderne il posto [37]. Le ordinanze di rinvio fanno riferimento, inoltre, a «operatori del settore attualmente interessati ad entrare nel mercato».

83. Tuttavia, le aspettative delle società ricorrenti non possono prevalere, tenuto conto del fatto, innegabile, che la concessione originaria prevedeva, ab initio, il suo eventuale rinnovo, senza gara con terzi, per un secondo periodo di nove anni. Tali aspettative potranno produrre tutti i loro effetti al termine di detto periodo (improrogabile) di nove anni.

84. La Lottomatica Holding e la Lotterie Nazionali sostengono, dal canto loro [38], che l'anticipo al 2017 della decisione di proseguire il rapporto concessorio era giustificato dal fatto che, in mancanza, sarebbe stato necessario un tempo sufficiente per svolgere una nuova gara e disporre di un concessionario al 30 settembre 2019.

85. Spetta al giudice del rinvio acclarare se ricorresse questo o un altro motivo per avviare i contatti con il concessionario prima della conclusione del primo periodo di nove anni e decidere, quindi, in merito alla prosecuzione del rapporto concessorio per il secondo periodo, della medesima durata.

86. Ad ogni modo, ritengo che questo elemento sia irrilevante per stabilire se i cambiamenti imposti riguardo al pagamento del corrispettivo possano essere qualificati come modifiche sostanziali della concessione. Ciò che interessa, a tale proposito, è tenere conto del contenuto di dette modifiche, e non del momento in cui l'Amministrazione concedente ha deciso di imporle.

[36] Ai sensi dell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/17, si intendeva con ciò «assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato (...) per l'anno 2017 e (...) per l'anno 2018», vale a dire, fornire liquidità già durante questi due anni, anziché attendere il versamento del corrispettivo nel 2019 e 2020.

[37] Che fosse interesse di terzi aspirare alla concessione è ammesso dalla Lottomatica e dalla Lotterie Nazionali nelle loro osservazioni (rispettivamente, ai punti 4.2 e 26) quando esse giustificano l'anticipazione della procedura di rinnovo, in considerazione del numero di controversie che sorgono nell'ambito delle gare nel settore del gioco d'azzardo in Italia. Le società ricorrenti, dopo essere venute a conoscenza dell'adozione del decreto-legge n. 148/17, si sono immediatamente rivolte all'ADM per notificarle il loro interesse alla concessione (lettere della Sisal del 31 ottobre e del 9 novembre 2017 e della Stanleybet Malta dell'8 novembre 2017, allegate alle loro osservazioni).

[38] Rispettivamente, punti 4.2 e 26 delle loro osservazioni scritte.

87. Le circostanze temporali in cui l'ADM ha assunto tale decisione potrebbero incidere su altri elementi del suo controllo giurisdizionale (ad esempio, in quanto rivelino un eventuale sviamento di potere), ma non le ritengo rilevanti per valutare se vi sia stata una modifica sostanziale delle condizioni della concessione.

88. In sintesi, limitata la controversia alla questione se il cambiamento della sequenza dei pagamenti possa essere considerato sostanziale, in quanto «mut[i] sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa» (articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23), il mio parere è negativo, anche se, ripeto, spetterà al giudice del rinvio l'ultima parola su questo punto.

F. Sulla quarta questione pregiudiziale

89. Con la sua ultima questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato chiede, in sintesi, se le società ricorrenti, pur non avendo partecipato alla gara originaria, la validità del cui risultato è «proseguita con il concessionario uscente, alle (...) nuove condizioni contrattuali [descritte nell'ordinanza di rinvio]», possano contestare il rinnovo della concessione.

90. Secondo il Consiglio di Stato, tali società potrebbero avere un legittimo interesse non già al rinnovo della gara, ma a che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti la sua facoltà discrezionale dopo la scadenza del primo periodo di concessione [39]. A tal riguardo, sarebbe quindi irrilevante che esse abbiano partecipato o meno alla gara del 2010.

91. Di norma, secondo la Corte, «la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire, riguardo all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, una condizione che deve essere soddisfatta per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiudicazione di detto appalto» [40].

92. Orbene, tale regola generale, a mio avviso, non è applicabile alla controversia in esame, nella quale occorre acclarare se soggetti che non hanno partecipato come offerenti alla procedura di selezione del concessionario siano legittimati a contestare la decisione (iniziale) di aggiudicazione. Nel caso di specie è controversa la questione se, nell'ambito del rinnovo della concessione, le società ricorrenti potessero far valere il loro interesse a che tale rinnovo fosse sottoposto a gara e, pertanto, partecipare alla sua aggiudicazione.

93. La risposta è collegata alle questioni di merito già esaminate, vale a dire se i cambiamenti nel regime di pagamento del corrispettivo per il secondo periodo della concessione fossero di entità sufficiente a modificare in modo sostanziale i termini originari di tale concessione.

94. Orbene, per stabilire se detti cambiamenti fossero o meno di carattere sostanziale, ciò che comporterebbe l'obbligo di procedere a una nuova gara cui gli operatori interessati possano partecipare, occorre riconoscere loro la facoltà di chiedere l'azione giudiziaria che verifichi tale circostanza.

[39] Ciò è quanto si evince dal punto 12, lettera c.9), delle ordinanze di rinvio.

[40] Sentenza del 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a. (C-328/17, EU:C:2018:958, punto 46).

V. Conclusione

95. Alla luce delle suesposte considerazioni, suggerisco di rispondere al Consiglio di Stato (Italia) nei termini seguenti:

«Gli articoli 49 e 56 TFUE, nonché gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, devono essere interpretati nel senso che:

1) qualora il titolo originario di una concessione per la gestione delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea preveda la prosecuzione del rapporto concessorio per un secondo periodo di nove anni, a favore del medesimo concessionario, dette disposizioni non ostano a che tale misura sia disposta mediante una norma con forza di legge, dopo che l'Amministrazione concedente abbia confermato che la prosecuzione del rapporto è nell'interesse pubblico e conforme al titolo originario;

2) fatta salva la verifica spettante al giudice del rinvio, non hanno carattere sostanziale, ai sensi dell'articolo 43 della direttiva 2014/23, modifiche delle condizioni di concessione che, mantenendo il medesimo titolo, il medesimo oggetto giuridico, il medesimo importo del corrispettivo e il relativo pagamento in due rate, si limitano a modificare gli importi parziali che il concessionario è tenuto a versare a titolo di ciascuna di tali rate;

3) gli operatori interessati ad ottenere la gestione della concessione sono legittimati a contestare la prosecuzione del rapporto concessorio a favore del concessionario, adducendo che le condizioni cui è subordinata tale prosecuzione costituiscono una modifica sostanziale della concessione iniziale. A tal fine è irrilevante che detti operatori non abbiano partecipato alla gara iniziale».