



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

## Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 16 ottobre 2024

**NUMERO AFFARE 01122/2024**

OGGETTO:

Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Parere sulla documentazione di gara per la procedura di selezione per l'affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa;

### LA SEZIONE

Vista la relazione n. 500610 del 30 luglio 2024, trasmessa con nota prot. 36434 dell'8 agosto 2024, con la quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Vista altresì la documentazione integrativa inviata dall'Amministrazione con nota prot. 45253 del 15 ottobre 2024;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Eugenio Tagliasacchi;

Premesso in fatto.

1. Con nota prot. 36434 dell'8 agosto 2024 il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha trasmesso al Consiglio di Stato ai fini dell'acquisizione del relativo parere la *“Documentazione di gara per la procedura di selezione per l'affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi*

*numerici a quota fissa*’ predisposta a tal fine dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli.

Nella relazione dell’Agenzia, debitamente vistata dal Ministro per la trasmissione al Consiglio di Stato:

a) si riporta testualmente il contenuto dell’art. 23, comma 4, del d.lgs. 2 marzo 2004, n. 41 (Disposizioni in materia di riordino del settore dei giochi, a partire da quelli a distanza, ai sensi dell’art. 15 della legge 9 agosto 2023, n. 111), secondo cui, in particolare, per garantire la tutela degli interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, l’Agenzia delle dogane e dei monopoli (d’ora in avanti anche solo l’Agenzia) affida la gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, per la raccolta sia attraverso la rete dei concessionari di cui all’art. 12 della l. 2 agosto 1982, n. 528, nonché all’articolo 33, comma 1, della l. 23 dicembre 1994, n. 724, sia a distanza, a una qualificata impresa con pregresse esperienze nella gestione o raccolta di gioco, con sede legale in uno degli Stati dello Spazio economico europeo, munita di idonei requisiti di affidabilità morale, tecnica ed economica, scelta mediante procedura di selezione aperta, competitiva e non discriminatoria;

b) si illustrano le caratteristiche del servizio;

c) si individuano gli elementi essenziali della procedura competitiva;

d) si indica tutta la documentazione di gara, illustrandone partitamente il singolo contenuto.

2. Deve darsi atto che la documentazione inizialmente trasmessa è costituita da:

a) Nomenclatore unico delle definizioni;

b) Regole amministrative per l’assegnazione della concessione e la stipula dell’atto di convenzione;

- c) Principali riferimenti normativi;
- d) Istruzioni per la redazione del Progetto di fattibilità, criteri e modalità di valutazione;
- e) Regole tecniche per la conduzione del sistema automatizzato del gioco del lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa;
- f) Schema di atto di convenzione per il rapporto di concessione dell'esercizio della gestione del servizio del gioco del lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa;
- g) Livelli di servizio e penali.

3. Inoltre con nota prot. 45253 del 15 ottobre 2024 il Ministero ha trasmesso anche la bozza provvisoria del bando di gara, la cui compilazione definitiva – secondo quanto precisato dall'Amministrazione – avverrà tramite la compilazione della sez. "E-FORM" della piattaforma di negoziazione individuata dall'Amministrazione stessa come la più efficace per la procedura e lo schema della domanda di partecipazione alla procedura selettiva, predisposto sulla base dell'Allegato A al disciplinare tipo predisposto dall'ANAC.

Considerato in diritto.

#### 1. *Inquadramento generale.*

Il d.lgs. 25 marzo 2024, n. 41, recante "*Disposizioni in materia di riordino del settore dei giochi, a partire da quelli a distanza, ai sensi dell'articolo 15 della legge 9 agosto 2023, n. 211*", ha stabilito all'articolo 23, comma 4, che sia bandita una gara per l'affidamento della concessione per la gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa.

La disposizione appena richiamata prevede infatti che: "*Per garantire la tutela degli interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, tenuto conto della prossimità della scadenza della relativa Concessione, la gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri*

*giochi numerici a quota fissa, per la sua raccolta sia attraverso la rete dei concessionari di cui all'articolo 12 della legge 2 agosto 1982, n. 528, nonché all'articolo 33, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, sia a distanza, è affidata in Concessione dalla Agenzia a una qualificata impresa con pregresse esperienze nella gestione o raccolta di gioco, con sede legale in uno degli Stati dello Spazio economico europeo, munita di idonei requisiti di affidabilità morale, tecnica ed economica, scelta mediante procedura di selezione aperta, competitiva e non discriminatoria”.*

Essa detta altresì ulteriori precisazioni, espressamente definite “condizioni essenziali” che di seguito di riportano: “La procedura è indetta alle seguenti condizioni essenziali:

- a) durata della Concessione di nove anni, non rinnovabile;*
- b) selezione basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, quanto alla componente prezzo, previsione di offerte al rialzo rispetto a una base d'asta di 1 miliardo di euro;*
- c) versamento del prezzo indicato nell'offerta del concorrente risultato primo in graduatoria nella misura di 500 milioni di euro, all'atto dell'aggiudicazione, nella misura di 300 milioni di euro all'atto dell'effettiva assunzione del servizio del gioco da parte dell'aggiudicatario nell'anno 2025, e nella misura residua nell'anno 2026, entro il 30 aprile;*
- d) facoltà per il concessionario aggiudicatario di utilizzare la rete di telecomunicazioni per prestazioni, dirette o indirette, di servizi diversi dalla raccolta del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa purché compatibili con la raccolta stessa a giudizio dell'Agenzia;*
- e) aggio per il concessionario pari al 6 per cento della raccolta;*
- f) obbligo di aggiornamento tecnologico del sistema della rete e dei terminali di gioco secondo standard qualitativi che garantiscano la massima sicurezza e affidabilità, secondo il piano d'investimento che costituisce parte dell'offerta tecnica;*

*g) obbligo per il concessionario di versamento annuale all'erario delle somme, comunque, eventualmente non investite secondo il piano di cui alla lettera f);*

*b) obbligo per ciascun concorrente, all'atto della partecipazione alla procedura selettiva, di versare alla Agenzia una somma pari all'importo dei compensi di cui al comma 5, con diritto alla sua restituzione esclusivamente per quelli diversi dall'aggiudicatario”.*

2. L'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 (“*Disciplina delle attività di giuoco*”), riserva allo Stato l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorso pronostici che prevedano ricompense.

Detta disposizione stabilisce infatti che: “*L'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato*”.

La riserva statale è stata successivamente ribadita, con specifico riferimento al gioco del Lotto, dall'art. 1 della l. 2 agosto 1982, n. 528 (“*Ordinamento del gioco del lotto e misure per il personale del lotto*”), secondo cui “*L'esercizio del gioco del lotto è riservato allo Stato. Il servizio del lotto è affidato all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato che lo gestisce, nell'ambito dei monopoli fiscali, nelle forme e nei modi previsti dalla presente legge e dal successivo regolamento di applicazione ed esecuzione*”.

3. Sulla scorta di tale contesto normativo l'Amministrazione ha precisato che la nozione di “*giochi numerici a quota fissa*” si riferisce a quei giochi, basati su pronostici di numeri rispetto a quelli oggetto di specifiche estrazioni, nei quali la ricompensa in denaro in caso di vincita è calcolata sulla base di un moltiplicatore predefinito dell'importo della giocata.

Nella categoria così delineata rientra il gioco del Lotto, che è stato disciplinato dapprima dal regio decreto legge 19 ottobre 1938, n. 1933 (“*Riforma delle leggi sul*

*lotto pubblico*”) e poi dalla già menzionata l. 2 agosto 1982, n. 528, nonché dal relativo regolamento attuativo di cui al d.P.R. 7 agosto 1990, n. 303 (*“Regolamento di applicazione ed esecuzione delle leggi 2 agosto 1982, n. 528 e 19 aprile 1990, n. 85, sull’ordinamento del gioco del lotto”*).

Successivamente l’art. 1, comma 1, della l. 23 dicembre 1994, n. 724 (*“Misure di razionalizzazione della finanza pubblica”*) ha stabilito che *“Il Ministro delle finanze, con proprio decreto, provvede a fissare in anticipo sui tempi previsti dal comma 2 dell’art. 5 della legge 19 aprile 1990, n. 85, l’allargamento della rete di raccolta del gioco del lotto in modo che entro tre anni dalla data di entrata in vigore della presente legge sia raggiunto il numero di 15.000 punti di raccolta e che successivamente sia estesa a tutti i tabaccai che ne facciano richiesta entro il 1° marzo di ogni anno, purché sia assicurato un incasso medio annuo da stabilire con decreto del Ministro delle finanze, di intesa con le organizzazioni sindacali dei rispettivi settori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, salvaguardando l’esigenza di garantire la presenza nelle zone periferiche del Paese. Sulla base delle domande presentate il Ministro delle finanze, con propri decreti, definisce il piano di progressiva estensione della rete a tutti i tabaccai richiedenti entro il 31 dicembre di ogni anno”*.

Come ha precisato il Ministero, il servizio di raccolta automatizzato può essere affidato in concessione a un unico soggetto in grado di collegare, attraverso un sistema informatizzato, tutti i ricevitori del Lotto, gestendo in via centralizzata tutte le fasi del gioco e, in considerazione di tale possibilità, a decorrere dal 1994, il servizio è stato affidato in concessione.

4. Accanto al servizio del gioco del Lotto, sono stati poi introdotti anche ulteriori giochi numerici a quota fissa, parimenti rientranti nell’ambito di applicazione della concessione, tra i quali l’Amministrazione ha menzionato il “10eLotto”, istituito ai sensi dell’articolo 12 del d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (*“Interventi urgenti in favore delle*

*popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*”), convertito con modificazioni dalla l. 24 giugno 2009, n. 147).

Sussiste peraltro la possibilità di ideare nuovi giochi, fermo restando che la relativa regolamentazione è riservata all'Agenzia e tale riserva risulta coerente con l'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 e con l'art. 1 della l. 2 agosto 1982, n. 528, sopra richiamati.

5. Per quanto concerne la disciplina applicabile alla procedura di gara di cui si tratta, l'Amministrazione richiedente il parere ha fatto riferimento anche alle previsioni del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (*“Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”*), ritenendo applicabili al caso di specie le disposizioni in tema di concessioni di servizi, in considerazione di quanto previsto dagli artt. 176 e 177 del Codice stesso; ha ritenuto altresì applicabili i requisiti e gli obblighi previsti dall'art. 1, commi 77 e seguenti, della l. 13 dicembre 2010, n. 220 (*“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2011)”*), i criteri specifici definiti dal d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (*“Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”*), convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nonché le specifiche misure in materia di documentazione antimafia per i soggetti individuati dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”*).

6. *Esame della documentazione di gara trasmessa dall'Amministrazione.*

Tanto premesso, si procede all'esame dei singoli atti che compongono la documentazione di gara trasmessa dall'Amministrazione, con le seguenti

precisazioni di carattere metodologico: a) che, con riferimento alle parti rispetto alle quali non vengono formulate particolari osservazioni, ci si limita a una sintetica descrizione del documento stesso; b) che i rilievi e le osservazioni relativi alle Regole amministrative devono essere intesi anche come riferiti alle parti corrispondenti dello schema di convenzione.

#### *7. Nomenclatore unico delle definizioni.*

La presenza nella documentazione di gara di un documento, definito “*nomenclatore unico delle definizioni*”, recante una sorta di glossario, appare rispondere ad esigenze di chiarezza ed è ricollegabile direttamente ai fondamentali principi, per un verso, di buona fede e, per altro verso, a quelli di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 della Costituzione.

Significativa in tal senso risulta la puntualizzazione contenuta nel predetto nomenclatore secondo cui i termini indicati in grassetto assumono, nell’atto di “*convenzione*”, nelle “*Regole amministrative*”, nelle “*Regole tecniche*” e nei relativi allegati, il significato indicato e precisato nel contesto del documento in questione. Peraltro il Ministero ha precisato che il nomenclatore delle definizioni costituisce parte integrante, sostanziale e vincolante dei predetti atti, il che sotto altro concorrente profilo consente di rilevare che il documento in esame risulta pienamente coerente con il principio del risultato e con quello della fiducia, di cui agli articoli 1 e 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

In tal senso si osserva che l’introduzione del glossario in questione appare utile e opportuna, essendo ispirata a fondamentali esigenze di uniformità e certezza interpretativa che non possono che rifluire positivamente sia sullo svolgimento della procedura di gara che, successivamente, sul rapporto concessorio.

## 8. Regole amministrative per l'assegnazione della concessione e la stipula dell'atto di convenzione.

8.1. Le Regole amministrative recano la disciplina della procedura per l'affidamento della concessione.

L'Amministrazione ha precisato che tali regole sono state in linea di massima redatte sulla base dello schema-tipo di disciplinare di gara predisposto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione in relazione all'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, aggiungendo tuttavia che per determinati aspetti vi è stato un motivato scostamento rispetto alle previsioni del predetto disciplinare predisposto dall'ANAC. Con riferimento alla componente del prezzo inoltre è stato puntualizzato che sono previste offerte al rialzo rispetto alla base d'asta di un miliardo di euro.

8.2. Al riguardo si osserva quanto segue.

8.2.1. Con riferimento alla prima parte del documento, dedicata alla regolamentazione della piattaforma telematica di negoziazione, si osserva che non appare del tutto pertinente il richiamo all'art. 1176, comma 2, c.c., posto che detta norma esprime un criterio di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni insuscettibile di venire in rilievo nell'ambito dell'utilizzo della piattaforma telematica: tale riferimento potrebbe essere eliminato.

8.2.2. Nell'ambito della medesima parte è prevista la possibilità di sospensione del termine di presentazione delle domande in caso di mancato funzionamento della piattaforma.

Si prevede infatti che: *“In caso di mancato funzionamento della Piattaforma o di malfunzionamento della stessa, non dovuti alle predette circostanze, che impediscono la corretta*

*presentazione della domanda di partecipazione, ADM, al fine di assicurare la massima partecipazione, può disporre la sospensione del termine di presentazione delle domande per un periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della Piattaforma e la proroga dello stesso per una durata proporzionale al mancato o non corretto funzionamento, tenuto conto della gravità del malfunzionamento.*

*ADM si riserva di agire in tal modo anche quando, esclusa la negligenza del candidato, non sia possibile accertare la causa del mancato funzionamento o del malfunzionamento”.*

Tale regola, pur chiara nella sua *ratio*, che è quella di consentire un’adeguata partecipazione degli operatori economici, in omaggio al principio del *favor participationis* (artt. 3 e 10 del d.lgs. n. 36 del 2023) e alle regole della concorrenza, potrebbe tuttavia nella sua concreta attuazione dar luogo a situazioni insidiose, in contrasto con il fondamentale principio di certezza che deve governare le pubbliche gare.

La regola appare in effetti caratterizzata da eccessiva genericità nei suoi presupposti e, conseguentemente, nella sua concreta applicazione. Sul punto occorre pertanto tenere conto della circostanza che tale previsione può presentare il rischio di elusioni e può far sorgere un non irrilevante contenzioso, a maggior ragione ove si consideri che la seconda parte della disposizione consente la sospensione del termine anche per l’ipotesi che si tratti di una causa ignota.

Peraltro la disposizione si limita a delineare il potere di sospensione del termine di presentazione delle domande in caso “*di mancato funzionamento della Piattaforma o di malfunzionamento della stessa*”, senza ulteriori adeguate specificazioni.

Né la norma reca le opportune precisazioni con riferimento alla competenza e alle modalità, anche temporali, di accertamento del malfunzionamento e a proposito dei tempi in cui detto accertamento deve intervenire. Inoltre, una volta verificatosi

il presupposto dell'anzidetto potere di sospensione, l'Amministrazione sembra essere titolare di un potere sostanzialmente indeterminato, che può essere esercitato *“per un periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della Piattaforma”*, in contrasto con la regola generale in materia di sospensione degli effetti del provvedimento, prevista dall'art. 21-*quater* della l. n. 241 del 1990, secondo cui *“L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo e 21-*novies*”*.

Il provvedimento di sospensione dei termini di presentazione delle domande appare nei fatti integrare una sospensione cautelare degli effetti del bando di gara, nella parte in cui esso disciplina i termini che gli operatori economici devono rispettare a pena di inammissibilità della domanda. Ne consegue che, confrontando la regola introdotta dall'Amministrazione con quella prevista dalla l. n. 241 del 1990, emerge come il termine della predetta sospensione non risulti determinato, benché la legge preveda che esso debba essere espressamente indicato nel provvedimento.

Sotto un ulteriore profilo va rilevato che la proroga degli effetti del provvedimento non può essere determinata *per relationem*, come invece prevedono le Regole amministrative di cui si tratta (cfr. la parte in cui è prevista *“la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla durata del mancato o non corretto funzionamento”*), ma può essere disposta per una sola volta e, comunque, per un tempo ragionevole e non superiore a un anno, come prevede l'art. 21-*novies* della l. n. 241 del 1990.

La giurisprudenza ha evidenziato che *“il potere di sospensione cautelare previsto dall'art. 21-quater, comma 2, l. 241 del 1990, può essere legittimamente esercitato solo in presenza di gravi ragioni, cioè in circostanze tali da rendere quanto meno inopportuno che un provvedimento emanato, non inficiato da vizi macroscopici o facilmente riconoscibili, continui a svolgere i propri effetti per evitare che questi possano definitivamente alterare e compromettere il substrato fattuale sul quale incide; la sospensione degli effetti dell'atto deve, inoltre, essere necessariamente accompagnata dalla previsione di un termine al fine di salvaguardare l'esigenza di certezza della posizione giuridica della parte e di scongiurare il rischio che, attraverso una sospensione sine die, si dia luogo ad una revoca del provvedimento in difetto dei relativi presupposti”* (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2024, n. 2393).

8.2.3. Sempre relativamente al funzionamento della piattaforma, è previsto che *“Con la registrazione e la presentazione della domanda, i candidati manlevano e tengono indenne ADM, la Consip S.p.a. ed il gestore della Piattaforma, risarcendo qualunque pregiudizio, danno, costo e onere di qualsiasi natura, ivi comprese le eventuali spese legali, che dovessero essere sofferte da questi ultimi e/o da terzi, a causa di violazioni delle disposizioni contenute nelle presenti Regole amministrative, dei relativi allegati, di un utilizzo scorretto o improprio della Piattaforma o dalla violazione della normativa vigente”*.

Tale clausola non appare condivisibile poiché obbliga l'operatore economico a risarcire *“qualunque pregiudizio, danno, costo e onere di qualsiasi natura”* in presenza di violazioni delle Regole amministrative e dei relativi allegati ovvero di un utilizzo scorretto o improprio della Piattaforma o dalla violazione della normativa vigente.

Come formulata, la norma esprime un automatismo tra violazione delle Regole amministrative e risarcimento del danno *“di qualsiasi natura”* e, in tal modo, non risulta in linea con i principi che governano la responsabilità dell'operatore economico nella partecipazione alle gare pubbliche e nell'utilizzo delle piattaforme

telematiche. Infatti, anche riconducendo tale ipotesi all'ambito della responsabilità contrattuale – posto che con la presentazione della domanda l'operatore economico assume l'obbligo di seguire le regole previste per l'utilizzo della piattaforma telematica come delineate negli atti di gara – risulta comunque necessario, ai fini della configurabilità di un'obbligazione risarcitoria, che il danno sia provato dal danneggiato/creditore e che sia altresì dimostrato il nesso di causalità tra il pregiudizio subito e la condotta quanto meno colposa dell'operatore economico.

In tal senso, del resto, si è espressa la Corte di Cassazione, secondo cui grava sul creditore l'onere di dimostrare non solo l'inadempimento della controparte ma anche la sua efficacia causale, ossia il nesso causale tra l'inadempimento e il pregiudizio lamentato (cfr. da ultimo Cass., sez. III, 31 luglio 2024, n. 21511).

Sarebbe pertanto opportuno riformulare tale disposizione, la quale allo stato appare generica e imprecisa, al fine di renderla conforme ai principi sopra richiamati.

In ogni caso, in questo contesto, l'utilizzo del termine “*risarcendo*” non sembra del tutto pertinente e sarebbe preferibile un'espressione diversa, eventualmente anche ripetendo la nozione di “*tenere indenne*”, utilizzata subito prima.

8.2.4. Nella parte relativa alle dotazioni tecniche (2.1) è precisato che risulta necessario “*disporre almeno di un personal computer conforme agli standard aggiornati di mercato, con connessione internet e dotato di un comune browser idoneo a operare in modo corretto sulla Piattaforma*”.

Anche in questo caso, ad avviso della Sezione, si tratta di una previsione del tutto generica e, comunque, superflua, che potrebbe essere dunque eliminata, essendo

interesse del candidato, per un evidente principio di autoresponsabilità, procurarsi i mezzi più idonei per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Al punto d) della medesima parte, relativa alle dotazioni tecniche, non appare chiara – e comunque non risulta formulata in modo del tutto corretto – l’espressione *“avere in capo al legale rappresentante del candidato (o di persona munita di idonei poteri di firma) un certificato di firma digitale”*. Potrebbe essere preferibile l’utilizzo dell’espressione *“essere in possesso”*, riformulando la regola nei termini che seguono: *“il rappresentante legale del candidato deve essere in possesso di un certificato di firma digitale...”*.

8.2.5. Nella parte relativa ai chiarimenti (3) è previsto che *“Le risposte alle richieste di chiarimenti presentate in tempo utile sono fornite in formato elettronico almeno sei giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione della domanda di partecipazione”*.

Pur essendo intuibile la finalità perseguita da tale previsione, il riferimento ad *“almeno sei giorni prima della scadenza”* sembra porre un vincolo eccessivamente rigido per l’amministrazione che, come tale, può determinare il rischio di contestazioni nel caso in cui non sia possibile rispettare il predetto termine, con la conseguenza che lo si potrebbe sostituire con la diversa espressione *“in tempo utile per la presentazione delle domande”*, ferma restando in linea generale la necessità, oltre che l’opportunità, per l’Amministrazione di provvedere alla tempestiva comunicazione delle risposte alle richieste di chiarimenti.

Sotto un ulteriore profilo, sempre con riferimento alla parte in esame, sembra preferibile l’eliminazione del riferimento al *“proprio insindacabile giudizio”*, che potrebbe lasciar intendere la sussistenza in capo all’Amministrazione di un potere di adottare un provvedimento privo di qualsiasi motivazione, in evidente e insanabile contrasto con l’art. 3 della l. n. 241 del 1990 e, comunque, non in linea

con il principio processuale secondo cui ogni provvedimento amministrativo è impugnabile e sindacabile in sede giurisdizionale, ai sensi dell'art. 7 c.p.a..

8.2.6. Nella parte relativa alle comunicazioni (2.2) si fa riferimento al “*caso di malfunzionamento della Piattaforma*”: sembra preferibile ed opportuno precisare che in questo caso, a differenza del precedente, si tratta del malfunzionamento intervenuto in un momento successivo alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

8.2.7. Nella parte relativa all'oggetto e alla durata della concessione viene menzionata la possibilità per ADM di sospendere “*a suo insindacabile giudizio e senza alcun indennizzo per il concessionario, in qualsiasi momento del periodo di validità ed efficacia della concessione, la commercializzazione di uno o più dei giochi numerici a quota fissa oggetto della concessione stessa*”.

Come già osservato in precedenza, il riferimento alla nozione di “*proprio insindacabile giudizio*” – per le ragioni già illustrate a proposito dell'assenza di motivazione – andrebbe rimeditato e circostanziato per evitare eventuali contestazioni circa la validità di una clausola che consente un rilevante *ius variandi* rimesso all'arbitrio di una sola parte, pur nel contesto della riserva statale prevista dall'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 e dall'art. 1 della l. 2 agosto 1982, n. 528.

Si tratta, peraltro, di un potere di sospensione che, come già evidenziato in precedenza, non appare in linea con i principi delineati dalla l. n. 241 del 1990, non essendo indicate né le gravi ragioni suscettibili di legittimare il potere di sospensione, né il *dies ad quem* entro cui esercitare tale potere.

8.2.8. In relazione alla parte dedicata alla disciplina del *self cleaning* (punto 5.4) si prevede che “*Sono considerate misure sufficienti il risarcimento o l'impegno a risarcire*

*qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, la dimostrazione di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti, di carattere tecnico, organizzativo o relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”.*

Ad avviso della Sezione tale disposizione non appare pienamente rispettosa della previsione dell'art. 96, comma 6, del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui “*Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico”.*

Il Codice dei contratti pubblici in realtà non prevede automatismi, ma individua le ipotesi che possono rientrare tra le misure “*sufficienti a dimostrare*” l'affidabilità dell'operatore, riservando la valutazione finale alla stazione appaltante, dal momento che la disposizione precisa che “*se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto*”.

Sarebbe opportuno pertanto riformulare la predetta disposizione in modo tale che la valutazione dell'efficacia delle misure adottate dall'operatore economico sia rimessa in concreto all'amministrazione competente.

8.2.9. Nell'ambito delle cause di esclusione è introdotta la disciplina delle “*altre cause di esclusione*” (5.5), ai sensi della quale “*I candidati che, in violazione dell'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, abbiano affidato incarichi a soggetti che hanno esercitato, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, in qualità di dipendenti, poteri autoritativi o negoziali presso le pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2 del medesimo decreto legislativo, sono esclusi per il triennio successivo alla data di stipula del relativo contratto*”.

La disposizione andrebbe eliminata poiché introduce una causa di esclusione atipica in contrasto con l'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023, che prevede il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. In particolare, l'art. 10 appena menzionato dispone che “*I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice*” e che “*le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative*”. Poiché, dunque, la causa di esclusione in questione allo stato non è prevista dal Codice, né da altra norma di legge, la disposizione dovrebbe essere espunta. Si segnala, sul punto, che è recentemente intervenuta la delibera ANAC n. 493 del 25 settembre 2024, recante le linee guida n. 1 in tema di c.d. divieto di *pantouflage* – art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. n. 165 del 2001, la quale, comunque, non può essere considerata sufficiente ai fini dell'introduzione di una nuova causa di esclusione, data la sua natura giuridica.

8.2.10. Nell'ambito dei requisiti di capacità economica e finanziaria (6.2) va eliminato il riferimento alla "moralità" che non è riconducibile ai requisiti di capacità economia e finanziaria.

8.2.11. Con riferimento all'istituto dell'avvalimento (7) è previsto che *"Il candidato può avvalersi delle dotazioni tecnologiche, delle risorse umane e strumentali messe a disposizione da uno o più operatori economici ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al paragrafo 6, e/o per migliorare la propria offerta"*.

Sul punto si osserva che tale previsione potrebbe essere rimeditata, eventualmente tramite un mero rinvio alle disposizioni di legge, poiché nella formulazione attuale sembra suscettibile di determinare un'eccessiva compressione dell'istituto dell'avvalimento, non in linea con il principio di massima partecipazione alla gara.

Nella medesima parte, ove vengono indicati i casi di soccorso istruttorio, al fine di evitare possibili incertezze e antinomie, si potrebbe del pari introdurre un rinvio generale alle vigenti disposizioni di legge.

8.2.12. Nella parte relativa alle garanzie e, in particolare, agli obblighi coperti dalla garanzia stessa indicati a titolo "non esaustivo" (9.6), si può osservare che per limitare i profili di incertezza potrebbe essere utile implementare l'elenco esemplificativo ivi contenuto.

8.2.13. Con riferimento al soccorso istruttorio (13) le Regole amministrative prevedono che *"il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione, delle dichiarazioni richieste, e dell'OFFERTA è sanabile"*.

Al riguardo si osserva che la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ha evidenziato che nelle gare pubbliche la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i soggetti, che con essa si impegnano nei confronti dell'amministrazione appaltante, risponde a imprescindibili esigenze di ordine generale relative alla certezza della

ric conducibilità dell'offerta ai medesimi operatori e alla coercibilità dei relativi impegni nella successiva fase esecutiva, con la conseguenza che alla mancanza di sottoscrizione dell'offerta non è possibile supplire mediante il soccorso istruttorio poiché altrimenti si verificherebbe una lesione della *par condicio* dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2023, n. 10721; 22 agosto 2023, n. 7914).

Inoltre, la mancata sottoscrizione della domanda di partecipazione, delle dichiarazioni richieste e dell'offerta potrebbe comportare l'applicazione dell'art. 101, comma 1, ultima parte, del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui “*Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente*”.

Sarebbe dunque preferibile eliminare del tutto questa disposizione, potendo naturalmente l'amministrazione valutare in concreto la sanabilità della documentazione presentata ai sensi del citato art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023.

#### *9. Principali riferimenti normativi.*

Nella documentazione di gara è contenuto un documento denominato “*Principali riferimenti normativi*”, recante, per l'appunto, l'elenco dei principali riferimenti normativi ritenuti dall'Amministrazione rilevanti per la regolamentazione della gestione del servizio automatizzato del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa oggetto di concessione.

Pur potendo apprezzarsi l'intento di chiarezza e trasparenza, ricollegabile ai principi di buona fede e di fiducia, nondimeno non può non rilevarsi che per espressa ammissione dell'Amministrazione si tratta di un elenco meramente

esemplificativo e non esaustivo. Inoltre esso appare privo di qualsiasi sistematicità, non essendoci alcuna indicazione circa la specifica rilevanza e la concreta applicazione delle singole disposizioni rispetto alla procedura di gara in questione. Per tali ragioni deve essere assolutamente evidenziata e ribadita la natura di mera ricognizione del contenuto del documento ed il carattere meramente esemplificativo e non esaustivo dell'elenco di cui si tratta.

#### *10. Istruzioni per la redazione del Progetto di fattibilità, criteri e modalità di valutazione.*

10.1. Le istruzioni in questione – indicate come allegato n. 2 alle Regole amministrative – sono volte a rendere indicazioni di carattere descrittivo con riferimento tanto alla forma, quanto al contenuto del progetto di fattibilità e dei suoi componenti, che risultano rilevanti ai fini della presentazione dell'offerta tecnica, con la precisazione che il progetto di fattibilità comprende sia il progetto tecnico/organizzativo, sia il piano economico/finanziario, e deve essere presentato dal candidato con la domanda di partecipazione, sicché esso costituisce la base di riferimento per l'offerta tecnica, nonché uno degli elementi per la valutazione dell'offerta complessivamente considerata.

Come precisato dall'Amministrazione, il documento consta di due parti: la prima reca l'indicazione degli elementi del progetto di fattibilità che il candidato deve presentare; mentre la seconda comprende i criteri di valutazione e le modalità di attribuzione del punteggio.

10.2. Per quanto concerne la struttura del progetto di fattibilità, come già rilevato, esso è costituito dal progetto tecnico/organizzativo e dal piano economico/finanziario.

A sua volta, il progetto tecnico/organizzativo si articola in più voci: a) Piano di subentro nel sistema devoluto; b) Piano di adeguamento tecnologico dei punti di

raccolta fisici; c) Piano di innovazione dei sistemi – sistema di elaborazione, rete telematica e infrastruttura per la raccolta a distanza –, digitalizzazione dei servizi e *cybersecurity*; d) Piano di organizzazione dei servizi; f) Progetto di sostenibilità sociale e ambientale.

Nel piano economico/finanziario devono essere precisate le spese che il candidato intende sostenere nel corso della concessione in relazione alle attività descritte nel progetto tecnico/organizzativo, con la precisazione che il valore minimo degli investimenti da effettuare nel corso del novennio di concessione deve essere pari quantomeno a euro 90.000.000,00.

10.3. Ciò posto, si osserva che la formulazione del progetto tecnico/organizzativo appare strutturata in modo tale da consentire ai candidati di formulare le soluzioni progettuali che essi reputano più idonee, mentre, per quanto riguarda l'indicazione delle spese che il candidato intende sostenere nel corso della concessione, occorrerebbe prevedere un'adeguata indicazione analitica delle singole voci.

Ciò nell'ottica di consentire all'Amministrazione nella fase di gara di poter al meglio valutare e apprezzare in tutte le sue componenti il progetto proposto e nella fase contrattuale di poter verificare l'esatto rispetto di quanto promesso.

10.4. Con riferimento ai criteri e alle modalità di valutazione si osserva che il documento reca tanto indicazioni di carattere generale, quanto precisazioni più dettagliate relative ai punteggi che possono essere attribuiti in concreto, fermo restando che si tratta di un ambito connotato da evidenti profili di ampia discrezionalità.

11. *Regole tecniche per la conduzione del sistema automatizzato del gioco del lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa.*

11.1. Il documento recante le Regole tecniche riguarda i requisiti del sistema di elaborazione del gioco necessari per la partecipazione alla procedura di selezione e per la realizzazione di quanto indicato nel progetto tecnico/organizzativo e, in particolare, nel piano di adeguamento tecnologico. Sotto tale profilo, assume primario rilievo l'aspetto del subentro, da parte del candidato che risulti aggiudicatario, nella gestione del sistema.

11.2. La Sezione non ritiene di dover formulare specifiche osservazioni al riguardo, limitandosi a rilevare che vengono in rilievo valutazioni di carattere tecnico rispetto alle quali l'Amministrazione ha ampi margini di discrezionalità, fermo restando che potrebbe essere nondimeno utile e opportuno il ricorso a puntualizzazioni ed esemplificazioni per assicurare informazioni adeguate: ciò allo scopo di quanto indicato nell'ultimo periodo del precedente par. 10.3.

*12. Schema di atto di convenzione per il rapporto di concessione dell'esercizio della gestione del servizio del gioco del lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa.*

12.1. Lo schema dell'atto di convenzione è volto a regolare i rapporti afferenti alla concessione avente ad oggetto le attività e le funzioni per l'esercizio della gestione del servizio del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa, per la relativa raccolta attraverso i concessionari nei punti di raccolta e i soggetti autorizzati quali punti di raccolta a distanza.

12.2. Nell'ambito della parte del documento recante la definizione dell'oggetto, la concessione precisa che i giochi cui essa si riferisce sono: a) il gioco del Lotto; b) gli altri giochi numerici a quota fissa già presenti nel portafoglio di ADM; c) qualunque altro gioco numerico a quota fissa che ADM riterrà in qualsiasi momento di voler commercializzare.

L'oggetto risulta in effetti parzialmente indeterminato, ma determinabile e sul punto deve osservarsi che, benché la possibilità di commercializzare nuovi giochi sia riservata alla discrezionalità dell'ADM, si tratta di una previsione che deve essere considerata coerente con la riserva statale di cui all'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 e all'art. 1 della l. 2 agosto 1982, n. 528.

12.3. Con riferimento al comma 2 dell'art. 2, si osserva che la formulazione della clausola delinea in capo all'Amministrazione un potere di ampiezza tale da suscitare perplessità tenuto conto dell'incidenza sull'equilibrio sinallagmatico complessivo.

La clausola prevede infatti che *“ADM, con riferimento agli andamenti della raccolta di gioco, può sospendere, a suo insindacabile giudizio e senza alcun indennizzo per il concessionario, in qualsiasi momento del periodo di validità della concessione, la commercializzazione di uno o più giochi oggetto della concessione stessa”*.

Il riferimento alla nozione di *“insindacabile giudizio”*, come già osservato a proposito delle Regole amministrative, andrebbe rimeditato e circostanziato per evitare eventuali contestazioni circa la validità di una clausola che consente un rilevante *ius variandi* rimesso all'arbitrio di una sola parte.

12.4. Anche l'art. 4, rubricato *“Integrazioni della concessione”*, riserva sostanzialmente un ampio *ius variandi* all'ADM poiché consente a quest'ultima di chiedere al concessionario – il quale, con la sottoscrizione della convenzione, si impegna ad accettare – di apportare nel periodo di validità e di efficacia della concessione variazioni delle attività relative all'esercizio della gestione del servizio di raccolta del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa.

A differenza della disposizione che precede, quella in esame reca un pur generico riferimento alle circostanze suscettibili di legittimare l'anzidetta richiesta,

precisando che dette modifiche possono essere richieste qualora esse “*si rendano necessarie*” per eventi non prevedibili che determinano sostanziali cambiamenti di contesto, anche a seguito di eventuali modifiche normative. La clausola prevede poi che “*le eventuali modifiche od integrazioni dell’atto di convenzione che si rendano necessarie, sono recepite e formalizzate in apposito atto aggiuntivo che, sottoscritto dalle parti, costituisce elemento integrante dell’atto di convenzione stesso*”.

Anche in tal caso, si renderebbe opportuna una maggiore precisione circa le condizioni che appaiono idonee a legittimare l’anzidetta richiesta di integrazione; in ogni caso non può sottacersi che solo una adeguata e coerente motivazione può costituire la giusta limitazione all’eccessivo potere discrezionale riconosciuto all’Amministrazione anche nell’individuazione delle circostanze che possono giustificare l’integrazione o la modificazione della convenzione.

Inoltre, il meccanismo negoziale così definito non risulta del tutto chiaro, soprattutto per l’ipotesi in cui il concessionario rifiuti di accettare le modifiche e le integrazioni, con la conseguenza che sarebbe auspicabile, per quanto possibile, una regolamentazione più dettagliata.

12.5. Anche con riferimento all’art. 5, comma 2, lett. d), potrebbe essere opportuno un maggiore approfondimento, anche attraverso il ricorso a esemplificazioni, posto che la clausola appare piuttosto generica, limitandosi a prevedere l’impegno del concessionario a “*porre in essere attività di informazione ai consumatori, relativamente ai regolamenti dei giochi, nonché alle prescrizioni e disposizioni vigenti per la tutela del gioco lecito e per la promozione del “gioco legale e responsabile” e dei comportamenti responsabili di gioco, la vigilanza sulla loro adozione da parte dei giocatori con partecipazione a distanza, l’adozione delle misure a tutela del consumatore previste dal codice del consumo di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, la prevenzione di eventuali comportamenti*

*da gioco compulsivo ai sensi della normativa vigente in attuazione di specifiche campagne di comunicazione istituzionale di ADM?*

12.6. Il comma 6 del medesimo art. 5 prevede poi che il “*concessionario garantisce, per tutta la durata della concessione la completa, efficiente e tempestiva manutenzione delle dotazioni tecnologiche del sistema automatizzato*”.

Sul punto la Sezione è dell’avviso che, trattandosi di un’obbligazione avente ad oggetto una prestazione negoziale – e non già di una garanzia in senso tecnico –, sarebbe preferibile l’utilizzo dell’espressione “*si obbliga a garantire*”.

12.7. All’art. 6, in tema di adempimenti contabili, è previsto l’obbligo di redigere il bilancio di esercizio e consegnare “*secondo le eventuali indicazioni fornite da ADM, entro quindici giorni dall’approvazione, il bilancio stesso e le rendicontazioni contabili trimestrali relative al concessionario e a quelle dallo stesso controllate, necessariamente accompagnate da apposita relazione di certificazione redatta da una primaria società di revisione contabile*”.

Al riguardo si segnala che il riferimento a “*quelle dallo stesso controllate*” non appare chiaro, sebbene si intuisca che si intendono le partecipazioni detenute dal concessionario: sarebbe pertanto opportuna una precisazione.

Analogamente sarebbe auspicabile una maggiore precisione in relazione al riferimento ai bilanci, chiarendo, a titolo esemplificativo, se si intendono soltanto quelli depositati presso il registro delle imprese.

Appare altresì del tutto generico il riferimento ad una “*primaria società di revisione*”, trattandosi di un criterio di individuazione meramente soggettivo e opinabile.

12.8. L’art. 7, comma 1, alle lettere i) e j), prevede adempimenti analoghi a quello indicato nell’ambito dell’art. 6, con la differenza che in questo caso si fa riferimento a una “*certificazione redatta da una società di revisione contabile tra quelle di cui*

*all'albo tenuto dalla Consob o comprovata da documentazione equipollente ed idonea nello Stato in cui vi è la sede legale”.*

È auspicabile un coordinamento tra le previsioni dell'art. 6 e dell'art. 7 per evitare sovrapposizioni, ferma restando, anche nell'ambito dell'art. 7, l'opportunità di chiarire se si intendono solo i bilanci depositati presso i pubblici registri.

12.9. Con riferimento all'art. 12, che disciplina la responsabilità del concessionario, si osserva che la disposizione prevede l'obbligo del concessionario stesso *“a tenere indenne ed a manlevare ADM da qualsiasi onere sostenuto, anche a titolo di spese legali, a seguito di: a) provvedimenti giudiziari, aventi carattere anche non definitivo, relativi a giudizi o procedimenti di qualsiasi ordine e natura riferiti, direttamente o indirettamente, a violazioni degli obblighi di cui al presente atto di convenzione, ai regolamenti di gioco o a disposizioni stabilite in materia di gestione del servizio del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa; b) accordi anche a titolo transattivo, stipulati a conclusione di qualsiasi giudizio o vertenza, riferiti direttamente o indirettamente, a violazioni degli obblighi di cui al presente atto di convenzione”.*

La previsione andrebbe rimeditata ovvero precisata, poiché allo stato risulta eccessivamente vaga, soprattutto nella parte *sub b)*, tenuto conto, peraltro, che non sembra sussistere alcuna possibilità di controllo da parte del concessionario in relazione agli accordi transattivi effettivamente stipulati dalla ADM.

12.10. Le considerazioni svolte al punto che precede rilevano anche rispetto all'art. 15, nella parte in cui la disposizione prevede, con riferimento agli obblighi relativi alla proprietà intellettuale, che *“il concessionario si obbliga comunque a tenere indenne ed a manlevare ADM da qualsiasi onere sostenuto, anche a titolo di spese legali, a seguito di: a) provvedimenti giudiziari aventi carattere anche non definitivo, relativi a giudizi o procedimenti di qualsiasi ordine e natura riferiti direttamente o indirettamente, alla violazione degli obblighi di cui al presente articolo; b) accordi, anche a titolo transattivo, stipulati, a conclusione di qualsiasi*

*giudizio o vertenza riferiti, direttamente o indirettamente, alla violazione degli obblighi di cui al presente articolo”.*

12.11. In relazione all’art. 24, comma 4, in tema di garanzia per la corretta esecuzione degli obblighi e degli impegni di concessione, potrebbe essere utile implementare – al fine di ridurre il margine per eventuali contestazioni – l’elenco degli specifici obblighi coperti dalla garanzia, fermo restando che si tratta di un elenco a titolo “*non esaustivo*”.

12.12. Rispetto agli artt. 29 e 30, in tema di penali nonché di revoca, risoluzione e decadenza, la Sezione osserva – in via generale – che al fine di prevenire eventuali contestazioni, si rende necessaria la massima precisione possibile nella formulazione delle ipotesi che consentono l’applicazione delle penali o che sono idonee a determinare la revoca, la risoluzione o la decadenza, trattandosi evidentemente di previsioni che incidono negativamente sulla posizione soggettiva del concessionario.

In particolare, avuto riguardo al comma 3 dell’art. 30 non risulta chiaro il meccanismo risolutivo delineato dalla disposizione, la quale prevede che “*La risoluzione del presente atto di convenzione opera di diritto, ai sensi dell’art. 1456 c.c. per l’inadempimento di uno degli obblighi previsti alle lettere b), c) d) e q) del precedente paragrafo 2 e ferme restando la possibilità di richiederne l’adempimento ai sensi dell’art.1457, secondo comma e l’applicazione delle penali previste al precedente articolo 29*”. In effetti risultano richiamate due disposizioni che si riferiscono a ipotesi tra loro diverse (clausola risolutiva espressa e termine essenziale); si rende pertanto necessaria una puntualizzazione, tenendo peraltro presente il principio giurisprudenziale secondo cui l’effetto risolutorio non può essere oggetto di rinuncia.

13. *Livelli di servizio e penali.*

13.1. Il documento recante i livelli di servizio e le penali costituisce l'allegato n. 1 allo schema di convenzione.

In esso si precisa che il concessionario deve garantire il rispetto dei livelli di servizio indicati nel documento medesimo, in coerenza con quanto stabilito dallo schema di atto di convenzione e dalle Regole tecniche e sono altresì indicate le penali applicabili al concessionario nel caso di inosservanza dei livelli di servizio previsti.

13.2. A proposito dei livelli di servizio e delle penali concretamente applicabili, si osserva, alla luce del carattere tecnico delle singole previsioni, che il documento reca indicazioni analitiche in ordine alle prestazioni che devono essere assicurate dal concessionario.

Come già rilevato, è comunque opportuno che questa parte della documentazione di gara rechi previsioni il più possibile dettagliate, tenuto conto delle concrete caratteristiche tecniche del servizio. Inoltre la determinazione delle penali deve ispirarsi a rigorosi criteri di proporzionalità.

#### 14. *Considerazioni conclusive.*

È da aggiungere per completezza che, sulla scorta delle osservazioni svolte, l'Amministrazione dovrà procedere ad allineare tutta la documentazione di gara, ivi compresi il bando di gara e lo schema di domanda di partecipazione alla procedura selettiva, per eliminare eventuali contraddizioni e antinomie che potrebbero inficiare la procedura di gara o anche incidere sul successivo rapporto concessorio.

P.Q.M.

La Sezione esprime il parere nei suesposti termini.

L'ESTENSORE

Eugenio Tagliasacchi

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

Maria Grazia Salamone