

RIVISTA  
TRIMESTRALE  
DI DIRITTO  
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA  
DI  
DOTTRINA  
E  
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI  
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - G. MONTEDORO

2009

ISSN: 2036 - 4873

# I

## CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

15 aprile 2009, n. 231

**Attività di rilascio di garanzie finanziarie – Banche e intermediari finanziari abilitati – Potere dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato - Individuazione dei soggetti che possono rilasciare garanzia – Ammissibilità.**

*E' legittimo che l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, nel definire le forme di garanzia che i concessionari del servizio di raccolta di giochi e scommesse devono offrire con riferimento alle obbligazioni derivanti dalla concessione, alla stregua della vigente normativa in tema di concessione di servizi, escluda quelle rilasciate, sulla base di un implicito giudizio di maggiore economicità ed affidabilità, dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del testo unico bancario.*

(D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, artt. 106 e 107; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 75, comma 3)

[*Omissis...*]

## F A T T O

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, esercitate 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 altrettante 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 concessionaria 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. 385/1993 (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 da [omissis] 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 esten-

sione 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 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.

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 frattem-

po 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.

*RILASCIO DI GARANZIE IN SEDE DI GARA PUBBLICA E POTERE  
DISCREZIONALE DELLA P.A. DI INDIVIDUAZIONE DELLA  
TIPOLOGIA DI GARANTE*

1. La sentenza in epigrafe offre l'occasione per riflettere su un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa in tema di potere discrezionale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (di seguito, A.M.M.S.) relativamente all'individuazione del tipo di intermediario bancario o finanziario idoneo a rilasciare la garanzia richiesta per la partecipazione alla gara per la concessione del servizio di raccolta di giochi e scommesse. La

problematica della *species* di intermediari finanziari che, nell'ambito del più ampio *genus* della categoria<sup>30</sup> e oltre alle banche, si devono ritenere abilitati al rilascio di garanzie finanziarie costituisce un *topos* ricorrente della materia.<sup>31</sup>

Nei fatti di causa si controverteva, per quanto qui specificamente interessa, sulla legittimità della clausola contenuta nell'art. 13 della convenzione-tipo, predisposta dall'A.A.M.S. 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, oltre che mediante cauzione in numerario o in altri titoli di Stato, anche mediante fideiussione rilasciata da banche o

---

<sup>30</sup> Sulla categoria degli intermediari finanziari non bancari v., *ex multis*, CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, 24 ss.; VELLA, *Imprese bancarie, servizi finanziari e intermediari non bancari*, in *Giur. comm.*, 1986, 6, II, 802 ss.; COSTI, *Intermediari finanziari non bancari e mercato mobiliare*, in *Pol. dir.*, 1988, 3, 505 ss.; NIGRO, *Intermediari finanziari: problemi e prospettive di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, 489 ss.; MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, *ibidem*, 1989, 177 ss.; COTTERLI, *Gli intermediari finanziari nel testo unico del credito*, in *Banca impresa società*, 1994, 90 ss.; RISPOLI FARINA (a cura di), *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998; BOSI, *Estensione soggettiva degli usi di anatocismo e loro applicabilità agli intermediari finanziari non bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 4, II, 507 ss.; BELVISO, *Gli intermediari finanziari (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 166 ss.; MEZZACAPO, *Intermediari finanziari non bancari e obblighi di trasparenza contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 510 ss.; VOLPE, *Soggetti operanti nel settore finanziario ed atti ministeriali di regolamentazione*, in CERA (a cura di), *La regolazione dei soggetti finanziari nell'attività normativa delle autorità*, Milano, 2002, 201 ss.; CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari. Attività, regole e controlli*, Bari, 2003; PELLEGRINI, *Il controllo sugli intermediari finanziari non bancari. Aspetti problematici ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 1, I, 57 ss.; RAZZANTE, *Qualche spunto (critico) ricostruttivo della disciplina degli intermediari finanziari non bancari*, in *Dir. ec. assic.*, 2006, 1, 61 ss.

<sup>31</sup> In dottrina v., *ex multis*, CORRIAS, *In tema di rilascio di garanzie finanziarie in favore dello Stato o di altri enti pubblici da parte degli intermediari finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 353 ss.; DI POPOLO, *La vigilanza regolamentare sugli intermediari finanziari che rilasciano garanzie finanziarie*, in *Mondo bancario*, 2002, 55 ss.; CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari. Attività, regole e controlli*, cit., 250 ss.; RACUGNO, *Il rilascio di garanzie fideiussorie da parte degli intermediari finanziari non bancari*, in *Giur. comm.*, 2004, 6, 1178 ss.

istituti di credito, escludendo pertanto che la garanzia potesse essere rappresentata dalla polizza depositata dalla parte, rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale previsto dall'art. 107 del testo unico bancario di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 (di seguito, t.u.b.).

Dopo che il giudice di prime cure si è pronunciato in senso favorevole alla legittimità di tale clausola, il ricorrente, titolare di concessioni che non erano state rinnovate proprio perché aveva presentato una garanzia rilasciata da un intermediario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del t.u.b., propone appello al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, che conferma la legittimità della clausola sulla base di un recente orientamento del giudice amministrativo (T.A.R. Lazio, 11 gennaio 2007, n. 137, confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2008, n. 1247) che si è espresso in tal senso.

In particolare, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1247/2008, ha mostrato di tenere conto, in particolare, della possibilità per la pubblica amministrazione di optare per l'una, piuttosto che per l'altra delle forme di garanzia apprestabili<sup>32</sup>, in ra-

---

<sup>32</sup> In dottrina, sulle garanzie richieste a corredo delle offerte presentate in sede di appalto pubblico v., *ex multis*, DACCÒ, *Garanzie "astratte". Appalti internazionali ed exceptio doli generalis*, in *Giur. it.*, 1996, 1, I, 59 ss.; BECCARI, *Il sistema delle garanzie negli appalti di lavori pubblici*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1997, 13-14, 1396 ss.; CHINDEMI, *Fallimento dell'appaltatore: garanzie assicurative ed effetti del fallimento sulla polizza fideiussoria a garanzia di appalti pubblici*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 2, II, 143 ss.; PETTINELLI, *In tema di garanzie per partecipazione agli appalti di lavori pubblici. Natura delle garanzie richieste dalla legge 109/94*, in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2000, 4, 567 ss.; VESPIGNANI, *Le fidejussioni rilasciate dagli intermediari finanziari: nuove forme di garanzie negli appalti di lavori pubblici?*, *ibidem*, 2000, 2, 243 ss.; PATRONI GRIFFI, *Appalti interni ed internazionali di costruzioni: la disciplina delle garanzie*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, 2, 411 ss.; DUGATO, *Garanzie di esecuzione, vizi e cauzioni negli appalti di lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, 4, 640 ss.; BULLO, *Il regime delle garanzie negli appalti di lavori pubblici. Profili normativi ed applicativi*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2003, 2, 289 ss.; URSINI, *Cauzioni, depositi e garanzie fidejussorie negli appalti pubblici*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2004, 3, 163 ss.; VALLETTI, *Appalti pubblici. Le garanzie prestate dalle riunioni di imprese anche alla luce del nuovo codice dei contratti*, in *Il Nuovo diritto*, 2006, 9-10, 1047 ss.; ABRATE, *Le garanzie negli appalti*

gione sia della natura delle obbligazioni garantite sia, soprattutto, della rilevanza che assume, nello stabilire la preferenza per l'una, piuttosto che per l'altra forma di garanzia, la figura del soggetto garante, la cui organizzazione economico-giuridica sarebbe idonea a contrassegnare differenze intrinseche, relative alla natura e funzione della provvista dalla quale si attingono gli strumenti di garanzia del credito, tali da escludere, in radice, una assoluta equiparazione, a meno che tale equiparazione sia determinata in base ad autolimitazione della stessa amministrazione ovvero pre-determinata per legge o altra fonte di diritto.

Seguendo tali considerazioni, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha innanzitutto rilevato che la disposizione contenuta nell'art. 75, comma 3, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006<sup>33</sup>, 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 t.u.b., che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze, non rientrerebbe fra quelle che, a norma dell'art. 30 dello stesso codice, deve necessariamente trovare applicazione alle procedure relative ai pubblici servizi, in quanto, secondo il giudice, la materia delle garanzie deve essere ritenuta esclusa dalla automatica applicabilità alla materia trattata nel presente giudizio, stante l'enunciato del citato art. 30 per cui "*Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi*".

Il giudice risolve quindi il problema della legittimità della clausola impugnata facendo riferimento alla facoltà per la pubblica amministrazione di richiedere la garanzia più adeguata a tu-

---

*pubblici: problemi applicativi del beneficio della dimidiazione ai servizi ed alle forniture. La recente posizione dell'Autorità di vigilanza, in Appalti e Contratti, 2008, 5, 44 ss.*

<sup>33</sup> Sull'art. 75 del Codice v. MONZANI, *Art. 75, in Codice dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, a cura di V. Italia, Milano, 2007, 780 ss.; MARCHIANÒ, *Artt. 70-76, in CARULLO - IUDICA, Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009, 579 ss.

tela dell'erario, prevista in generale dall'art. 1 della legge 10 giugno 1982 n. 348 per la costituzione di garanzie per le obbligazioni verso lo Stato e gli altri enti pubblici.

Ciò premesso, si osserva testualmente che nel t.u.b. "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".

Non appare pertanto al giudice irragionevole né arbitrario che l'A.A.M.S. 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, tenuto anche conto delle problematiche relative alla fase della escussione della garanzia, di guisa che non risulta illegittimo che l'A.A.M.S., alla stregua della vigente normativa in tema di concessione di servizi, 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, sulla base di un implicito giudizio di maggiore economicità ed affidabilità ne ammetta soltanto talune, con esclusione delle rimanenti pure previste dall'ordinamento.

2. Il recente orientamento del giudice amministrativo sopra richiamato, che è stato sussunto quale fondamento anche della sentenza della Corte siciliana qui in commento, appare basato

sull'errato assunto per cui non sussista alcuna differenza tra gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del t.u.b. e quelli iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del t.u.b., venendo complessivamente accomunate le due categorie di intermediari in contrapposizione alla categoria delle banche e degli istituti di credito.

Non è inutile, quindi, ricordare che fin da quando, a seguito dell'emanazione del decreto del Ministro del tesoro del 2 aprile 1999, gli intermediari finanziari che hanno per oggetto esclusivo o svolgono in via prevalente l'attività di rilascio di garanzie sono stati sottoposti a specifici requisiti patrimoniali che ne determinano l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del t.u.b.<sup>34</sup>, tale tipo di intermediari risultano assoggettati a un regime di vigilanza pubblica che presenta "caratteristiche di intensità paragonabili a quelle previste per le banche"<sup>35</sup>, tenendo conto che la finalità della norma originaria contenuta nella legge antiriciclaggio n. 197 del 1991 da cui derivano i controlli delineati nell'art. 107 del t.u.b.<sup>36</sup> era proprio quella di assicurare la stabilità degli operatori.<sup>37</sup>

Il regime di vigilanza disegnato dall'art. 107 del t.u.b. nei confronti degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale prevede infatti, similmente a quanto previsto per il controllo delle banche, l'esercizio da parte della Banca d'Italia di una vigilanza regolamentare avente ad oggetto in modo particolare l'adeguatezza patrimoniale e il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni (comma 2); l'esercizio di una vigilanza in-

---

<sup>34</sup> V. sul punto CLEMENTE, *Art. 106*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, II, 848; CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari. Attività, regole e controlli*, cit., 250.

<sup>35</sup> PERASSI, *Art. 107*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., II, 855.

<sup>36</sup> Cfr. ANTONUCCI, *Gli intermediari finanziari dalla legge antiriciclaggio al Testo Unico*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, cit., 16 ss.

<sup>37</sup> Cfr. PERASSI, *Commento al d.l. n. 143/1991, convertito dalla l. n. 197/1991*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, 1062; COSTI, *Servizi di pagamento: il controllo sugli enti produttori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 136 ss.

formativa (comma 3); l'esercizio di una vigilanza ispettiva (comma 4)<sup>38</sup>, potendo la Banca d'Italia imporre agli intermediari il divieto di intraprendere nuove operazioni per violazione di norme di legge o di disposizioni di attuazione emanate ai sensi del t.u.b. (comma 4-*bis*).

Sotto il profilo, che in questa sede interessa, della stabilità patrimoniale, sono state dettate fin da tempo dalla Banca d'Italia apposite disposizioni in materia di vigilanza prudenziale<sup>39</sup>, indicando criteri generali sull'adeguatezza patrimoniale degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale nonché altre misure per il controllo dei rischi assunti nell'esercizio dell'attività.

Risulta quindi evidente la profonda differenza di capacità patrimoniale e operativa tra le categorie di intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui al 106 del t.u.b. e quelli iscritti nell'elenco speciale previsto dall'art. 107 del t.u.b., che proprio per questo motivo e per i maggiori rischi anche sistemici che ciò comporta sono stati assoggettati dal legislatore non solo ai generici poteri di controllo dell'ex Ufficio Italiano dei Cambi, bensì alla più incisiva e complessiva vigilanza prudenziale della Banca d'Italia.<sup>40</sup>

Per tali ragioni non si potrebbe concordare con quell'indirizzo giurisprudenziale che riteneva legittimate al rilascio di garanzie, prima della modifica recata dal citato decreto del Ministro del tesoro del 2 aprile 1999, anche gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del t.u.b.<sup>41</sup>, considerata la loro minore patrimonializzazione e la con-

---

<sup>38</sup> CLEMENTE, *Art. 106*, cit., 857-858.

<sup>39</sup> V. ad esempio, in origine, il Provvedimento del Governatore del 30 settembre 1997, in attuazione della delibera del Comitato per il credito e il risparmio del 29 marzo 1994 (in G.U. 20 aprile 1994, n. 91).

<sup>40</sup> RACUGNO, *Il rilascio di garanzie fideiussorie da parte degli intermediari finanziari non bancari*, cit., 1179; PELLEGRINI, *Il controllo sugli intermediari finanziari non bancari. Aspetti problematici ed orientamenti giurisprudenziali*, cit., 68.

<sup>41</sup> V. così Trib. Napoli, 11 marzo 1999, in *Le Società*, 1999, 1093, che, a seguito di un rifiuto della Sezione regionale dell'albo delle imprese di gestione dei rifiuti di accettare la garanzia rilasciata da una società finanziaria iscritta nell'elenco generale di cui all'art. 106 del t.u.b., sostenendo che abilitate al rilascio di garanzie finanziarie a norma della

seguito loro meno sicura solvibilità, anche in sede di escussione della garanzia rilasciata<sup>42</sup>, che ne confermava la persistente asimmetria con gli intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del t.u.b.<sup>43</sup>

Tuttavia, una volta esclusi gli intermediari iscritti nell'elenco generale dalla possibilità di rilasciare garanzie, non appare condivisibile che il potere discrezionale della pubblica amministrazione in sede di bando di gara escluda dal novero dei soggetti che possono rilasciare la garanzia richiesta proprio gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale, che sono precipuamente a ciò autorizzati sulla scorta della predisposizione da parte dell'autorità di vigilanza di appositi e adeguati requisiti patrimoniali.

Così facendo, fra l'altro, si rischia di elidere in radice la concorrenza che il legislatore ha voluto che si instaurasse tra banche e intermediari finanziari non bancari in ordine all'esercizio dell'attività, nella specie, di rilascio di garanzie.

Il regime di controlli previsto dall'art. 107 del t.u.b., dovendosi indirizzare e interpretare secondo la direttiva generale dell'art. 5 del t.u.b. che orienta tutta l'attività di vigilanza anche verso la finalità dell'efficienza e della competitività del sistema, deve infatti valere a porre le condizioni affinché gli intermediari finanziari possano competere, ove l'attività esercitata sia la medesima, con le banche all'interno del sistema in regime di libera concorrenza.

---

legge 10 giugno 1982, n. 348, sarebbero state solo le banche e le imprese di assicurazione, aveva statuito che anche le società finanziarie iscritte negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 del t.u.b. erano legittimate al rilascio (di contrario orientamento, tuttavia, con riguardo agli intermediari finanziari iscritti nel solo elenco generale di cui all'art. 106 del t.u.b., T.A.R. Campania, 18 febbraio 1999, n. 448, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, 1489 e Cons. Stato, 23 novembre 2002, n. 6441, in *Foro amm.*, 2002, 2856).

<sup>42</sup> Per un caso di pignoramento nei confronti di un intermediario finanziario iscritto nell'elenco generale di cui all'art. 106 del t.u.b. per infruttuosa decorrenza del termine previsto dall'art. 482 c.p.c. v. Trib. Roma, 14 settembre 1999, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 507.

<sup>43</sup> RACUGNO, *Il rilascio di garanzie fideiussorie da parte degli intermediari finanziari non bancari*, cit., 1183.

A ciò infatti sembra corrispondere l'architettura più generale del sistema di vigilanza, che prevede un sistema di controlli uniforme, sia che l'intermediario faccia parte di un gruppo bancario sia che l'intermediario eserciti l'attività in modo autonomo, senza legami di gruppo, confermando così, anche sotto tale aspetto, l'irrilevanza del tipo prescelto per esercitare l'attività<sup>44</sup>.

La conservazione di condizioni di concorrenza tra banche e intermediari finanziari non bancari in ordine all'esercizio della medesima attività appare oggi ineludibile, anche con riferimento ai principi in materia posti dai Trattati europei, appartenendo infatti ad un passato ormai remoto la situazione in cui, nel settore finanziario della nostra economia, non vi erano intermediari che riuscivano a operare in condizioni di significativa concorrenza con le banche, di modo che il legislatore non sentiva l'esigenza di intervenire per disciplinare in maniera adeguata l'attività di intermediazione finanziaria non bancaria.<sup>45</sup>

L'equivalenza tra le forme di garanzia bancaria e assicurativa e quelle rilasciate dagli intermediari iscritti nell'elenco speciale risulta del resto confermata anche nell'ambito della disciplina relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in quanto l'art. 75 del relativo Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006<sup>46</sup>, in tema di garanzie da presentare a corredo dell'offerta,

---

<sup>44</sup> CARRETTA, *Elenco speciale*, in FERRO-LUZZI – CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, III, 1742 ss.

<sup>45</sup> BELVISO, *Gli intermediari inanziari (tra storia e nomenclatura)*, cit., 166.

<sup>46</sup> Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, di cui al d.lgs. n. 163 del 2006. L'art. 75 del Codice prevede inoltre che la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto

stabilisce espressamente al terzo comma che la fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del t.u.b., che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Il fatto che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana abbia voluto sostanzialmente disapplicare tale norma ai sensi dell'art. 30 del Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, sostenendo che la materia trattata rientra tra quelle inerenti alle concessioni di servizi per le quali non è prevista l'automatica applicabilità delle disposizioni del Codice, non può valere ad inficiare l'equivalenza che la legislazione che regola il settore bancario e finanziario riconosce esservi tra banche e intermediari finanziari non bancari iscritti nell'elenco speciale.

Si può fra l'altro qui ricordare come in un primo tempo il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede consultiva sullo schema di convenzione generale relativa al rapporto tra concedente e concessionario delle attività e funzioni connesse alla raccolta di giochi pubblici<sup>47</sup>, aveva avuto modo di osservare come la previsione della prestazione della fideiussione solo da parte di banche e istituti di credito non fosse in linea proprio con la maggiore estensione di soggetti abilitati a prestare garanzia, contemplata dall'art. 75 del Codice di cui al d.lgs. 163 del 2006.

---

dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico deve segnalare, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. III, parere 15 maggio 2007, n. 1299.

3. La preoccupazione della pubblica amministrazione (e, nella specie, dell'A.A.M.S.) per la solvibilità dell'intermediario finanziario che ha rilasciato la garanzia richiesta per la partecipazione alla gara di assegnazione delle concessioni, in sede di un'eventuale escussione, sottende comunque un interesse pubblico che non può essere sottovalutato.

Come è stato puntualmente rilevato<sup>48</sup>, il considerevole numero di intermediari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del t.u.b. non consente all'autorità di vigilanza di esercitare un controllo "puntuale ed esteso" sulla permanenza dei requisiti richiesti per l'iscrizione, permettendo di svolgere solo dei riscontri di tipo cartolare e delle indagini a campione, dai quali, evidentemente, non può ricavarsi una presunzione di totale affidabilità patrimoniale e operativa di tali intermediari. Nondimeno, anche la "frammentazione" della categoria di intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del t.u.b. pone seri problemi di affidabilità, operativa e patrimoniale, degli stessi.

Le autorità creditizie, preso atto di tale situazione, hanno quindi di recente emanato nuove disposizioni in materia di intermediari finanziari non bancari. Il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 17 febbraio 2009 n. 29<sup>49</sup>, entrato in vigore il 18 aprile 2009, ha infatti provveduto a riordinare la normativa in materia di intermediari finanziari di cui agli articoli 106, 107, 113 e 155 del t.u.b.<sup>50</sup>, individuando fra l'altro nuovi criteri proprio per l'iscrizione nell'elenco speciale e introducendo nuovi requisiti per l'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie.

---

<sup>48</sup> PELLEGRINI, *Il controllo sugli intermediari finanziari non bancari. Aspetti problematici ed orientamenti giurisprudenziali*, cit., 79-80.

<sup>49</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 78 del 3 aprile 2009.

<sup>50</sup> Fra cui rientrava, in particolare, il decreto ministeriale del 2 aprile 1999, recante la determinazione, ai sensi dell'art. 106, comma 4, lettera b), del t.u.b., dei requisiti patrimoniali relativi agli intermediari che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie nonché a quelli che operano quali intermediari in cambi senza assunzione di rischi in proprio (*money brokers*).

Con riguardo agli intermediari che esercitano attività di rilascio di garanzie, individuata dall'art. 3, comma 1, lettera *f*), del decreto come l'attività consistente nel rilascio di fideiussione, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma<sup>51</sup>, l'art. 1, comma 1, del decreto distingue l'«esercizio in via prevalente dell'attività di rilascio di garanzie» (lett. *m*), come situazione in cui, in base al bilancio ovvero alla situazione semestrale, l'ammontare delle garanzie in essere sia superiore al totale delle attività dello stato patrimoniale, ovvero l'ammontare dei ricavi prodotti dal rilascio di garanzie sia superiore al 50% dei ricavi complessivi dell'intermediario finanziario, dall'«esercizio in via rilevante dell'attività di rilascio di garanzie» (lett. *n*), come situazione in cui l'ammontare medio delle garanzie nel semestre sia superiore a euro 25 milioni.

L'art. 11 del decreto provvede a dettare i requisiti degli intermediari finanziari che esercitano l'attività di rilascio di garanzie, stabilendo al comma 1 che i soggetti che intendono esercitare l'attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico devono essere iscritti nell'elenco generale e, oltre a rispettare le condizioni previste nell'art. 106 del t.u.b., devono soddisfare una serie di requisiti<sup>52</sup> che devono essere mantenuti in via continuativa per tutto il periodo di attività dell'intermediario finanziario. In caso di riduzione dei requisiti patrimoniali al di sotto dei limiti fissati,

---

<sup>51</sup> Sono esclusi le fideiussioni e gli altri impegni di firma previsti nell'ambito di contratti di fornitura in esclusiva e rilasciati unicamente a banche e intermediari finanziari.

<sup>52</sup> I requisiti sono i seguenti: *a*) costituzione in forma di società per azioni; *b*) capitale sociale versato non inferiore a euro 1,5 milioni (il capitale sociale deve essere investito in attività liquide o in titoli di pronta liquidabilità, entrambi depositati su un unico conto costituito presso una succursale operante in Italia di una banca nazionale, comunitaria o extracomunitaria. Per titoli di pronta liquidabilità si intendono titoli di debito negoziati su mercati regolamentati italiani autorizzati o esteri riconosciuti dalla Consob ai sensi degli articoli 63 e seguenti del testo unico dell'intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. n. 58 del 1998. Tali titoli devono essere valutati al prezzo di mercato ovvero, se si tratta di intermediari finanziari tenuti alla redazione del bilancio secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS, al valore equo); *c*) mezzi patrimoniali non inferiori a euro 2,5 milioni; *d*) oggetto sociale che preveda espressamente l'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

l'intermediario è tenuto a reintegrarli entro 30 giorni. Gli intermediari finanziari iscritti nel solo elenco generale non possono avere per oggetto sociale esclusivo o svolgere in via prevalente o rilevante l'attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

Gli intermediari in questione sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia, per i controlli di competenza, il bilancio annuale e una situazione dei conti semestrale nei termini e con le modalità dalla stessa indicate. La situazione semestrale, sottoscritta dall'organo amministrativo e dall'organo di controllo, deve indicare l'ammontare totale delle garanzie in essere, l'ammontare totale delle attività dello stato patrimoniale, l'ammontare dei ricavi prodotti dal rilascio di garanzie, l'ammontare dei ricavi complessivi alla data di riferimento, l'ammontare massimo e l'ammontare medio delle garanzie nel periodo di riferimento. Qualora dal bilancio o dalla situazione dei conti semestrale risulti l'esercizio in via prevalente dell'attività di rilascio di garanzie l'intermediario finanziario deve ricondurre l'attività nei limiti consentiti entro sessanta giorni, dandone pronta comunicazione alla Banca d'Italia, e, nel frattempo, non può rilasciare nuove garanzie. Qualora si verifici l'esercizio in via rilevante dell'attività di rilascio di garanzie, l'intermediario finanziario è tenuto a darne pronta comunicazione alla Banca d'Italia; deve, altresì, ricondurre l'attività nei limiti consentiti entro sessanta giorni, dandone pronta comunicazione alla Banca d'Italia e, nel frattempo, non può rilasciare nuove garanzie.<sup>53</sup>

Per quanto riguarda gli intermediari finanziari che hanno per oggetto sociale esclusivo o intendono esercitare in via prevalente o rilevante l'attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico, l'art. 16 del decreto pone l'obbligo di iscriversi

---

<sup>53</sup> Il comma 7 dell'art. 11 in esame specifica che non si considerano le garanzie rilasciate a favore di banche o intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale, in relazione alla concessione di finanziamenti e le garanzie connesse o accessorie a specifiche operazioni riconducibili ad altra attività svolta dall'intermediario finanziario.

nell'elenco speciale e di soddisfare una serie di requisiti.<sup>54</sup> Qualora la Banca d'Italia neghi l'iscrizione nell'elenco speciale e lo statuto dell'intermediario preveda l'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie in via esclusiva, gli amministratori dovranno convocare l'assemblea per modificare l'oggetto sociale ovvero per deliberare la liquidazione volontaria della società.

Ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del decreto, deve verificare il possesso da parte dell'intermediario dei requisiti di cui agli articoli 15, comma 2 e 16, comma 1, dello stesso decreto nonché il rispetto delle disposizioni previste dal Titolo V del t.u.b.

Si ha quindi un rafforzamento della vigilanza su tale categoria di intermediari, disponendosi che l'iscrizione di questi vada negata qualora l'intermediario non rispetti le regole di adeguatezza patrimoniale stabilite dalla Banca d'Italia e non disponga di un sistema informativo-contabile, di metodi di misurazione e gestione dei rischi nonché di strutture di controllo interno adeguati rispetto al volume e alla complessità dell'attività svolta o che intende svolgere.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> I requisiti sono i seguenti: *a*) essere costituiti in forma di società per azioni; *b*) capitale sociale versato non inferiore a euro 1,5 milioni (il capitale sociale deve essere investito in attività liquide o in titoli di pronta liquidabilità, entrambi depositati su un unico conto costituito presso una succursale operante in Italia di una banca nazionale, comunitaria o extracomunitaria. Per titoli di pronta liquidabilità si intendono i titoli di debito negoziati su mercati regolamentati italiani autorizzati o esteri riconosciuti dalla Consob ai sensi degli articoli 63 e seguenti del testo unico dell'intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. n. 58 del 1998. Tali titoli devono essere valutati al prezzo di mercato ovvero, se si tratta di intermediari finanziari tenuti alla redazione del bilancio secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS, al valore equo); *c*) mezzi patrimoniali non inferiori a euro 5 milioni; *d*) oggetto sociale che preveda espressamente l'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

<sup>55</sup> E' specificato che qualora la richiesta di iscrizione nell'elenco speciale sia motivata esclusivamente dal tipo di attività esercitata, entro due mesi dal provvedimento di diniego gli amministratori provvedono a convocare l'assemblea per modificare l'oggetto sociale ovvero per deliberare la liquidazione volontaria della società; qualora invece la richiesta di iscrizione nell'elenco speciale sia motivata dal superamento delle soglie quantitative previste dall'articolo 15, comma 2, entro il termine di sei mesi dal provvedimento di diniego l'intermediario deve riportare gli aggregati rilevanti al di sotto delle medesime so-

La nuova regolamentazione appare quindi instaurare sugli intermediari finanziari non bancari un sistema molto più incisivo di vigilanza, che si discosta in modo netto dal precedente che prevedeva, in sostanza, un mero riscontro di regolarità dei requisiti richiesti.<sup>56</sup>

L'auspicio che può formularsi in questa sede è che tale nuova regolamentazione possa contribuire ad affrontare e risolvere le diverse problematiche che agitano da sempre la materia degli intermediari finanziari non bancari, ivi compresa quella, di notevole importanza strumentale per l'intrapresa delle altre attività economiche e per il funzionamento in genere del mercato, attinente all'attività di rilascio di garanzie.

*Domenico Siclari*

Consigliere parlamentare

Dottore di ricerca in Diritto dell'economia

Università di Roma "La Sapienza"

---

glie quantitative. In caso di inosservanza di tali disposizioni, l'intermediario è cancellato, secondo le modalità di cui all'articolo 111 del t.u.b., dall'elenco generale.

<sup>56</sup> V., in tal senso, PELLEGRINI, *Da un riscontro di regolarità alla "supervisione". La svolta disciplinare degli intermediari finanziari non bancari*, in corso di pubblicazione in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009.