

SENATO DELLA REPUBBLICA

XVIII LEGISLATURA

Doc. XIX
n. 135

SENTENZA

DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (QUINTA SEZIONE) DEL 2 SETTEMBRE 2021, CAUSE RIUNITE C-721/19 E C-722/19, SISAL SPA E ALTRI CONTRO AGENZIA DELLE DOGANE E DEI MONOPOLI E MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE. DOMANDE DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE PROPOSTE DAL CONSIGLIO DI STATO. ARTICOLI 49 E 56 DEL TFUE - LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI - RESTRIZIONI - DIRETTIVA 2014/23/UE - PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE - ARTICOLO 43 - MODIFICHE SOSTANZIALI - LOTTERIE A ESTRAZIONE ISTANTANEA - NORMATIVA NAZIONALE CHE PREVEDE IL RINNOVO DI UNA CONCESSIONE SENZA UNA NUOVA GARA D'APPALTO - DIRETTIVA 89/665/CEE - ARTICOLO 1, PARAGRAFO 3 - INTERESSE AD AGIRE

(Articolo 144-ter del Regolamento del Senato)

Comunicata alla Presidenza il 30 settembre 2021

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

2 settembre 2021 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Articoli 49 e 56 TFUE – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Direttiva 2014/23/UE – Procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione – Articolo 43 – Modifiche sostanziali – Lotterie a estrazione istantanea – Normativa nazionale che prevede il rinnovo di una concessione senza una nuova gara d'appalto – Direttiva 89/665/CEE – Articolo 1, paragrafo 3 – Interesse ad agire»

Nelle cause riunite C-721/19 e C-722/19,

aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanze del 20 giugno 2019, pervenute in cancelleria il 23 settembre 2019, nei procedimenti

Sisal SpA (C-721/19),

Stanleybet Malta Ltd (C-722/19),

Magellan Robotech Ltd (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, già Lottomatica SpA (C-722/19),

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da E. Regan, presidente di sezione, M. Ilešič, E. Juhász (relatore), C. Lycourgos e I. Jarukaitis, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Sisal SpA, da L. Medugno, F. Cintioli, S. Sticchi Damiani e A. Lauteri, avvocati;
- per la Stanleybet Malta Ltd e la Magellan Robotech Ltd, da R.A. Jacchia, A. Terranova, F. Ferraro e D. Agnello, avvocati;
- per la Lotterie Nazionali Srl, da V. Fortunato, R. Baratta e A. Botto, avvocati;
- per la Lottomatica Holding Srl, già Lottomatica SpA, da S. Fidanzia e A. Gigliola, avvocati;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P.G. Marrone e S. Fiorentino, avvocati dello Stato;
 - per la Commissione europea, da L. Armati, G. Gattinara e L. Malferrari, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 21 gennaio 2021,
- ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione degli articoli 49 e 56 TFUE nonché degli 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 (GU 2014, L 94, pag. 1), letti alla luce dei principi di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza, imparzialità, libera concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza.
- 2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie tra, da un lato, la Sisal SpA (causa C-721/19), nella prima, e la Stanleybet Malta Ltd e la Magellan Robotech Ltd (in prosieguo, congiuntamente: la «Stanleybet») (causa C-722/19), nella seconda, e, dall'altro, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Italia; in prosieguo: l'«ADM»), il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Italia), nonché la Lotterie Nazionali Srl e la Lottomatica Holding Srl, già Lottomatica SpA (in prosieguo: la «Lottomatica») (causa C-722/19), in merito alla conformità al diritto dell'Unione del provvedimento con cui l'ADM ha rinnovato, nel corso del 2017, la concessione rilasciata nel 2010 alla Lotterie Nazionali per la gestione delle lotterie a estrazione istantanea.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

La direttiva 2014/23

- 3 L'articolo 3 della direttiva 2014/23, intitolato «Principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza», nel suo paragrafo 1, primo comma, prevede che:

«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».
- 4 L'articolo 43 di questa direttiva, intitolato «Modifica dei contratti esistenti», prevede 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. 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;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
- d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avevano inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al paragrafo 1, lettera d).

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».

5 L'articolo 46 di detta direttiva, intitolato «Modifiche alla direttiva 89/665/CEE», prevede quanto segue:

«La direttiva 89/665/CEE [del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33) è così modificata:

all'articolo 1, il paragrafo 1 è sostituito dal seguente:

“(…)

La presente direttiva si applica anche alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici, di cui alla direttiva [2014/23], a meno che tali concessioni siano escluse a norma degli articoli 10, 11, 12, 17 e 25 di tale direttiva.

(…)”».

6 Ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, intitolato «Recepimento», gli Stati membri erano tenuti a mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a detta direttiva entro il 18 aprile 2016.

7 L'articolo 54 della direttiva 2014/23, intitolato «Entrata in vigore», prevede che:

«La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

La presente direttiva non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014».

La direttiva 89/665

8 L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, quale modificata dalla direttiva 2014/23 (in prosieguo: la «direttiva 89/665»), stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

Diritto italiano

9 L'articolo 21, intitolato «Rilascio di concessioni in materia di giochi», del decreto-legge del 1° luglio 2009, n. 78 – Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini (GURI n. 150, del 1° luglio 2009), convertito, con modifiche, dalla legge del 3 agosto 2009, n. 102 (Supplemento ordinario alla GURI n. 179, del 4 agosto 2009) (in prosieguo: il «decreto-legge n. 78/2009»), prevede quanto segue:

«1. Per garantire la tutela di preminenti interessi pubblici nelle attività di raccolta [delle scommesse] 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 [Italia] avvia le procedure occorrenti per conseguire tempestivamente l'aggiudicazione della concessione, relativa anche alla raccolta a distanza [delle scommesse] 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.

2. La concessione di cui al comma 1 prevede un aggio, comprensivo del compenso dell'8 per cento dovuto ai punti vendita per le lotterie ad estrazione istantanea, pari all'11,90 per cento della raccolta e valori medi di restituzione della raccolta in vincite, per ciascun concessionario aggiudicatario, non superiori al 75 per cento.

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;
- b) offerta di standard qualitativi che garantiscano la più completa sicurezza dei consumatori in termini di non alterabilità e non imitabilità dei biglietti, nonché di sicurezza del sistema di pagamento delle vincite;
- c) capillarità della distribuzione attraverso una rete su tutto il territorio nazionale, esclusiva per concessionario, costituita da un numero non inferiore a 10 000 punti vendita, da attivare entro il 31 dicembre 2010, fermo restando il divieto, a pena di nullità, di clausole contrattuali che determinino restrizioni alla libertà contrattuale dei fornitori di beni o servizi.

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».

10 L'articolo 20, comma 1, del 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, dalla legge del 4 dicembre 2017, n. 172 (GURI n. 284, del 5 dicembre 2017) (in prosieguo: il «decreto-legge n. 148/2017»), così dispone:

«In applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del [decreto-legge n. 78/2009], l'[ADM] provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle [scommesse 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».

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

- 11 Con avvisi pubblicati nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 15 agosto 2009 e del 2 aprile 2010, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, alla quale l'ADM è subentrata nei diritti, ha avviato una gara d'appalto per l'assegnazione di concessioni per la gestione, a livello nazionale, delle lotterie ad estrazione istantanea, ovvero i cosiddetti «gratta e vinci».
- 12 Il 5 agosto 2010, a seguito di tale gara d'appalto, è stata assegnata una concessione unica, per il periodo dal 1° ottobre 2010 al 30 settembre 2019, alla Lottomatica, l'unico operatore economico che ha presentato un'offerta, alla quale la Lotterie Nazionali è subentrata nei diritti.
- 13 La scelta del concessionario è stata effettuata ai sensi del decreto-legge n. 78/2009, secondo il quale la gestione della raccolta delle scommesse di gioco doveva essere oggetto di una concessione, di norma assegnata a più soggetti selezionati a seguito di procedure aperte, competitive e non discriminatorie, al fine di garantire un gettito complessivo non inferiore a 500 milioni di euro per il 2009 e a 300 milioni di euro per il 2010, indipendentemente dal numero finale degli aggiudicatari. A seguito della proroga dei termini per la stipula della concessione, il calendario per il pagamento del canone è stato modificato, così che la prima rata, pari a 520 milioni di euro, doveva essere versata entro il 28 maggio 2010 e la seconda rata, pari a 280 milioni di euro, doveva essere versata entro il 30 novembre 2010.
- 14 L'articolo 4, paragrafo 1, del contratto di concessione concluso tra l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e il concessionario (in prosieguo: il «contratto di concessione in questione») prevedeva che «la concessione, rinnovabile una sola volta, ha una durata di nove anni, suddivisa in due periodi di cinque e quattro anni rispettivamente, a decorrere dal 1° ottobre 2010. 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».
- 15 Alla fine dei primi cinque anni di esecuzione della concessione, la prosecuzione della concessione è stata autorizzata per la seconda metà del periodo, in conformità a tale disposizione contrattuale.
- 16 Il 26 luglio 2017, la Lotterie Nazionali ha presentato all'ADM, subentrata nei diritti dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, una domanda di rinnovo della concessione assegnatale, sulla base della clausola di rinnovo prevista anche da detta disposizione contrattuale. Da parte loro, la Sisal e la Stanleybet hanno espresso interesse per l'organizzazione di una nuova procedura di concessione.
- 17 Con comunicazione del 19 settembre 2017, l'ADM ha ritenuto che il rinnovo del contratto di concessione in questione fosse conforme all'interesse pubblico.
- 18 Nello stesso senso, il decreto-legge n. 148/2017, entrato in vigore il 16 ottobre 2017, prevede, nell'articolo 20, comma 1, che l'ADM, ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge n. 78/2009, deve autorizzare la prosecuzione del contratto di concessione in questione, fino alla sua definitiva risoluzione, prevista dall'articolo 4, comma 1, dello stesso, in modo da garantire nuove e maggiori entrate di bilancio per lo Stato.

- 19 Con comunicazione del 1° dicembre 2017, l'ADM ha concesso alla Lotterie Nazionali il rinnovo della concessione fino al 30 settembre 2028, a condizione che, ai sensi dell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017, il concessionario procedesse al pagamento anticipato del canone di 800 milioni di euro a favore del bilancio dello Stato, versando 50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017, 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018 e 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018, in luogo di due rate di 500 milioni e di 300 milioni di euro, prima della normale scadenza della concessione, il 30 settembre 2019.
- 20 La Sisal e la Stanleybet hanno impugnato questa decisione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia). Secondo le ricorrenti, l'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017 sarebbe contrario al diritto dell'Unione, in quanto introdurrebbe un regime di monopolio a favore di un unico operatore, prevedendo la prosecuzione, a favore della Lotterie Nazionali, del contratto di concessione in questione, mentre il regime previsto dal decreto-legge n. 78/2009 avrebbe previsto la facoltà per l'amministrazione, alla scadenza del periodo iniziale di concessione, di optare o per il rinnovo o per l'avvio di una nuova procedura di gara. Inoltre, non si tratterebbe di una semplice continuazione del contratto di concessione in questione, ma di una novazione del rapporto contrattuale, e per di più due anni prima della durata normale del contratto di concessione originario, nella misura in cui le parti hanno concordato termini di pagamento del canone diversi da quelli inizialmente previsti in detto contratto. Infine, la necessità di assicurare nuove entrate significative per il bilancio dello Stato non costituirebbe un motivo imperativo di pubblico interesse tale da giustificare un regime diverso solo per le lotterie a estrazione istantanea.
- 21 In seguito al rigetto dei loro ricorsi da parte del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, la Sisal e la Stanleybet hanno impugnato tale decisione dinanzi al giudice del rinvio, il Consiglio di Stato (Italia). Al pari delle ricorrenti nei procedimenti principali, il Consiglio di Stato dubita che il nuovo regime, introdotto dall'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017, sia conforme al diritto dell'Unione. Inoltre, secondo il giudice del rinvio, tale regime è suscettibile di violare il principio del legittimo affidamento in quanto, anche se la Sisal e la Stanleybet non hanno partecipato alla gara d'appalto iniziale del 2010, esse avrebbero potuto partecipare a una nuova gara alla scadenza del periodo iniziale di concessione nel 2019, posto che il rinnovo di tale concessione, fino all'entrata in vigore di tale decreto-legge, era una semplice opzione lasciata alla discrezionalità dell'amministrazione. Orbene, con la nuova disciplina, l'amministrazione non aveva più la possibilità di scegliere tra l'avvio di una nuova procedura di gara e il rinnovo automatico, scelta quest'ultima imposta dall'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017.
- 22 In queste circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, che sono identiche nelle due cause riunite:
- «1) Se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (articoli 49 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione] 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(...), deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, del tipo di quella contenuta nell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge [n. 148/2017], e nei conseguenti atti attuativi, che dispone che “(...) In applicazione dell'articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge [n. 78/2009], l'[ADM] provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle [scommesse 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 n. 78/2009] 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 [nei procedimenti principali];
 - 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 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell’Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23(...), deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella contenuta nell’art. 20, comma 1, del decreto-legge [n. 148/2017], che, in dichiarata applicazione dell’articolo 21, commi 3 e 4, del decreto-legge [n. 78/2009], dispone che “l’[ADM] provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle [scommesse 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 [n. 78/2009], e senza l’indizione di una nuova gara;
 - in un momento anteriore rispetto alla scadenza della concessione: il decreto-legge [n. 148/2017] 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 [dal concessionario] 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 [nei procedimenti principali] – 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 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell’Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23(...), 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’[ADM] prot. 0133677 del 1° dicembre 2017, che, in dichiarata esecuzione di quanto previsto dall’art. 20, comma 1 del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, ed in base a quanto previsto dall’art. 4, primo capoverso della convenzione di concessione [in questione], 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 1° ottobre 2019, la prosecuzione per l'ulteriore quadriennio fino alla scadenza del 30 settembre 2028 è subordinata alla positiva valutazione, da parte dell'[ADM], 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'[ADM] prot. 0133677, è stata emanata il 1° dicembre 2017, mentre il contratto di concessione sarebbe scaduto il successivo 30 settembre 2019);
 - con ciò assicurando il pagamento anticipato di 800 milioni di Euro entro termini anteriori (50 milioni di euro entro il 15 dicembre 2017; 300 milioni di euro entro il 30 aprile 2018; 450 milioni di euro entro il 31 ottobre 2018) rispetto a tale scadenza (30 settembre 2019);
 - con ciò determinando la potenziale modificazione dell'importo complessivo del pagamento dovuto [dal concessionario], sotto il profilo della sua onerosità, in considerazione – secondo la prospettazione dei ricorrenti [nei procedimenti principali] – 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 ss. e 56 ss. TFUE), nonché i principi [di diritto dell'Unione] di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23(...), 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».

Sulle questioni pregiudiziali

Considerazioni preliminari

- 23 Le questioni pregiudiziali si inseriscono nel contesto del rinnovo di una concessione per la gestione delle lotterie a estrazione istantanea in Italia, vale a dire i giochi cosiddetti «gratta e vinci», che è stata rilasciata nel corso del 2010 alla Lotterie Nazionali e il cui rinnovo è avvenuto nel corso del 2017. Oltre agli articoli 49 e 56 TFUE e a taluni principi del diritto dell'Unione, il giudice del rinvio richiama, nelle sue questioni, gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23. Dato che questa direttiva è entrata in vigore il 17 aprile 2014, ossia successivamente alla decisione iniziale di aggiudicazione della concessione ma prima del suo rinnovo, occorre preliminarmente determinare se tale direttiva sia applicabile *ratione temporis* nei procedimenti principali.
- 24 A questo proposito, in conformità a una costante giurisprudenza, formatasi in materia di appalti pubblici e applicabile per analogia in materia di concessione di servizi, la normativa dell'Unione applicabile a un contratto di concessione è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'ente aggiudicatore sceglie il tipo di procedura che esso seguirà e risolve definitivamente la questione sulla sussistenza, o meno, dell'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Sono invece inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (v., per analogia, sentenza del 19 dicembre 2018, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

- 25 Nella fattispecie, il bando di gara è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 15 agosto 2009 e il 2 aprile 2010, vale a dire prima della scadenza, il 18 aprile 2016, del termine di recepimento della direttiva 2014/23.
- 26 Inoltre, la concessione è stata aggiudicata, a seguito di tale gara, prima del 17 aprile 2014, di modo che tale aggiudicazione iniziale non rientra, in ogni caso, nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23, conformemente all'articolo 54, secondo comma, della stessa.
- 27 Se un contratto di concessione contiene una clausola di rinnovo che è parte integrante del contratto originario, tale clausola è anch'essa disciplinata dalla legislazione sugli appalti pubblici applicabile a detta concessione.
- 28 Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte risulta anche che, in caso di modifica sostanziale di un contratto di concessione, il diritto dell'Unione alla luce del quale tale modifica dev'essere valutata è quello in vigore alla data di tale modifica. In questo contesto, la Corte ha precisato che il fatto che la conclusione del contratto di concessione originario sia precedente all'adozione delle norme dell'Unione in materia non comporta conseguenze a tale riguardo (v., in questo senso, sentenza del 18 settembre 2019, Commissione/Italia, C-526/17, EU:C:2019:756, punto 60 e giurisprudenza ivi citata).
- 29 Nel caso di specie, le controversie di cui ai procedimenti principali riguardano la decisione con cui è stato scelto, ai sensi dell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017, di rinnovare la concessione esistente e di prorogarla di nove anni; facoltà prevista dall'articolo 21, comma 4, del decreto-legge n. 78/2009. A questo proposito, le ricorrenti nei procedimenti principali sostengono che il rinnovo comporterebbe modifiche sostanziali rispetto al contratto di concessione in questione.
- 30 Ne consegue che, nei procedimenti principali, la questione volta ad accertare quale tipo di modifiche sia stato apportato a tale contratto di concessione in occasione del suo rinnovo dev'essere valutata alla luce delle disposizioni della direttiva 2014/23, poiché detto rinnovo è avvenuto dopo la sua entrata in vigore.
- 31 A questo proposito, occorre osservare che dai termini dell'articolo 43 di tale direttiva risulta che essa ha proceduto a un'armonizzazione esaustiva, da un lato, delle ipotesi in cui le concessioni possono essere modificate senza che sia necessaria, per tale ragione, l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione della concessione conforme alle norme stabilite da detta direttiva, e, dall'altro, di quelle in cui una tale procedura di aggiudicazione è richiesta in caso di modifica delle condizioni di concessione.
- 32 Orbene, qualsiasi misura nazionale in un settore che sia stato oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione dev'essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a., C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).
- 33 Ne consegue che la questione di accertare se la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale abbia apportato modifiche che richiedano l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione dev'essere valutata unicamente alla luce delle disposizioni della direttiva 2014/23.

Sulla prima questione

- 34 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43 della direttiva 2014/23, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo.

- 35 La Corte ha reiteratamente dichiarato che la normativa di uno Stato membro la quale subordini l'esercizio di un'attività economica, quale la gestione di determinati giochi di azzardo, al rilascio di una concessione costituisce un ostacolo alle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE, e ciò a prescindere dal fatto che l'amministrazione aggiudicatrice abbia fatto ricorso a un modello a concessionario unico o a un modello a più concessionari (v., in tal senso, sentenza del 19 dicembre 2018, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, punti 38 e 39 e giurisprudenza ivi citata).
- 36 Come la Corte ha parimenti ricordato nella propria giurisprudenza sui giochi d'azzardo, la protezione dei consumatori e la prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini a spese eccessive collegate al gioco possono essere qualificate come motivi imperativi di interesse generale, idonei a giustificare restrizioni alle libertà fondamentali riconosciute dagli articoli 49 e 56 TFUE (sentenza del 19 dicembre 2018, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, punto 43 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 37 Tuttavia, occorre notare che, con la sua prima questione, il giudice del rinvio non fa riferimento alle ragioni che hanno indotto lo Stato membro interessato a introdurre e mantenere tali restrizioni in questo settore.
- 38 Nel caso di specie, le ricorrenti nei procedimenti principali non intendono contestare il modello di concessione scelto per la gestione delle lotterie a estrazione istantanea in quanto tale ma sostengono che, a causa delle modalità di rinnovo di tale concessione e delle condizioni previste a tal fine, l'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017 avrebbe abbandonato il modello a più concessionari previsto dall'articolo 21, comma 1, del decreto-legge n. 78/2009 e avrebbe operato un ritorno al modello a concessionario unico, il che costituirebbe una modifica sostanziale del contratto di concessione in questione.
- 39 A tal proposito, occorre osservare che, conformemente alla formulazione dell'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23, il legislatore dell'Unione ha previsto che le concessioni possano essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione qualora le modifiche, indipendentemente dal loro importo, siano state previste nei documenti iniziali di concessione sotto forma di clausole di revisione, comprese clausole di revisione dell'importo, o di opzioni chiare, precise e inequivocabili. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche od opzioni che altererebbero la natura generale della concessione.
- 40 Orbene, è pacifico che il contratto di concessione in questione conteneva una clausola che prevedeva un'opzione di rinnovo delle concessioni inizialmente assegnate per un periodo di nove anni.
- 41 Inoltre, il fatto che, nei procedimenti principali, un unico concessionario sia stato nuovamente designato dall'amministrazione aggiudicatrice per un ulteriore periodo di nove anni non deriva dalla modifica della normativa nazionale relativa alle modalità di aggiudicazione dell'appalto, poiché l'articolo 21, comma 1, del decreto-legge n. 78/2009 prevede che la concessione in questione nei procedimenti principali dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a «una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie». Tale designazione è la conseguenza dell'esercizio dell'opzione relativa al rinnovo della concessione, prevista dal decreto-legge n. 78/2009 e dal contratto di concessione in questione, la cui possibilità non poteva essere ignorata, in considerazione del risultato dell'originaria procedura di gara alla quale, come ha precisato il giudice del rinvio, ha partecipato la sola Lottomatica, alla quale è subentrata nei diritti la Lotterie Nazionali, ad esclusione delle ricorrenti nei procedimenti principali o di altri operatori economici.
- 42 Tuttavia, un rinnovo siffatto in assenza di una nuova procedura di aggiudicazione è possibile, conformemente all'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23, solo qualora siano state rispettate le condizioni relative all'attuazione della clausola prevista a tal fine.

43 Occorre rilevare al riguardo, come ha fatto l'avvocato generale nei paragrafi 52 e 53 delle sue conclusioni, che, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, sebbene il rinnovo di cui trattasi nei procedimenti principali sia stato formalmente imposto mediante il decreto-legge n. 148/2017, tale rinnovo corrispondeva, in particolare alla luce della sua comunicazione del 19 settembre 2017, alla volontà precedentemente espressa dall'ADM.

44 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che il diritto dell'Unione e, in particolare, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo, quando tale normativa nazionale costituisce l'attuazione di una clausola contenuta nel contratto di concessione originario che prevedeva l'opzione di un tale rinnovo.

Sulle questioni seconda e terza

45 Con le sue questioni seconda e terza, che devono essere esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43 della direttiva 2014/23, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede, da un lato, che il rinnovo di una concessione sia deciso due anni prima della sua scadenza e, dall'altro, una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione iniziale, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio.

46 Anzitutto occorre rilevare, da un lato, che il fatto che, nel caso di specie, il rinnovo sia stato concesso due anni prima della data di scadenza del contratto di concessione in questione non costituisce, di per sé, una modifica delle disposizioni di tale contratto, laddove, con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte che la legge che disciplina tale contratto non imponeva una data in cui la decisione su un eventuale rinnovo potesse essere presa.

47 Dall'altro, le ragioni che hanno giustificato tale rinnovo, in particolare l'obiettivo di assicurare nuove e maggiori entrate di bilancio per lo Stato, non sono decisive per valutare se le condizioni di tale rinnovo comportino modifiche sostanziali.

48 Per quanto riguarda la modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, come previste dal contratto di concessione in questione, non si può dedurre dall'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23 che, nell'ambito dell'attuazione di una clausola o di un'opzione rientrante in tale disposizione, qualsiasi modifica non espressamente prevista da tale clausola o opzione possa avere l'effetto di rendere necessaria, in virtù del paragrafo 5 di detta disposizione, una nuova procedura di aggiudicazione della concessione.

49 Infatti, nell'ambito dei procedimenti principali, conformemente a detto articolo 43, paragrafo 1, lettera e), tali modifiche possono essere apportate a una concessione senza che sia necessario procedere, a tal fine, a una nuova procedura di aggiudicazione, purché dette modifiche non siano sostanziali, ai sensi del paragrafo 4 del medesimo articolo 43.

50 Quest'ultima disposizione stabilisce una regola generale secondo la quale la modifica di un contratto di concessione in corso è considerata sostanziale quando rende le caratteristiche della concessione sostanzialmente diverse da quelle originariamente previste. Questa disposizione specifica inoltre che, «in ogni caso», una modifica è considerata sostanziale, in particolare, quando introduce condizioni che, se fossero prevalse nell'ambito della 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, o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione, o quando essa cambia l'equilibrio

economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto nel contratto di concessione iniziale.

- 51 A tale riguardo, occorre rilevare che, nel caso di specie, l'importo che il concessionario deve versare a fronte dell'aggiudicazione della concessione di servizi in questione nei procedimenti principali è rimasto invariato, essendo state modificate solo le modalità di pagamento di tale importo, oggetto delle questioni sollevate dal giudice del rinvio.
- 52 Infatti, dal fascicolo sottoposto all'attenzione della Corte si ricava che, nel caso del contratto di concessione in questione, l'importo concordato era dovuto, in parte, nell'anno in cui la concessione è entrata in vigore e, in parte, nell'anno successivo. In caso di rinnovo, viceversa, la prima parte dell'importo doveva essere pagata due anni prima dell'entrata in vigore della concessione rinnovata, mentre l'importo rimanente doveva essere versato nell'anno precedente a tale data.
- 53 Con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, è evidente che una modifica siffatta non può essere considerata sostanziale, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23. A questo proposito è importante rilevare che, posto che questo pagamento anticipato potrebbe far aumentare l'importo da versare, una modifica del genere non sembra alterare l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario, ai sensi della lettera b) di detto articolo 43, paragrafo 4.
- 54 Quanto alla questione se, nel caso di specie, l'applicazione di tali modalità di pagamento così modificate al contratto di concessione in questione avrebbe consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli che hanno effettivamente partecipato o la partecipazione di ulteriori candidati, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/23, occorre rilevare che nessuno dei ricorrenti nei procedimenti principali ha sostenuto una tale tesi e che il fascicolo sottoposto alla Corte non contiene nessun elemento in grado di sostenere una siffatta affermazione.
- 55 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni seconda e terza dichiarando che il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2014/23, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede, da un lato, che il rinnovo di una concessione sia deciso due anni prima della sua scadenza e, dall'altro, una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione originario, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio, quando tale modifica non è sostanziale, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, di detta direttiva.

Sulla quarta questione

- 56 Si deve ricordare preliminarmente che, benché formalmente le questioni proposte non si riferiscano all'interpretazione di nessuna disposizione specifica della direttiva 89/665, una siffatta circostanza non osta a che la Corte fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per definire i procedimenti principali. A tale proposito, spetta alla Corte trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale, e in particolare dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi di tale diritto che richiedano un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto dei procedimenti principali (v., per analogia, sentenza del 6 maggio 2021, Analisi G. Caracciolo, C-142/20, EU:C:2021:368, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).
- 57 In tale contesto, poiché l'accesso alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici è disciplinato dalla direttiva 89/665, applicabile anche alle concessioni aggiudicate ai sensi della direttiva 2014/23, la quarta questione pregiudiziale dev'essere riformulata nel senso che, con essa, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23 e l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 debbano essere interpretati nel senso che un operatore economico può proporre un ricorso contro una decisione di rinnovo di una concessione, per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state modificate in tale occasione, pur non avendo partecipato alla procedura di aggiudicazione originaria di detta concessione.

- 58 In effetti, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri assicurano che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità da essi stabilite, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa da una presunta violazione.
- 59 Ne consegue che il diritto di un operatore economico di proporre un ricorso richiede che esso fornisca la prova di un interesse a ottenere l'aggiudicazione della concessione in questione nell'ambito di una nuova procedura di aggiudicazione di quest'ultima.
- 60 Secondo la giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici, la partecipazione a una procedura di appalto può validamente costituire, in linea di principio, una condizione che dev'essere soddisfatta per dimostrare che la persona di cui trattasi ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto in questione o rischia di subire un danno a causa della presunta illegittimità della decisione di aggiudicazione di tale appalto. Se non ha presentato un'offerta, un soggetto siffatto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione in discussione (v., in tal senso, sentenze del 12 febbraio 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 27, nonché del 28 novembre 2018, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a.*, C-328/17, EU:C:2018:958, punto 46).
- 61 Tuttavia, tale giurisprudenza non è applicabile nei procedimenti principali, in cui non si tratta di stabilire se gli operatori economici che non hanno partecipato alla procedura iniziale di aggiudicazione della concessione abbiano il diritto di contestare l'esito di tale procedura. Come ha spiegato il giudice del rinvio, la questione, nel caso di specie, verte sull'interesse che detti operatori possano avere a che l'amministrazione aggiudicatrice garantisca che la clausola di rinnovo di tale concessione sia applicata conformemente alla legislazione pertinente.
- 62 A questo proposito, il fatto che l'operatore economico abbia partecipato o meno alla procedura iniziale di aggiudicazione della concessione è irrilevante a condizione che, nel momento in cui la concessione dovrebbe essere rinnovata, esso possa giustificare un interesse all'aggiudicazione di una siffatta concessione.
- 63 In questo contesto, tale operatore economico non è tenuto a dimostrare che esso parteciperebbe effettivamente a questa nuova procedura di aggiudicazione. L'esistenza di un'eventualità del genere dev'essere considerata sufficiente a questo riguardo (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU:C:2019:675, punto 29).
- 64 Pertanto, l'operatore economico che soddisfa tali condizioni ha, se del caso, il diritto di impugnare la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di rinnovare la concessione a favore del concessionario originario per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state modificate in tale occasione. A tal fine, come ha rilevato l'avvocato generale nel paragrafo 94 delle sue conclusioni, per accertare se tali modifiche siano sostanziali, l'operatore economico dev'essere in condizioni di proporre un'azione diretta a che venga effettuata detta verifica.
- 65 Occorre quindi rispondere alla quarta questione dichiarando che l'articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23 e l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 devono essere interpretati nel senso che un operatore economico può proporre un ricorso contro una decisione di rinnovo di una concessione per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state sostanzialmente modificate, anche se non ha partecipato alla procedura di aggiudicazione originaria di tale concessione, a condizione che, nel momento in cui la concessione dev'essere rinnovata, possa dimostrare un interesse ad ottenere tale concessione.

Sulle spese

- 66 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri

soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

- 1) Il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo, quando tale normativa nazionale costituisce l'attuazione di una clausola contenuta nel contratto di concessione originario che prevedeva l'opzione di un tale rinnovo.
- 2) Il diritto dell'Unione, e, in particolare, l'articolo 43, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2014/23, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede, da un lato, che il rinnovo di una concessione sia deciso due anni prima della sua scadenza e, dall'altro, una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione originario, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio, quando tale modifica non è sostanziale, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, di detta direttiva.
- 3) L'articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23 e l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, quale modificata dalla direttiva 2014/23, devono essere interpretati nel senso che un operatore economico può proporre un ricorso contro una decisione di rinnovo di una concessione per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state sostanzialmente modificate, pur non avendo partecipato alla procedura di aggiudicazione originaria di tale concessione, a condizione che, nel momento in cui la concessione dev'essere rinnovata, possa dimostrare un interesse ad ottenere tale concessione.

Regan

Ilešič

Juhász

Lycourgos

Jarukaitis

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 2 settembre 2021.

Il cancelliere

Il presidente della Quinta
Sezione

A. Calot Escobar

E. Regan

* Lingua processuale: l'italiano.