

LE CONCESSIONI NEL NUOVO CODICE E IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA: L’AFFIDAMENTO DEI GIOCHI PUBBLICI A DISTANZA SECONDO IL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO N. 2648/2016 DEL 20 DICEMBRE 2016

di Andrea Lipari

Data di pubblicazione: 5-2-2017

Il presente articolo è pubblicato anche sul sito www.giustizia-amministrativa.it e sul Portale Tematico Giuffrè “*l’Amministrativista: il Portale degli Appalti e dei Contratti Pubblici*”

1. Anche le procedure di affidamento delle concessioni di giochi pubblici a distanza, previste dall’art. 1, comma 935, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, sono soggette alle regole generali previste dal nuovo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50).
2. Non può dirsi “competitiva” e concorrenziale, secondo i parametri del diritto dell’Unione europea e del codice dei contratti pubblici, una procedura di affidamento di 120 concessioni per i giochi pubblici a distanza, il cui bando non espliciti i criteri di valutazione qualitativa delle offerte e stabilisca che le concessioni siano affidate ai candidati in possesso dei prescritti requisiti soggettivi, secondo il mero ordine cronologico di presentazione delle offerte, fino alla saturazione del numero delle concessioni poste in gara.
3. Nel rispetto del principio di trasparenza enunciato dall’art. 30 del Codice, l’Amministrazione deve necessariamente esplicitare i criteri e le modalità di scelta dei componenti della commissione di selezione a cui è demandata la valutazione delle domande di partecipazione.
4. Contrasta con i principi del Codice una procedura di affidamento di concessioni che preveda, senza giustificato motivo, ipotesi di esclusione degli operatori economici, per inidoneità morale, differenti da quelle indicate nell’art. 80 del Codice (nella specie, lo schema predisposto dall’Agenzia delle dogane stabiliva l’esclusione dei candidati condannati con sentenza non passata in giudicato o imputati, per determinati titoli di reati).
5. Contrasta con i generali principi di trasparenza e di correttezza nei rapporti tra PA e cittadini la previsione del bando di gara che riserva all’amministrazione il potere di individuare, a proprio insindacabile giudizio, le richieste di chiarimento alle quali fornire risposta.
6. Nelle procedure per l’affidamento di concessioni occorre rispettare le prescrizioni di cui agli artt. 93 e 103 del Codice in tema di garanzie per la partecipazione alla gara e per la

stipulazione del contratto.

Le concessioni nel nuovo Codice

Tra le innovazioni più significative approntate dal nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (d.lgs n. 50 del 2016) vi è certamente la disciplina concorrenziale dettata in tema di affidamento di concessioni, che rappresenta il primo tentativo, nel nostro ordinamento, di sistemazione organica della materia^[1]. Prima del codice, infatti, la normativa era frammentaria e incompleta, con la sola eccezione delle concessioni di lavori.

L'intervento del legislatore nazionale costituisce l'attuazione e lo sviluppo della Direttiva 2014/23/UE, che, con l'obiettivo di "*garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e un adeguato livello di certezza giuridica*"^[2], ha introdotto un insieme di regole finalizzate a realizzare un coordinamento minimo delle procedure di aggiudicazione^[3], diretto ad assicurare la massima competitività tra gli operatori del mercato.

All'affidamento di concessioni sono dedicate numerose previsioni, inserite in diverse Parti del testo normativo. Tra queste, assumono peculiare rilevanza le definizioni generali di cui all'art. 3: in particolare, le lettere *uu*), *vv*), *zz*) si occupano, rispettivamente, di "*concessione di lavori*", "*concessione di servizi*" e "*rischio operativo*"^[4].

Inoltre, e soprattutto, all'istituto concessorio è dedicata l'intera Parte III del Codice: nel dettaglio, il Capo I stabilisce i principi generali in materia; il Capo II delinea le garanzie procedurali; il Capo III disciplina la fase dell'esecuzione del rapporto.

Nello specifico, e in estrema sintesi^[5], nell'ambito dei Principi Generali vengono definiti: l'oggetto e l'ambito di applicazione delle disposizioni della Parte Terza (art. 164); le caratteristiche del rischio e dell'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni (art. 165)^[6]; il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche (art. 166)^[7]; i metodi di calcolo del valore delle concessioni (art. 167); la durata delle concessioni (art. 168); i caratteri e la disciplina dei c.d. "*contratti misti di concessione*" (art. 169).

Tra le *Garanzie Procedurali*, invece, vengono specificati: i requisiti tecnici e funzionali da porre a base della documentazione di gara per l'affidamento della concessione (art. 170); le garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione (art. 171); la selezione e valutazione qualitativa dei candidati (art. 172); i termini, i principi e i criteri di aggiudicazione (art. 173).

Infine, gli artt. 174 e ss. recano norme relative alla fase di esecuzione del contratto di concessione, con riguardo, in particolare, a: subappalto; modifiche dei contratti durante il

periodo di efficacia[8]; cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro.

La disciplina che ne risulta è stata definita *“piuttosto sintetica, ma non per questo priva di aspetti sistematici di interesse”*[9]. In particolare, si è rilevato in dottrina che il Codice ha il merito di avere finalmente delineato una disciplina organica, pur se di principio e non particolarmente innovativa, in tema di affidamento di concessioni.

L'applicazione dei principi del Codice alle procedure per l'affidamento in concessione dell'esercizio a distanza di giochi pubblici.

Con il Parere n. 2648/2016 (Pres. Carbone, est. Boccia), pubblicato in data 20 dicembre 2016, la Seconda Sezione del Consiglio di Stato si è espressa sulla documentazione di gara relativa ad una procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio a distanza dei giochi pubblici, predisposta dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli.

L'organo consultivo ha fornito importanti chiarimenti interpretativi della nuova disciplina, riconducendo la procedura di gara delineata dall'amministrazione alle regole codicistiche ispirate alla tutela della concorrenza,

Il parere è stato richiesto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in forza del disposto dell'art 7, comma 1, lett. a) del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, ai sensi del quale il suddetto dicastero, su richiesta dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, deve acquisire obbligatoriamente il parere del Consiglio di Stato per i profili di legittimità relativi agli schemi degli atti di gara per il rilascio di concessioni in materia di giochi pubblici.

Lo schema sottoposto all'attenzione dei Giudici di Palazzo Spada riguarda una gara che l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli avrebbe dovuto bandire entro il 31 luglio 2016 per la selezione di 120 concessioni, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1, comma 935, della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. Legge di stabilità 2016).

Essendo in scadenza un gruppo di concessioni precedentemente assegnate in esecuzione della legge n. 88 del 2009 (c.d. Legge comunitaria 2008), la procedura di gara dovrebbe consentire, nell'ottica del legislatore, l'allineamento temporale alla data del 31 dicembre 2022 di tutte le concessioni per l'esercizio del gioco a distanza.

L'art. 1, comma 935, cit., indica i criteri a cui deve attenersi l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli. In particolare, la procedura di affidamento deve essere *“aperta, competitiva e non discriminatoria”*, e rispettare i criteri previsti dall'articolo 24, comma 15, lettere da a) a e) e g), della legge n. 88 del 2009. La scelta del legislatore di mettere a gara le concessioni in esame sembra confermare un orientamento normativo contrario a forme di affidamento in regime di delegazione interorganica, ribadito dallo stesso Codice (art. 166)[10].

Il Consiglio di Stato è stato pertanto chiamato a vagliare la conformità della procedura prefigurata dall'amministrazione ai suddetti criteri, nonché ai principi del Codice, in forza dell'espressa richiesta dell'Agenzia di apportare le modifiche necessarie a dare attuazione al disposto normativo del comma 935 e a recepire le novità normative nel frattempo intervenute, ed in particolare il d.lgs. n. 50 del 2016.

Dunque, nonostante la specialità della disciplina di riferimento, concernente la materia dei giochi pubblici, l'organo consultivo ritiene indispensabile l'applicazione della normativa generale del codice, successivamente entrata in vigore.

Il Collegio ha preliminarmente ricordato che le valutazioni delle Sezioni Consultive sugli schemi di gara devono considerarsi esclusivamente come rilievi preliminari, volti ad orientare l'operato dell'Amministrazione, ma non possono avere carattere dirimente rispetto ad eventuali questioni di legittimità che potrebbero essere sollevate in sede giustiziale o giurisdizionale.

Osservazioni nel merito del Consiglio di Stato: l'inderogabilità delle nuove regole concorrenziali recate dal Codice.

Nel merito, è stata rilevata la natura aperta e non discriminatoria della procedura. Alla gara sotto osservazione, infatti, sono ammessi sia operatori del settore, sia società che vogliano iniziare a svolgere un'attività in tale ambito economico, ivi compresi i soggetti che svolgono la loro attività in uno degli Stati dello Spazio economico europeo: pertanto, non sono state riscontrate ingiustificate disparità di trattamento in sede di valutazione delle offerte.

Il Consiglio di Stato ha invece prospettato dei dubbi in ordine all'effettiva competitività della procedura, proprio muovendo dai principi essenziali desumibili dal nuovo codice.

Lo schema predisposto dall'Agenzia delle dogane, infatti, prevede che, al fine di verificare l'esistenza della documentazione allegata alle offerte, nonché il possesso dei requisiti prescritti e l'adempimento delle condizioni e degli oneri prescritti dalla procedura, le domande vengano esaminate *nel rispetto dell'ordine di presentazione*, fino alla concorrenza del numero di 120. Ciò comporta che, in applicazione di un criterio meramente cronologico, le domande pervenute dopo la saturazione del numero di concessioni messe a bando non saranno in ogni caso prese in considerazione dall'Amministrazione, anche nell'ipotesi in cui queste ultime provengano da soggetti in possesso dei requisiti individuati dall'Amministrazione stessa e risultino astrattamente meritevoli di più favorevole apprezzamento, in ragione della maggiore convenienza per l'amministrazione.

Questa previsione si pone evidentemente in contrasto con le norme del Codice, nella parte in cui esse assicurano l'applicazione dei criteri di aggiudicazione previsti in materia di appalti anche all'affidamento di concessioni.

L'art. 164, co. 2 prevede, infatti, che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione si applichino, per quanto compatibili, le disposizioni delle parti I e II del Codice,

relativamente “ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.

Giova ricordare che il Consiglio di Stato, nel Parere reso dalla Commissione Speciale sullo Schema del d.lgs. 50/2016, aveva precisato che, qualora il legislatore delegato non intendesse rendere applicabili alle concessioni i criteri di aggiudicazione previsti per i settori ordinari, avrebbe dovuto “*espungere dall’art. 164, comma 2, il riferimento ai criteri di aggiudicazione*”[\[11\]](#).

Peraltro, l'art. 173 dispone che le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'art. 30 (economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità).

In ogni caso, e a prescindere dalla portata derogatoria dell'art. 173 rispetto alla più puntuale previsione dell'art. 95 (che fa riferimento al solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), lo stesso art. 173 impone alla stazione appaltante di elencare i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza. Nel caso di specie, invece, manca qualsivoglia riferimento ai criteri che verranno applicati dall'Amministrazione.

Pertanto, conclude la Seconda Sezione, non può considerarsi conforme al principio di competitività enunciato dall'art. 1, comma 935, della legge n. 208 del 2015, né alle prescrizioni codicistiche in tema di affidamento di concessioni, un bando di gara che non indichi i criteri di aggiudicazione e che preveda l'esame delle domande in ordine di presentazione e sino alla concorrenza del numero di concessioni da affidare.

Sempre con riguardo alla procedura di aggiudicazione, il Collegio aggiunge che l'Amministrazione è tenuta ad esplicitare, nel rispetto del principio di trasparenza enunciato dall'art. 30 del Codice, i criteri e le modalità di scelta dei componenti della commissione di selezione a cui è demandata la valutazione delle domande di partecipazione.

Il Parere solleva alcune perplessità anche in relazione alla opzione dell'Agenzia delle Dogane di escludere dalla gara le imprese il cui titolare, rappresentante legale o negoziale, direttore generale, soggetto responsabile di sede secondaria o di stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, sia stato condannato, *anche con sentenza non definitiva, o imputato* per uno dei reati di cui agli artt. 314, 316, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 321, 322, 323, 416, 416 *bis*, 644, 648, 648 *bis* e 648-*ter*, del codice penale.

Si tratta di ipotesi di esclusione che, a ben vedere, differiscono da quelle previste dall'art. 80 del Codice, a cui occorre far necessariamente riferimento in forza del citato rinvio espresso dell'art. 164, 2° co., relativamente ai “*motivi di esclusione*”. Lo schema di gara, infatti, richiama norme del c.p. solo in parte coincidenti con quelle dell'art. 80. Inoltre, a differenza di quest'ultima disposizione, ritiene sufficiente la condanna con sentenza non definitiva, o

addirittura la semplice imputazione. Si aggiunge che l'Amministrazione non ha dato conto al Consiglio di Stato delle ragioni che l'hanno spinta a discostarsi da quanto previsto dall'art. 80.

Un ulteriore aspetto problematico è dato dalla previsione, contenuta nello schema degli atti di gara, in virtù della quale, a fronte di eventuali richieste di informazioni da parte degli interessati, l'Amministrazione si riserva la facoltà, *a proprio insindacabile giudizio* e senza che da ciò possa derivare responsabilità alcuna, di selezionare le richieste di chiarimento alle quali dare risposta.

La Sezione ha invitato l'Agenzia delle dogane a riformulare tale disposizione in termini meno rigorosi, nell'ottica di dare concreta attuazione al principio di correttezza e trasparenza dei rapporti tra Amministrazione e privati, sottolineando la volontà dell'Agenzia di rispondere alle richieste di chiarimento formulate dagli interessati in merito alla procedura, purché non irrilevanti e formulate in termini consoni.

La Seconda Sezione ha poi svolto alcuni rilievi in merito alla consistenza delle garanzie previste a copertura degli obblighi individuati dall'atto concessorio, la cui determinazione nel caso di specie non appare rispettosa delle previsioni di cui agli artt. 93 e 103 del Codice.

Infine, è stato evidenziato che nello Schema di atto di convenzione predisposto non è stata espressamente disciplinata l'ipotesi di risoluzione della concessione per inadempimento dell'Amministrazione, a cui fa invece riferimento l'art. 176 del Codice^[12].

Conclusioni

Le osservazioni svolte dal Consiglio di Stato nel caso di specie si prestano ad alcune sintetiche considerazioni.

Si deve innanzitutto rilevare un approccio dell'organo consultivo volto a recepire e a valorizzare il ruolo assunto dalle concessioni nella nuova disciplina europea e nazionale. Nella prospettiva adottata dalla Direttiva 2014/23/UE, l'istituto concessorio rappresenta non uno strumento di attribuzione di diritti esclusivi, ma un mezzo al servizio del mercato. Il concessionario è un partner dell'amministrazione che si confronta con il quadro economico di riferimento e con le regole della concorrenza^[13]. In tale ottica moderna sembra porsi la Seconda Sezione, nell'evidenziare puntualmente gli aspetti dello schema di gara che risultano in contrasto con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza della procedura di aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto^[14].

In conclusione, cominciano chiaramente a delinarsi i primi positivi effetti dell'impianto organico di regole approntato dal legislatore delegato in tema di concessioni.

Anche una disciplina di principio, come quella dettata in materia dal Codice, può esprimere una notevole portata innovativa ed incidere concretamente sui comportamenti e sulle scelte delle amministrazioni e degli operatori^[15]. Ciò, però, a condizione che si realizzi, e trovi

attuazione nella prassi applicativa, un sistema di valori coerente con l'architettura del nuovo Codice e con i principi del diritto europeo.

[1] Giova ricordare che nel “Codice” del 2006 venivano compiutamente disciplinate soltanto le concessioni di lavori (in particolare dagli artt. 142 ss.), in esecuzione della Dir. 2014/18/CE, che non recava una disciplina puntuale delle concessioni di servizi; a queste ultime il Codice dedicava il solo art. 30.

[2] Si veda il Considerando 8 della Direttiva 2014/23/UE.

[3] Per un'analisi delle novità introdotte dalla Direttiva 2014/23/UE e dell'impatto sul nostro ordinamento, si vedano, tra gli altri, H. Caroli Casavola, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale dir. Amm.* 2014, 12, 1135; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2015, p. 101 e ss.; G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 25 marzo 2015.; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione - 61° Convegno di Studi Amministrativi – Varenna, 17 - 18 e 19 settembre 2015*, in www.giustizia-amministrativa.it; U. Realfonzo, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 4/2016.

[4] Per una disamina dottrinale del concetto di “rischio operativo” nella prospettiva nazionale ed europea si vedano G. Greco, *La Direttiva in materia di “concessioni” - 61° Convegno di Studi Amministrativi – Varenna, 17 - 18 e 19 settembre 2015*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016, 29 luglio 2016*, in www.giustizia-amministrativa.it, che osserva come la trasposizione nel Codice del concetto di rischio operativo elaborato a livello europeo abbia dato la stura a due diversi tipi di contratti, a seconda che il rischio riguardi il lato della domanda (contratti di concessione) ovvero dell'offerta (contratti di partenariato pubblico-privato).

In giurisprudenza, l'assunzione di un rischio come tratto distintivo delle concessioni, idoneo a

differenziare queste ultime dagli appalti, era già stato individuato da Corte giust., 18 luglio 2007, in causa C-382/05; Corte giust. 27 ottobre 2005, in causa C-234/03. E a tale interpretazione si sono conformati i giudici nazionali (Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 5068; Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39).

[5] Per un'analisi più approfondita del testo dei singoli articoli si rimanda in particolare a U. Realfonzo, *op. cit.*

[6] L'art. 165 individua il rischio proprio dei contratti di concessione nel c.d. rischio di mercato, che, inducendo il privato a comportamenti performanti, giustifica l'applicazione di regole meno stringenti sul piano procedurale e contrattuale. Sul punto, cfr. M. Ricchi, *op. cit.*

[7] Osserva C. Contessa, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2016, pp. 935-936 che tale articolo sembra in verità limitare l'effettiva applicazione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche sancito dall'art. 2 della "Direttiva Concessioni" del 2014, in quanto propone il modello sostanzialmente unico della messa a gara e non contempla, invece, forme di affidamento in regime di autoproduzione ed internalizzazione.

[8] Per un approfondimento sul tema della modifica e revisione della concessione nel nuovo Codice, si veda G.F. Cartei, *Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e Appalti*, 8/9, 2016, p. 945 ss.

[9] C. Contessa, *op. cit.*, p. 933.

[10] Sul punto si richiama ancora C. Contessa, *ivi*, p. 935.

[11] Cons. Stato, Comm. Spec., 1 Aprile 2016, n. 855, p. 170.

[12] Si segnala che il Collegio ha riconosciuto che tale lacuna potrebbe essere colmata in sede applicativa grazie ad un rinvio esterno contenuto nello Schema di concessione, ma ha ritenuto comunque opportuno invitare l'Amministrazione a valutare la possibilità di riformulare l'atto nei termini indicati.

[13] Sul tema si veda A. Pajno, *op. cit.*, p. 23

[14] Cfr. Dir. 2014/23/UE, Art. 3 (Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza)

[15] Così C. Contessa, *op. cit.*, p. 938

(Omissis)

Premesso.

1. Con la nota del 18 ottobre 2016, prot. n. 3-10116, il Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia delle dogane e dei monopoli ha trasmesso la documentazione di gara relativa alla procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio a distanza dei giochi pubblici, chiedendo a questo Consiglio di Stato di esprimere il proprio parere al riguardo ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012, n. 44.

La documentazione trasmessa dall'Amministrazione consta dei seguenti atti:

- *“Regole amministrative per l'assegnazione della concessione e la stipula della convenzione”*, che disciplinano la procedura per l'affidamento della concessione e gli adempimenti cui è tenuto il soggetto aggiudicatario, preordinati alla stipula della concessione relativa alla procedura *de qua*;
- *“Schema della domanda di partecipazione presentata da impresa individuale, società di persone o società di capitali”*;
- *“Schema della domanda di partecipazione presentata da società consortile”*;
- *“Schema di domanda di partecipazione presentata da consorzio”*;
- *“Schema di domanda di partecipazione presentata da società costituenda”*;
- *“Riferimenti normativi”*;
- *“Schema di convenzione-tipo”* per il rapporto di concessione relativo all'esercizio a distanza dei giochi pubblici di cui all'articolo 1, comma 935 della legge 28 dicembre 2015 n. 208, che contiene la disciplina del rapporto previsto dall'atto di concessione ed individua gli adempimenti ed i diritti che la parte pubblica e il concessionario assumono, rispettivamente, con la stipula del contratto per l'esercizio a distanza dei giochi pubblici;
- *“Regole tecniche per la gestione della concessione”*, che riportano le specifiche tecniche che definiscono le prestazioni, le funzioni, i requisiti tecnici e i livelli di servizio che il concessionario deve garantire nell'ambito dell'esercizio dell'attività di raccolta a distanza di giochi pubblici.

2. Con la relazione di cui in epigrafe il Ministero proponente ha riferito che l'art. 1, comma 935 della legge 28 dicembre 2015 n. 208 ha stabilito che *“in considerazione dell'approssimarsi della scadenza di un gruppo di concessioni relative alla raccolta a distanza dei giochi di cui all'articolo 24, comma 11, lettere da a) ad f), della legge 7 luglio 2009, n. 88, al fine di garantire la continuità delle entrate erariali, nonché la tutela dei giocatori e della fede pubblica attraverso azioni che consentano il contrasto al gioco illegale, ed un allineamento temporale, al 31 dicembre 2022, di tutte le concessioni aventi ad oggetto la commercializzazione dei giochi a distanza di cui al citato articolo 24, comma 11, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli bandisce entro il 31 luglio 2016 una gara per la selezione, mediante procedura aperta, competitiva e non discriminatoria, di 120 concessioni per la commercializzazione dei suddetti giochi a distanza nel rispetto dei criteri previsti dall'articolo 24, comma 15, lettere da a) a e) e g), della citata legge n. 88 del 2009 e previo versamento di un corrispettivo una tantum, per la durata della concessione, pari ad euro 200.000”*.

Detta procedura è, dunque, volta all'attribuzione di nuove concessioni per l'esercizio del gioco a distanza, essendo in scadenza un gruppo di concessioni precedentemente assegnate, e mira all'allineamento temporale di tutte le concessioni alla data del 31 dicembre 2022: pertanto, fino a tale scadenza l'esercizio della raccolta dei giochi a distanza di cui all'articolo 24, comma 11, lettere da a) ad f) della legge 7 luglio 2009, n. 88 (c.d. legge comunitaria 2008), sarà affidato sia ai concessionari individuati con la precedente procedura di selezione espletata in esecuzione della stessa legge n. 88 del 2009 sia da quelli individuati all'esito della procedura *de qua*.

Il Ministero proponente ha, infine, riferito, per quanto concerne il contenuto della documentazione di gara, di aver predisposto quest'ultima *“a partire dalla regolamentazione della precedente procedura di gara”* ed apportando alla stessa *“le modifiche necessarie a dare attuazione al disposto normativo del menzionato comma 935 ed a recepire le novità normative medio tempore intervenute”*e, in particolare, quelle recate dal d. lgs. n. 50 del 2016(Codice dei contratti pubblici, d'ora in avanti Codice).

Considerato.

3. In via preliminare la Sezione non può esimersi dal rilevare che la documentazione di gara in oggetto è pervenuta alla segreteria della Sezione in data 21 ottobre 2016 e, quindi, in un momento in cui era già scaduto il termine per l'indizione della procedura *de qua*, individuato nel *“31 luglio 2016”* dalla disposizione primaria di riferimento di cui all'art. 1, comma 935 della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

Sempre in via preliminare la Sezione ritiene doveroso rilevare che le valutazioni, di seguito espresse da questo Consesso, devono considerarsi alla stregua di rilievi preliminari volti ad orientare l'operato dell'Amministrazione ma non possono assumere un carattere dirimente rispetto ad eventuali questioni di legittimità della succitata documentazione che potrebbero essere sollevate in sede giustiziale o giurisdizionale: a tal proposito occorre, infatti, precisare che l'astratta conformità della documentazione predisposta dall'Amministrazione alle disposizioni vigenti nella presente materia non comporta necessariamente la legittimità della sua concreta applicazione nel corso della procedura di gara *de qua*, legittimità che, viceversa,

dovrà essere di volta in volta valutata dagli organi a ciò preposti.

4. Ciò posto, la Sezione osserva che la relazione illustrativa in epigrafe si limita a descrivere in maniera puntuale il contenuto della documentazione di gara precedentemente richiamata ma non evidenzia le motivazioni sottese alle scelte compiute dall'Amministrazione da cui è derivata la predisposizione della succitata documentazione di gara.

Ciononostante la Sezione, anche al fine di non ritardare ulteriormente lo svolgimento della procedura di cui si converte, ritiene di procedere all'esame della documentazione oggetto della richiesta di parere avanzata dall'Amministrazione, valutandone la complessiva conformità alle disposizioni vigenti in materia.

5. La Sezione, in primo luogo, ritiene di formulare la seguente osservazione di carattere generale.

Preliminarmente la Sezione osserva che - secondo quanto esplicitamente disposto dalla norma primaria di riferimento di cui all'art. 1, comma 935 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 - la procedura di affidamento disciplinata dalla documentazione di gara in oggetto deve consistere in una *“procedura aperta, competitiva e non discriminatoria”*.

In relazione al requisito della natura *“aperta”* della procedura, la Sezione rileva che l'Amministrazione, nella relazione in epigrafe, ha evidenziato di aver proceduto - tramite quanto disposto dal Paragrafo 3 (*“Soggetti ammessi alla partecipazione”*) delle *“Regole amministrative”* - a prevedere che la partecipazione alla procedura stessa risulti *“aperta sia a operatori del settore del gioco che a società che vogliono iniziare a svolgere una attività in tale settore”*.

Sotto tale profilo, quindi, la Sezione non ha rilievi da formulare, atteso che le modalità di partecipazione alla procedura in esame individuate dall'Amministrazione appaiono conformi alla natura *“aperta”* della presente procedura selettiva.

Analogamente la Sezione ritiene di non aver obiezioni da fare relativamente al rispetto del citato requisito della natura *“non discriminatoria”* della procedura di gara, atteso che detta procedura non sembra dar luogo a ingiustificate disparità di trattamento in sede di valutazione delle offerte e che alla medesima possono partecipare anche i soggetti che svolgono la loro attività in uno degli Stati dello Spazio economico europeo.

Per quanto riguarda, invece, la natura *“competitiva”* della procedura *de qua*, la Sezione deve rilevare che il Paragrafo 13 (*“Verifica dei requisiti e assegnazione della concessione”*) delle Regole amministrative in esame prevede che l'Agenzia delle dogane e dei monopoli *“avvalendosi di un'apposita commissione di selezione, verifica l'esistenza della documentazione nonché il possesso dei requisiti richiesti e l'adempimento delle condizioni e degli oneri prescritti”* dalla documentazione di gara e che le domande di partecipazione pervenute all'Amministrazione *“saranno esaminate nel rispetto dell'ordine cronologico di presentazione, fino alla concorrenza del numero di 120”*.

In altri termini, ai sensi di quanto disposto dal predetto Paragrafo 13, la procedura *de qua* si svolgerà sulla base di un criterio cronologico fra imprese atteso che l'esame delle domande di partecipazione dovrà avvenire *“nel rispetto dell'ordine cronologico di presentazione”* delle domande stesse e solamente *“fino alla concorrenza del numero di 120”*, con la conseguenza che le domande pervenute dopo la decorrenza del numero di concessioni messe a bando non saranno in ogni caso prese in considerazione dall'Amministrazione, anche nell'ipotesi in cui queste ultime provengano da soggetti in possesso dei requisiti individuati dall'Amministrazione stessa.

Orbene, a parere della Sezione, la previsione di cui al predetto Paragrafo 13 - in mancanza, peraltro, di motivazioni esplicitate sul punto dall'Amministrazione - non appare conforme alla natura *“competitiva”* della procedura in esame, richiesta dalla disposizione primaria di riferimento.

A quanto precede deve, inoltre, aggiungersi che l'art. 164, comma 2 del Codice, in relazione alle procedure concernenti le concessioni, come quella in esame, prevede che alle medesime procedure *“si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”*.

In base alla predetta disposizione, quindi, nella presente fattispecie devono trovare applicazione anche i principi generali desumibili dall'art. 30, comma 1 del Codice stesso, in base al quale *“nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente Codice”*.

Tali principi, inoltre, secondo quanto statuito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato - consolidatasi in relazione al disposto dell'art. 30, comma 3 del Codice di cui al d. lgs. n. 163 del 2006 ma estensibile anche alla fattispecie in esame in considerazione del fatto che il precitato art. 30, comma 1 del Codice di cui al d. lgs. n. 50 del 2016 appare di tenore sostanzialmente analogo a quello della disposizione previgente - sono *“volti al fine, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle concessioni i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra cui i canoni di trasparenza invalsi nelle procedure d'appalto attraverso una procedura tipica di gara, dove si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale”* (ex multis: Cons. di Stato, Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2426, che richiama anche la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 7 maggio 2013).

Conclusivamente, dovendosi ritenere che la procedura individuata dal Paragrafo 13 delle Regole amministrative possa porsi in contrasto con il principio di competitività della procedura in esame, sancito dalla disposizione primaria di riferimento in conformità con i principi

enucleabili dalla vigente normativa, la Sezione ritiene necessario invitare l'Amministrazione stessa a superare - nell'ambito della discrezionalità ad essa riservata - la problematica testé rilevata, al fine di evitare ogni possibile contrasto tra la procedura di cui si converte ed i principi generali vigenti in materia.

Infine, in relazione a quanto testé esposto, la Sezione ritiene opportuno evidenziare che il precitato Paragrafo 13 si limita a demandare la valutazione delle domande di partecipazione ad una "*apposita commissione di selezione*" senza, tuttavia, esplicitare i criteri e le modalità di selezione dei componenti di quest'ultima.

Nell'ottica, quindi, di garantire non solo la necessaria competitività alla procedura in esame ma anche il suo svolgimento secondo il principio di trasparenza - richiamato dal precitato art. 30, comma 1 del Codice - la Sezione invita altresì l'Amministrazione a colmare la succitata lacuna nei termini indicati al precedente periodo.

6. La Sezione, inoltre, ritiene, per quanto concerne le singole previsioni di cui alla documentazione di gara in oggetto, di dover formulare le seguenti osservazioni.

6.1. Per quanto concerne il Paragrafo 4 ("*Requisiti per la partecipazione*") la Sezione osserva che quest'ultimo individua i requisiti che debbono essere posseduti dai soggetti partecipanti, ovvero dai soggetti che, anche congiuntamente, partecipano alla procedura di affidamento *de qua*.

Più in dettaglio, la lettera m) del predetto Paragrafo 4 dispone che "*il titolare dell'impresa o il rappresentante legale o negoziale ovvero il direttore generale o il soggetto responsabile di sede secondaria o di stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti*", per poter partecipare alla procedura in esame, non debbano essere stati "*condannati, anche con sentenza non definitiva, né imputati*" in relazione ad uno dei delitti indicati nella medesima lettera m), ovvero quelli di cui agli artt. 314, 316, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 321, 322, 323, 416, 416 *bis*, 644, 648, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale.

In proposito la Sezione non può esimersi dal rilevare che in relazione ad alcuni dei delitti elencati nella succitata lettera m) - e, segnatamente, in relazione a quelli di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 321, 322, 416 e 416 *bis* del codice penale - l'art. 80, comma 1 del Codice prevede, quale requisito per i soggetti che partecipino alle procedure di affidamento, il non essere stati condannati con "*sentenza definitiva*" o con "*decreto penale di condanna divenuto irrevocabile*" o, infine, con "*sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale*".

Pertanto, in relazione a quanto esposto, la Sezione - anche in considerazione del fatto che l'Amministrazione non ha proceduto ad esplicitare le ragioni sottese a tale scelta - ritiene opportuno invitare l'Amministrazione a valutare la possibilità, in sede di stesura definitiva della documentazione in esame, di riformulare la predetta lettera m) del Paragrafo 4 in conformità con quanto previsto dall'art. 80, comma 1 del Codice, al fine di non ingenerare dubbi in merito alla legittimità di tale requisito rispetto a quanto esplicitamente previsto dal Codice.

6.2. In relazione al Paragrafo 5 (“*Condizioni per l'affidamento in concessione*”) la Sezione rileva che tale Paragrafo individua le condizioni e gli oneri al cui assolvimento è subordinato l'affidamento in concessione dell'attività di raccolta a distanza di giochi pubblici.

In particolare, tale Paragrafo richiede: il versamento di un corrispettivo *una tantum*; la regolarità dei pagamenti dovuti alle Amministrazioni interessate in relazione a concessioni precedentemente conseguite aventi ad oggetto l'esercizio dei medesimi giochi oggetto della procedura; l'esercizio dell'attività di gestione e di raccolta di giochi, anche a distanza, in uno degli Stati dello Spazio economico europeo, avendovi sede legale ovvero operativa, sulla base di valido ed efficace titolo abilitativo e con un ammontare complessivo di ricavi non inferiore a euro 1.500.000 negli ultimi due esercizi, o - alternativamente - il possesso di determinate capacità tecnico-infrastrutturali; e, infine, la residenza delle infrastrutture dedicate alle attività oggetto di concessione in uno degli Stati dello Spazio economico europeo.

La Sezione rileva, tuttavia, che la disposizione primaria di riferimento, di cui al citato art. 1, comma 935 della legge n. 208 del 2015, prevede che la procedura *de qua* debba svolgersi nel rispetto “*dei criteri previsti dall'articolo 24, comma 15, lettere da a) a e) e g), della citata legge n. 88 del 2009*”.

Rileva, altresì, la Sezione che il precitato art. 24, comma 15 della legge n. 88 del 2009 prevede che il rilascio della concessione sia subordinato anche a requisiti ulteriori rispetto a quelli esplicitamente individuati dal Paragrafo in esame e, segnatamente, al possesso da parte del presidente, degli amministratori e dei procuratori degli operatori economici “*dei requisiti di affidabilità e professionalità richiesti alle corrispondenti figure dei soggetti di cui al comma 16, lettera b)*” della medesima legge (lett. d), e alla sottoscrizione, da parte del soggetto richiedente, di un “*atto d'obbligo*” attestante l'assunzione degli obblighi di cui al comma 17 dello stesso art. 24 (lett. g).

Pertanto, in considerazione di quanto esposto, la Sezione ritiene opportuno invitare l'Amministrazione a valutare la possibilità, in sede di stesura definitiva della documentazione in esame, di riformulare il precitato Paragrafo 5, al fine di eliminare i dubbi concernenti la conformità del suo contenuto rispetto a quanto disposto della normativa di settore, peraltro presa a riferimento dall'Amministrazione proponente.

6.3. Per quanto concerne il Paragrafo 6 (“*Informazioni sulla procedura di affidamento in concessione*”) deve rilevarsi che quest'ultimo individua i siti internet istituzionali attraverso i quali i soggetti interessati possono reperire i documenti necessari alla partecipazione alla procedura *de qua* e richiedere ulteriori chiarimenti in merito a quest'ultima.

In proposito la Sezione constata che il punto 6.2. del predetto Paragrafo 6 specifica che, a fronte di eventuali richieste di informazioni da parte degli interessati, l'Amministrazione “*si riserva la facoltà, a proprio insindacabile giudizio, senza che da ciò possa derivare responsabilità alcuna ... di selezionare le richieste di chiarimento alle quali dare risposta ...*”.

Orbene, la Sezione osserva che - nell'ottica di dare concreta attuazione al principio di correttezza dei rapporti tra Amministrazione e privati e di trasparenza dell'operato

dell'Amministrazione stessa - potrebbe essere opportuno che l'Amministrazione riformuli tale disposizione, sottolineando la volontà dell'Agenzia di rispondere alle richieste di chiarimento formulate dagli interessati in merito alla procedura *de qua*, a condizione che tali richieste non siano irrilevanti o comunque formulate in termini non consoni.

6.4. Per quanto concerne i Paragrafi 11 ("*Garanzia provvisoria*") e 12 ("*Garanzia a copertura degli obblighi della concessione*"), i medesimi, come emerge dalla loro rubrica, prevedono la consistenza e le modalità di presentazione della garanzia provvisoria e di quella prevista a copertura degli obblighi individuati dall'atto concessorio.

In relazione alla consistenza della garanzia provvisoria - la quale, ai sensi del predetto Paragrafo 11 deve essere pari a "*euro 100.000,00*" - la Sezione osserva che la consistenza di tale garanzia risulta differente da quanto previsto, in termini generali, dall'art. 93 del Codice, disciplinante le "*Garanzie per la partecipazione alla procedura*", ai sensi del quale la garanzia provvisoria deve essere "*pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito*", con possibilità, per la stazione appaltante, di ridurre tale importo "*sino all'1 per cento*" o di incrementarlo "*sino al 4 per cento*" sulla base di un atto motivato.

Inoltre, per quanto concerne la garanzia a copertura degli obblighi della concessione prevista dal Paragrafo 12 la Sezione osserva che i relativi massimali (due) sono quantificati dall'Allegato 1 allo Schema di atto di convenzione in "*euro 100.000,00*" cadauno.

Tuttavia, l'art. 103 del Codice, in relazione alle cosiddette "*Garanzie definitive*", prescrive, in via generale, che queste ultime debbano essere "*pari al 10 per cento dell'importo contrattuale*" mentre l'importo individuato dal predetto Paragrafo 12 in combinato disposto con quanto previsto dall'Allegato 1 allo Schema di atto di convenzione sembra essere stato determinato con criteri differenti.

Orbene - in relazione a quanto esposto ed in considerazione del fatto che, anche per questa fattispecie, l'Amministrazione non ha formulato alcun rilievo concernente le motivazioni sottese a quanto previsto dai Paragrafi 11 e 12 delle Regole amministrative - la Sezione ritiene opportuno invitare l'Amministrazione stessa a valutare la possibilità di procedere all'individuazione delle garanzie secondo i criteri previsti dalla normativa generale di riferimento o, quantomeno, ad esplicitare in termini dispositivi le ragioni che hanno comportato una scelta differente rispetto ai parametri individuati dal Codice, al fine di non ingenerare dubbi sulla legittimità degli adempimenti richiesti ai partecipanti alla procedura *de qua*.

6.5. Infine, in relazione al contenuto dello Schema di atto di convenzione trasmesso dall'Amministrazione, la Sezione rileva che l'art. 21 del predetto Schema individua le fattispecie in cui è consentito all'Amministrazione di revocare, sospendere e dichiarare la decadenza della concessione scaturita dalla procedura *de qua*, senza, tuttavia, disciplinare l'ipotesi - viceversa prevista dall'art. 176 del Codice - di risoluzione della concessione per inadempimento dell'Amministrazione.

Orbene, la Sezione - pur nella consapevolezza che tale lacuna potrebbe trovare soluzione, in sede applicativa, alla luce della clausola di rinvio esterno di cui all'art. 22 dello Schema di

concessione - ritiene in ogni caso opportuno invitare l'Amministrazione a valutare la possibilità di riformulare il predetto art. 21 dello Schema *de quo* al fine di disciplinare anche la precitata fattispecie.