

Le società di intermediazione finanziaria, ancorché iscritte all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, possono essere escluse dal novero dei garanti in caso di concessioni di servizi e' corretto tener conto della funzione assolta, nello specifico, dalla garanzia richiesta; del differente ambito di operatività delle fonti normative e degli obiettivi perseguiti; della natura e dell'oggetto delle concessioni in materia di giochi e scommesse (servizi pubblici); della possibilità, per la pubblica amministrazione statale di optare per l'una, piuttosto che per l'altra delle forme di garanzia apprestabili, in ragione della natura delle obbligazioni garantite, nonché, infine della rilevanza che assume, nello stabilire la preferenza per l'una, piuttosto che per l'altra forma di garanzia, la figura del soggetto garante, assunta con riguardo alla sua organizzazione economico-giuridica, idonea a contrassegnare differenze intrinseche (nella specie relative alla natura e funzione della provvista dalla quale si attingono gli strumenti di garanzia del credito) che escludono, in radice, una assoluta equiparazione, se non nel caso in cui essa sia predeterminata, per legge o altra fonte subgradata o, comunque, in base ad autolimitazione della stessa amministrazione.

Alla stregua della vigente normativa in tema di concessione di servizi, non è illegittimo che l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato nel definire le forme di garanzie che i concessionari del servizio di raccolta di giochi e scommesse devono offrire con riferimento alle obbligazioni derivanti dalla concessione, ne ammetta soltanto talune, sulla base di un implicito giudizio di maggiore economicità ed affidabilità.

a) la disposizione contenuta nell'art. 75, comma 3, del vigente codice degli appalti (secondo cui "la fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze" non rientra fra quelle che, a norma dell'art. 30 dello stesso codice, deve necessariamente trovare applicazione alle procedure relative ai pubblici servizi; la materia delle garanzie piuttosto, in base alla formulazione dell'articolo da ultimo citato, deve essere ritenuta esclusa dalla automatica applicabilità, alla materia trattata nel presente giudizio, stante l'enunciato per cui "Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi"; b) il problema della legittimità della clausola impugnata va risolto, dunque - tanto che si tratti di rapporto instaurato a seguito di pubblica gara, quanto che di tratti di rinnovo di concessione (come nel caso in esame) - in base ad altra fonte normativa, ovvero, con riferimento alla facoltà della garanzia più adeguata a tutela dell'erario, offerta alla P.A. dall'art. 1 della L. 10 giugno 1982 n. 348 per la costituzione di garanzie per le obbligazioni verso lo Stato e gli altri Enti pubblici e, per ciò che concerne il legittimo esercizio di tale facoltà - nei limiti della sua sindacabilità - facendo ricorso ai criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà della scelta di preferire l'una forma piuttosto che l'altra di garanzia, anche con riferimento ai soggetti abilitati a rendersi garanti; c) nel testo unico sulle banche ed i servizi bancari, le disposizioni contenute negli artt. 106 e 107 non pongono sullo stesso piano, da un lato banche ed istituti di credito e dall'altro le società finanziarie cosicché è erroneo rinvenire in tali norme una equiparazione, là dove è tutt'al più rinvenibile una sorta di abilitazione all'esercizio di determinate attività nell'ambito finanziario che, proprio per la sua delicatezza, richiede penetranti e specifici controlli nei confronti di soggetti che non siano inseriti, di per sé nel sistema bancario e di ordinaria gestione del credito; il giudizio non cambia per la circostanza che a taluni fini ed in determinati ambiti, operazioni finanziarie poste in essere dalle differenti categorie di operatori vengano considerate equipollenti, trattandosi in ogni caso di atti riferiti a soggetti che operano nel settore del credito con connotazioni economico-giuridiche distinte, e non equiparabili; d) infine non è né irragionevole né arbitrario che l'Amministrazione, anche in considerazione delle problematiche relative alla fase della escussione, indirizzi le proprie scelte con i criteri di maggiore economicità, in funzione di una maggiore speditezza e affidabilità del garante, in sede di effettiva e concreta operatività della garanzia.

Merita di essere segnalata la decisione numero 231 del 15 aprile 2009, emessa dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Neppure può essere ritenuto illegittimo che, ai fini della rinnovazione della concessione scaduta, sia stata richiesta la prestazione della garanzia nelle forme prescritte dalle convenzione-tipo nel frattempo adottata.

La necessità di revisionare le regole generali relative alle modalità e procedure relative alle concessioni del servizio di raccolta di giochi e scommesse ha la sua fonte nell'art. 1, comma 287 lett. e) della legge n. 311/2004 (legge finanziaria del 2005) che ne ha demandato l'attuazione all'Amministrazione competente.

Come rilevato nella sentenza appellata, il diritto al rinnovo della concessione non esclude che il rapporto rinnovato soggiaccia a nuova e differente disciplina.

In questo senso è del resto, espressamente, la stessa convenzione del 1999, che ha condizionato il rinnovo delle concessioni al rispetto delle vigenti prescrizioni di legge, dovendosi intendere siffatta espressione, nel senso lato di norme (legislative e non) e regole vigenti al tempo del rinnovo.

Al contrario, da nessuna parte è stato garantito ai concessionari la sopravvivenza di regole abrogate per effetto di nuove regole sopravvenute, all'atto della rinnovazione del rapporto.

Nel caso in esame, il decreto dirigenziale 23 giugno 2005, emesso in attuazione della citata legge finanziaria, ha tenuto distinti (anche cronologicamente) l'accertamento dei presupposti (e dei requisiti) per essere ammessi al rinnovo della concessione, e la stipula della convenzione rinnovata, ed ha, al riguardo, disposto implicitamente che la stessa avvenisse dopo che fossero state messe a punto le nuove disposizioni che avrebbero dovuto disciplinare la nascita e la vita del rapporto rinnovato.

In questo senso deve essere interpretata la prescrizione secondo cui, intervenuto l'accertamento positivo, l'Amministrazione avrebbe dovuto indicare la documentazione necessaria per la stipulazione e l'interessato sarebbe stato tenuto a produrla "a pena di inammissibilità alla stipula".

Tanto è poi confermato dalla nota 22 dicembre 2005, successiva al decreto da ultimo citato, con cui l'Amministrazione ha prorogato provvisoriamente le concessioni di titolarità dell'interessata, in attesa del completamento dell'iter amministrativo finalizzato al rinnovo della convenzione che accede ai relativi rapporti, già passati al riscontro favorevole dei presupposti.

Può dunque concludersi nel senso che il diritto dell'appellante al rinnovo non è stato posto in discussione (atteso l'esito positivo degli accertamenti) ma che l'interessata ne è decaduta per non avere depositato la documentazione prescritta..

La vigenza dell'art. 13 della nuova convenzione-tipo, in corso di proroga della vecchia concessione evidenzia anche che nel caso in esame neppure può configurarsi la violazione del principio (invocato dall'appellante) della inapplicabilità retroattiva delle nuove regole alla concessione rinnovata, posto che al tempo in cui l'interessata è stata chiamata alla stipula della nuova convenzione, previo deposito della prescritta documentazione, la nuova convenzione-tipo era già adottata e vigente, con abrogazione della precedente, ormai non più applicabile.

La data alla quale occorre fare riferimento non è infatti quella coincidente con la scadenza del termine finale della primitiva concessione, dal momento che, per effetto della proroga temporanea cui è stata prestata acquiescenza, si era verificata una prosecuzione del precedente rapporto, senza alcuna soluzione di continuità.

In conclusione, compiutisi con esito positivo gli accertamenti costituenti il presupposto stesso della ammissione al rinnovo, e prorogata la concessione, in vista delle nuove regole, legittimamente, sulla base della nuova convenzione-tipo, nel frattempo adottata, è stato chiesto all'interessato di depositare la documentazione relativa alla dovuta garanzia nelle forme prescritte dalla suddetta convenzione-tipo, non essendovi altre norme regolamentari in vigore delle quali fare applicazione.

4. L'appello, in considerazione di quanto precede, deve essere respinto.>

A cura di Sonia Lazzini

N. 231/09 Reg.Dec.

N. 21 Reg.Ric.

ANNO 2008

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 21 del 2008, proposto dalla soc.

AGENZIA ALFA s.r.l.,

con sede in Palermo, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Corso, Ignazio Scardina e Nicola Piazza, con domicilio eletto presso lo studio dei primi due in Palermo, via Rodi n. 1;

contro

l'AMMINISTRAZIONE AUTONOMA DEI MONOPOLI DI STATO, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via Alcide De Gasperi n.81, è domiciliata per legge;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione I della sede di Palermo, n. 1375/2007 del 18 maggio 2007.

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 25 settembre 2008 il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi, altresì, l'avv. I. Scardina per la società appellante e l'avv. dello Stato Mango per l'amministrazione appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe, la Sezione Prima di Palermo del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Siciliana ha respinto il ricorso proposto dalla attuale appellante - al tempo titolare di n. 16 concessioni, assentite nel 1999 per la raccolta di scommesse a quota fissa su eventi sportivi diversi dalle corse di cavalli e su eventi non sportivi, esercite in vari comuni italiani (tutti, tranne uno, in Sicilia) - per l'annullamento:

I - 1) della nota, a firma di un dirigente della direzione per i giochi dell'AAMS, datata 30 agosto 2006 prot. n. 2006/29936/Giochi/Sco/conc. n. 179 (Palermo, via Mariano Stabile n. 200/202), anticipata soltanto via fax, con la quale viene preannunciato che a decorrere dalle ore 24 del 7 settembre 2006 saranno interrotti i collegamenti telematici con il totalizzatore nazionale e conseguentemente vietata la raccolta delle scommesse da parte della società ricorrente, titolare di n. 16 concessioni rilasciate con decorrenza 1° gennaio 2000;

2) della nota 7 luglio 2006, prot. n. 2006/23462 GIOCHI/SCO/CONC. n. 179 proveniente dal medesimo ufficio, con la quale vengono inviati il modello di dichiarazione sostitutiva di certificazioni e l'elenco della documentazione richiesta, e viene assegnato termine sino al 9 agosto successivo per la presentazione dei documenti prescritti per il rinnovo delle concessioni di cui la società ricorrente è titolare: nella parte in cui è richiesta, tra i documenti, la fideiussione bancaria di cui all'art. 13 della convenzione-tipo per le concessioni per l'esercizio delle scommesse a quota fissa su eventi sportivi, diversi dalle corse dei cavalli, e su eventi non sportivi, approvata con decreto del Direttore Generale dell'AAMS del 30 giugno 2006;

3) e, per quanto occorra, dell'art. 13 della convenzione-tipo citata al superiore punto 2, se inteso nel senso che trova applicazione anche ai rinnovi delle concessioni rilasciate nel 1999;

4) di ogni altro atto comunque connesso o consequenziale;

II - nonché i motivi aggiunti proposti - nel medesimo giudizio - con tre successivi atti, per l'annullamento:

A) (con il I ricorso per motivi aggiunti) - della nota dell'8 settembre 2006, prot. n. 2006/31325/Giochi, a firma del Direttore per i Giochi dell'AAMS con la quale viene prorogato al 9 ottobre 2006 il termine per la presentazione delle garanzie previste dalla convenzione di concessione con avvertenza che decorso infruttuosamente detto termine, il procedimento di rinnovo delle concessioni di intenderà definitivamente concluso;

B) (con il II ricorso per motivi aggiunti) - di n. 16 note del 6/11/2006 prot. n. 2006/38200/Giochi/SCO con le quali l'Amministrazione intimata ha preannunciato la disattivazione "*entro dieci giorni dalla notifica del presente atto, del collegamento al totalizzatore nazionale delle scommesse non ippiche a quota fissa*" come conseguenza del mancato rinnovo di altrettanto concessioni già oggetto dei provvedimenti impugnati con i ricorsi principali;

C) (con il III ricorso per motivi aggiunti) - di n. 16 note del 30 gennaio 2007 con cui l'Amministrazione intimata, a conclusione del procedimento volto al rinnovo delle singole concessioni, comunicava la chiusura del collegamento telematico con il totalizzatore nazionale, rigettando le rispettive istanze.

2. Avverso l'anzidetta sentenza propone appello la società soccombente, la quale - premesso che le concessioni sopra menzionate avevano scadenza al 31 dicembre 2005, e che a ciascuna accedeva apposito contratto tra detta concessionarie e il CONI - riassume i termini della vicenda, precisando, in fatto, che ciascuna delle sedici convenzioni faceva rinvio, quanto alla durata del rapporto, alla convenzione-tipo vigente al tempo, che prevedeva la rinnovabilità, per una sola volta, della concessione, su richiesta del concessionario e che, nelle more della decisione sulle istanze di rinnovo tempestivamente avanzate dalla società, il Direttore Generale dell'A.A.M.S., con decreto 23 giugno 2005 (in applicazione dell'art. 1 commi 286 e 287 L. 311/04 cit.) aveva disposto che le richieste di rinnovo delle concessioni presentate entro il mese di marzo 2005, dovevano essere accolte ed, inoltre, che dell'accoglimento fosse data comunicazione agli interessati entro il 30 giugno 2005 con l'avvertenza che il mancato rispetto, entro il 30 aprile 2005, delle posizioni contabili avrebbe comportato il rigetto dell'istanza di rinnovo.

Precisa, ancora che, successivamente, con decreto del 30 giugno 2006, il Dir. Gen. A.A.M.S. aveva approvato la nuova convenzione tipo che "*accede alle concessioni per l'esercizio delle scommesse a quota fissa*"; che, con nota del 7 giugno 2006, il dirigente dell'ufficio scommesse della Direzione giochi dell'A.A.M.S., preso atto dell'esito

positivo delle verifiche, invitava la società ricorrente ad inviare la documentazione necessaria per la stipula della convenzione, assegnando a tal fine il termine del 9 agosto 2006, espressamente richiedendo, però, che tra la documentazione da presentare, vi fosse quella inerente alla garanzia da prestare ai sensi dell'art. 13 della nuova convenzione tipo, e cioè nelle sole forme della **cauzione** o della fideiussione bancaria e per un importo di gran lunga superiore, rispetto a quanto convenuto nel 1999; ne sarebbe conseguita la richiesta dell'interessata di prorogare del termine prescritto, cui, peraltro, l'Amministrazione non aderiva, senza riscontrare la richiesta ed emanando, invece, atti e provvedimenti con i quali, nell'inviare il modello di dichiarazione sostitutiva di certificazioni e l'elenco della documentazione richiesta, (con termine, per la presentazione, fino al 9 agosto 2006), ha chiesto, a garanzia del rinnovo della concessione, la fideiussione bancaria prescritta dall'art. 13 della nuova convenzione tipo, approvata con decreto del Dir. Gen. A.A.M.S. 30 giugno 2006 (nota del 7 luglio 2006), preannunciando l'interruzione dei collegamenti telematici e vietando la raccolta di scommesse a far data dalle ore 24 del 7 settembre 2006.

Precisato inoltre, per sommi capi, oggetto e contenuto dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti ed il contenuto impugnatorio del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, l'appellante ripropone, in questa sede, in diritto, la questione relativa alla illegittimità della pretesa di escludere dalle forme di garanzia ammesse, ai fini del rinnovo, per il periodo 2006-2010, quelle rese da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo n. 2885/1993 (o da compagnia di assicurazione), articolandola in due distinti motivi di appello che investono, il primo, direttamente, la clausola apposta nella convenzione-tipo (ovvero l'art. 13 di detta convenzione) - della quale è chiesto l'annullamento, dipendendo in via derivata dalla sua illegittimità anche quella dei provvedimenti direttamente lesivi a loro volta conseguenti alla ritenuta insufficienza della documentazione depositata a titolo di garanzia delle obbligazioni assunte (la polizza emessa dall'Istituto Cauzioni e Fideiussioni s.p.a. che è, anche, intermediario iscritto nell'elenco speciale di cui al citato art. 107) - ed il secondo, subordinatamente, l'applicazione dell'impugnato art. 13 al rapporto convenzionale pervenuto a scadenza prima della entrata a regime della nuova regolamentazione, illegittima in quanto tale rapporto doveva essere regolato dalla convenzione-tipo vigente nel 1999, in forza di espressa clausola convenzionale, anche con riferimento alle forme di garanzia che il concessionario era tenuto a prestare e sulla base della corretta interpretazione dell'art. 1, commi 286 e 287, L. n. 311/2004.

Secondo l'appellante, i precedenti giurisprudenziali su cui poggia la sentenza impugnata (e la stessa sentenza che li recepisce) sarebbero erronei ed in contrasto con la vigente normativa, che sarebbe, al contrario nel senso della equivalenza delle forme di garanzia prestate dai soggetti indicati nell'art. 107 del t.u. bancario; come deriverebbe dal nuovo codice sugli appalti e dalla stessa garanzia comunitaria della concorrenza e della circolazione degli operatori economici. In questo senso è segnalato ed invocato l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (in sede giurisdizionale - con ordinanza cautelare della sez. IV, n. 2508/2007 emessa proprio per la sospensione dell'efficacia della sentenza del TAR Lazio n. 139/2007 - ed in consultiva, con il parere n. 1299/2007

del 15 maggio 2007, emesso dalla sezione III consultiva, proprio con riferimento allo schema modulare di atto di convenzione generale relativo al rapporto fra concedente e concessionario delle attività e funzioni connesse alla raccolta di giochi pubblici).

L'appellante conclude, pertanto, per l'accoglimento dell'appello e, conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, del ricorso e dei motivi aggiunti proposti in primo grado, nonché per l'annullamento dei provvedimenti con essi impugnati.

3. L'Amministrazione statale, costituitasi in giudizio, resiste all'appello, controdeducendo che parte appellante ha, a suo tempo, proposto tanti ricorsi quante sono le concessioni delle quali era titolare e che, delle 16 sentenze definitive, tutte di rigetto, soltanto quella in esame è stata impugnata in appello; tanto varrebbe a definire i limiti del presente giudizio, in cui sarebbero state portate, indebitamente, questioni inammissibili, perché nuove, rispetto al primo grado del giudizio (in cui, secondo quanto opposto, non sarebbe stato impugnato l'art. 13 della convenzione-tipo di recente adozione) e, in ogni caso, relative alle altre concessioni sulle quali si sarebbe formato il giudicato.

4. Successivamente la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 25 settembre 2008 e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come precisato in narrativa, la controversia si incentra, nel presente grado del giudizio, sulla legittimità della clausola contenuta nell'art. 13 della convenzione-tipo, predisposta dalla Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato con decreto dirigenziale 30 giugno 2006, che ha imposto ai concessionari del servizio di raccolta di giochi e scommesse di prestare garanzia, per la generalità degli effetti connessi al rapporto concessorio (come indicati nei commi 2 e 4 dello stesso articolo), oltre che mediante **cauzione**, in numerario o in altri titoli di Stato, attraverso fideiussione rilasciata da banche o istituti di credito, con ciò escludendo che eguale effetto di garanzia potesse essere riconosciuto alla polizza depositata dalla parte, rilasciata da intermediario iscritto nello speciale elenco previsto dall'art. 107 del t.u. bancario.

Subordinatamente, è anche posto il problema se la nuova convenzione-tipo, emessa dopo la scadenza del termine finale della concessione (nelle more della rinnovazione tempestivamente richiesta) potesse trovare applicazione al rapporto di cui si tratta, la cui continuazione, in regime di rinnovazione, era stata espressamente garantita, sulla base del mero controllo della regolarità gestionale, nel caso favorevolmente accertata.

2. Si prende atto delle precisazioni dell'Amministrazione statale, circa i limiti del giudicato che scaturirà dal presente giudizio, per essere già coperte da giudicato le questioni afferenti a rapporti concessori oggetto di separati giudizi. Tale precisazione non richiede approfondimenti ulteriori, in questa sede.

Deve, invece, essere disattesa l'eccezione relativa alla mancata impugnazione, con il ricorso introduttivo del primo grado, dell'art. 13 della convenzione-tipo, trattandosi di eccezione, già dedotta in primo grado ed espressamente disattesa con la sentenza in esame, senza che l'Amministrazione abbia nuovamente sollevato la questione con appello incidentale.

Analogamente, deve essere disattesa l'eccezione che contesta la proposizione di motivi nuovi di impugnazione in appello: si tratta, invero, di argomenti che sorreggono le censure mosse, direttamente ed immediatamente, al procedimento logico-giuridico attraverso cui il giudice è pervenuto alla decisione di rigetto, pienamente conformi al meccanismo impugnatorio che devolve al secondo grado, nel giudizio davanti al giudice amministrativo, con l'esame dei motivi del ricorso di primo grado, anche, in via principale, il controllo della erroneità o meno della interpretazione ed applicazione di norme e principi che vincolano l'Amministrazione, cosicché è onere dell'appellante specificare le ragioni di impugnazione della sentenza, prima ancora di riproporre in motivi di impugnazione, ragioni che, nei limiti segnati dalla motivazione che sorregge la decisione, ben possono tollerare argomenti non adottati in primo grado, senza che per questo risulti ampliato l'oggetto del contendere.

3.1 Chiarito quanto sopra, non si ritiene, invece, che la sentenza appellata sia inficiata dai vizi dedotti.

3.2. Il primo motivo deve essere risolto conformemente alla decisione di primo grado che ha ritenuto legittimo l'art. 13 della convenzione.

Il giudice di primo grado ha tratto conforto al proprio convincimento dalla sentenza del Tribunale Amministrativo Regione del Lazio (n. 137/2007 dell'11 gennaio 2007), che ha fissato principi cardine, circa il potere dell'Amministrazione dei monopoli di Stato, di individuare le forme di garanzia maggiormente consone agli obiettivi di salvaguardia dell'interesse pubblico specifico, con riferimento alle obbligazioni nascenti dal rapporto de quo, desumendo la possibilità di operare discrezionalmente la scelta delle forme garantistiche maggiormente appropriate dall'art. 1 della L. n. 249 del 1982.

Ha anche, d'altra parte, tenuto in debita considerazione l'orientamento espresso, sebbene in sede di sommaria cognizione, da questo stesso Consiglio con le ordinanze n. 242/2007 e 243/2007, del 30 marzo 2007, rese sul ricorso in appello avverso le ordinanze TAR Palermo n. 70 e 71 del 16 gennaio 2007, nel medesimo giudizio.

La causa viene, ora, in decisione dopo che, la citata sentenza del TAR Lazio, è passata al vaglio del giudice di appello che si è pronunciato (Cons.di Stato, sez. IV, dec. n. 1247/2008 del 27 marzo 2008) confermando interamente, per i profili che interessano, gli orientamenti espressi dal giudice di primo grado (e ciò dopo che, invece in sede cautelare la stessa sezione del Consiglio di Stato si era differentemente orientata, con le ordinanze invocate dalla parte appellante a sostegno della propria tesi).

Invero, il Consiglio di Stato, con la decisione di merito sopra citata, ha avuto modo di riconsiderare criticamente l'orientamento espresso, reso dalla sezione III consultiva nella adunanza del 15 maggio 2007 (parere n. 1299/2007), sullo schema di convenzione generale relativa al rapporto tra concedente e concessionario delle attività e funzioni connesse alla raccolta di giochi pubblici, con riferimento al quale era stato osservato che la previsione della prestazione della fideiussione solo da parte di banche e istituti di credito non era in linea con la maggiore estensione di soggetti abilitati a prestare garanzia, contemplata dal D.Lgs. 163/2006.

Il mutato orientamento deriva da un differente e maggiormente approfondito approccio esegetico, che tiene conto della funzione assoluta, nello specifico, dalla garanzia richiesta; del differente ambito di operatività delle fonti normative e degli obiettivi perseguiti; della natura e dell'oggetto delle concessioni in materia di giochi e scommesse (servizi pubblici); della possibilità, per la pubblica amministrazione statale di optare per l'una, piuttosto che per l'altra delle forme di garanzia apprestabili, in ragione della natura delle obbligazioni garantite, nonché, infine della rilevanza che assume, nello stabilire la preferenza per l'una, piuttosto che per l'altra forma di garanzia, la figura del soggetto garante, assunta con riguardo alla sua organizzazione economico-giuridica, idonea a contrassegnare differenze intrinseche (nella specie relative alla natura e funzione della provvista dalla quale si attingono gli strumenti di garanzia del credito) che escludono, in radice, una assoluta equiparazione, se non nel caso in cui essa sia predeterminata, per legge o altra fonte subgradata o, comunque, in base ad autolimitazione della stessa amministrazione.

Sulla base delle medesime considerazioni, questo Consiglio non ha ragione di discostarsi dall'orientamento già espresso, in sede cautelare, con le ordinanze citate dalla sentenza appellata.

Deve infatti essere rilevato che:

a) la disposizione contenuta nell'art. 75, comma 3, del vigente codice degli appalti (secondo cui *“la fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze”*) non rientra fra quelle che, a norma dell'art. 30 dello stesso codice, deve necessariamente trovare applicazione alle procedure relative ai pubblici servizi; la materia delle garanzie piuttosto, in base alla formulazione dell'articolo da ultimo citato, deve essere ritenuta esclusa dalla automatica applicabilità, alla materia trattata nel presente giudizio, stante l'enunciato per cui *“Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi”*;

b) il problema della legittimità della clausola impugnata va risolto, dunque - tanto che si tratti di rapporto instaurato a seguito di pubblica gara, quanto che di tratti di rinnovo di concessione (come nel caso in esame) - in base ad altra fonte normativa, ovvero, con riferimento alla facoltà della garanzia più adeguata a tutela dell'erario, offerta alla P.A.

dall'art. 1 della L. 10 giugno 1982 n. 348 per la costituzione di garanzie per le obbligazioni verso lo Stato e gli altri Enti pubblici e, per ciò che concerne il legittimo esercizio di tale facoltà - nei limiti della sua sindacabilità - facendo ricorso ai criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà della scelta di preferire l'una forma piuttosto che l'altra di garanzia, anche con riferimento ai soggetti abilitati a rendersi garanti;

c) nel testo unico sulle banche ed i servizi bancari, le disposizioni contenute negli artt. 106 e 107 non pongono sullo stesso piano, da un lato banche ed istituti di credito e dall'altro le società finanziarie cosicché è erroneo rinvenire in tali norme una equiparazione, là dove è tutt'al più rinvenibile una sorta di abilitazione all'esercizio di determinate attività nell'ambito finanziario che, proprio per la sua delicatezza, richiede penetranti e specifici controlli nei confronti di soggetti che non siano inseriti, di per sé nel sistema bancario e di ordinaria gestione del credito; il giudizio non cambia per la circostanza che a taluni fini ed in determinati ambiti, operazioni finanziarie poste in essere dalle differenti categorie di operatori vengano considerate equipollenti, trattandosi in ogni caso di atti riferiti a soggetti che operano nel settore del credito con connotazioni economico-giuridiche distinte, e non equiparabili;

d) infine non è né irragionevole né arbitrario che l'Amministrazione, anche in considerazione delle problematiche relative alla fase della escussione, indirizzi le proprie scelte con i criteri di maggiore economicità, in funzione di una maggiore speditezza e affidabilità del garante, in sede di effettiva e concreta operatività della garanzia.

In definitiva, alla stregua della vigente normativa in tema di concessione di servizi, non è illegittimo che l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato nel definire le forme di garanzie che i concessionari del servizio di raccolta di giochi e scommesse devono offrire con riferimento alle obbligazioni derivanti dalla concessione, ne ammetta soltanto talune, sulla base di un implicito giudizio di maggiore economicità ed affidabilità.

3.3. Neppure può essere ritenuto illegittimo che, ai fini della rinnovazione della concessione scaduta, sia stata richiesta la prestazione della garanzia nelle forme prescritte dalle convenzione-tipo nel frattempo adottata.

La necessità di revisionare le regole generali relative alle modalità e procedure relative alle concessioni del servizio di raccolta di giochi e scommesse ha la sua fonte nell'art. 1, comma 287 lett. e) della legge n. 311/2004 (legge finanziaria del 2005) che ne ha demandato l'attuazione all'Amministrazione competente.

Come rilevato nella sentenza appellata, il diritto al rinnovo della concessione non esclude che il rapporto rinnovato soggiaccia a nuova e differente disciplina.

In questo senso è del resto, espressamente, la stessa convenzione del 1999, che ha condizionato il rinnovo delle concessioni al rispetto delle vigenti prescrizioni di legge, dovendosi intendere siffatta espressione, nel senso lato di norme (legislative e non) e regole vigenti al tempo del rinnovo.

Al contrario, da nessuna parte è stato garantito ai concessionari la sopravvivenza di regole abrogate per effetto di nuove regole sopravvenute, all'atto della rinnovazione del rapporto.

Nel caso in esame, il decreto dirigenziale 23 giugno 2005, emesso in attuazione della citata legge finanziaria, ha tenuto distinti (anche cronologicamente) l'accertamento dei presupposti (e dei requisiti) per essere ammessi al rinnovo della concessione, e la stipula della convenzione rinnovata, ed ha, al riguardo, disposto implicitamente che la stessa avvenisse dopo che fossero state messe a punto le nuove disposizioni che avrebbero dovuto disciplinare la nascita e la vita del rapporto rinnovato.

In questo senso deve essere interpretata la prescrizione secondo cui, intervenuto l'accertamento positivo, l'Amministrazione avrebbe dovuto indicare la documentazione necessaria per la stipulazione e l'interessato sarebbe stato tenuto a produrla "a pena di inammissibilità alla stipula".

Tanto è poi confermato dalla nota 22 dicembre 2005, successiva al decreto da ultimo citato, con cui l'Amministrazione ha prorogato provvisoriamente le concessioni di titolarità dell'interessata, in attesa del completamento dell'iter amministrativo finalizzato al rinnovo della convenzione che accede ai relativi rapporti, già passati al riscontro favorevole dei presupposti.

Può dunque concludersi nel senso che il diritto dell'appellante al rinnovo non è stato posto in discussione (atteso l'esito positivo degli accertamenti) ma che l'interessata ne è decaduta per non avere depositato la documentazione prescritta..

La vigenza dell'art. 13 della nuova convenzione-tipo, in corso di proroga della vecchia concessione evidenzia anche che nel caso in esame neppure può configurarsi la violazione del principio (invocato dall'appellante) della inapplicabilità retroattiva delle nuove regole alla concessione rinnovata, posto che al tempo in cui l'interessata è stata chiamata alla stipula della nuova convenzione, previo deposito della prescritta documentazione, la nuova convenzione-tipo era già adottata e vigente, con abrogazione della precedente, ormai non più applicabile.

La data alla quale occorre fare riferimento non è infatti quella coincidente con la scadenza del termine finale della primitiva concessione, dal momento che, per effetto della proroga temporanea cui è stata prestata acquiescenza, si era verificata una prosecuzione del precedente rapporto, senza alcuna soluzione di continuità.

In conclusione, compiutisi con esito positivo gli accertamenti costituenti il presupposto stesso della ammissione al rinnovo, e prorogata la concessione, in vista delle nuove regole, legittimamente, sulla base della nuova convenzione-tipo, nel frattempo adottata, è stato chiesto all'interessato di depositare la documentazione relativa alla dovuta garanzia nelle forme prescritte dalla suddetta convenzione-tipo, non essendovi altre norme regolamentari in vigore delle quali fare applicazione.

4. L'appello, in considerazione di quanto precede, deve essere respinto.

Le spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico dell'appellante ed in favore dell'Amministrazione resistente.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe.

Condanna l'appellante, in favore dell'Azienda Autonoma dei Monopoli di Stato, al pagamento delle spese del giudizio, che si liquidano in €8.000,00 (ottomila//00) oltre oneri contributivi e fiscali se dovuti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo, il 25 settembre 2008, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Chiarenza Millemaggi Cogliani, estensore, Paolo D'Angelo, Antonino Corsaro, Pietro Ciani, componenti.

F.to: Pier Giorgio Trovato, Presidente

F.to: Chiarenza Millemaggi Cogliani, Estensore

F.to: Maria Assunta Tistera, Segretario

Depositata in segreteria

il 15 aprile 2009