

La V sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE una serie di questioni interpretative relative alla compatibilità, con i principi del Trattato UE, dei limiti all'affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, previsti dalla legislazione nazionale

[Cons. St., sez. V, ordinanza 12 giugno 2017, n. 2808 – Pres. Caringella, Est. Lotti](#)

Giochi e scommesse – Affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato – Limiti – Compatibilità con il Trattato UE – Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE

Devono essere rimesse alla Corte di giustizia dell'UE le seguenti questioni pregiudiziali ex art. 267 del TFUE:

a) “se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina come quella posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti attuativi, che prevede un modello di concessionario monoprovinding esclusivo in relazione al servizio del gioco del Lotto, e non già per altri giochi, concorsi pronostici e scommesse”;

b) “se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad un bando di gara che prevede una base d'asta di gran lunga superiore ed ingiustificata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, del tipo di quelli previsti dai punti 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 del capitolato d'onere della gara per l'assegnazione della concessione del gioco del Lotto”;

c) “se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - deve essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina che prevede l'imposizione di un'alternatività di fatto fra divenire assegnatari di una nuova concessione e continuare ad esercitare la libertà di prestazione dei diversi servizi di scommessa su base transfrontaliera, alternatività del tipo di quella che discende dall'art. 30 dello Schema di Convenzione, così che la decisione di partecipare alla gara per l'attribuzione della nuova concessione comporterebbe la rinuncia all'attività transfrontaliera, nonostante la legittimità di quest'ultima attività sia stata riconosciuta più volte dalla Corte di Giustizia”. (1)

(1) I. - Il rinvio pregiudiziale è stato occasionato da una controversia avente ad oggetto l'affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, in attuazione dell'art. 1, comma 653, della legge n. 190-2014 che ha imposto all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli l'indizione di una procedura di selezione aperta, previa pubblicazione di un bando di gara.

Le società ricorrenti in primo grado hanno impugnato il bando dolendosi della scelta di indire la gara secondo il c.d. modello *monoproviding* esclusivo, che le avrebbe, a loro dire, escluse di fatto dalla procedura selettiva, unitamente a molti altri operatori del settore, riservando la partecipazione alla procedura stessa solo al concessionario uscente (la società Lottomatica Spa) o, a tutto concedere, ad un ristretto numero di operatori di dimensioni straordinariamente elevate.

Le società ricorrenti non hanno partecipato alla gara, contestando radicalmente la scelta del modello *monoproviding* che, unitamente alle clausole immediatamente escludenti previste dalla *lex specialis*, avrebbe reso, a loro dire, impossibile presentare la domanda di partecipazione.

La V sezione del Consiglio di Stato, adita per la riforma della sentenza di prime cure che aveva confermato la legittimità del bando, ha ritenuto di sottoporre alla Corte di giustizia UE le questioni interpretative indicate nella massima in epigrafe e prospettate dalle ricorrenti in primo grado e successivamente reiterate con l'atto di appello.

Il collegio remittente dubita, in particolare, che la disciplina posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti applicativi possa porsi in contrasto con il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, riconosciuti e garantiti dagli articoli 49 e ss. e 56 e ss. del TFUE, perché:

a) prevede - a differenza della disciplina relativa ad altri giochi, concorsi a pronostici, videolotterie e scommesse - un modello *monoproviding* esclusivo, anziché *multiproviding* non esclusivo, così ostacolando l'accesso al mercato di nuovi operatori;

b) tale scelta contrasterebbe con il principio di uguaglianza, consacrato nell'art. 3 Cost., poichè attraverso la previsione di un modello *monoproviding* verrebbe riservata al concessionario del servizio del gioco del Lotto una condizione più favorevole rispetto a quella dei soggetti attivi in altri settori caratterizzati da un modello *multiproviding*; tale disparità di trattamento non sarebbe sorretta da una congrua giustificazione, perché l'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico e dei consumatori potrebbe essere ugualmente realizzato attraverso un modello *multiproviding*;

c) inoltre il modello *monoproviding* contrasterebbe con i principi costituzionali della libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., e di concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., perché la contesa per la concessione risulterebbe sottratta al libero mercato, in modo da agevolare il concessionario uscente, atteso che i criteri di selezione

del concessionario risulterebbero strutturati in modo tale da rendere possibile soltanto al concessionario uscente e ad un numero ristretto di operatori di grandissime dimensioni di aggiudicarsi la concessione;

d) la base d'asta (pari a 700 milioni di euro) sarebbe irragionevole e sproporzionata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi oggettivamente necessari a gestire il servizio; l'effetto di un tale scelta sarebbe quello di riservare di fatto la partecipazione alla gara ad un numero ristretto di operatori;

e) inoltre la *lex specialis* si caratterizzerebbe per la previsione di condizioni e requisiti speciali che eccedono le obiettive necessità operative e organizzative della concessione.

II. - Sulla disciplina normativa della raccolta delle scommesse si segnala per completezza:

f) [Corte giust. UE sez. II, 8 settembre 2016, C-225/15](#) Politanò oggetto della [News US in data 14 settembre 2016](#) (secondo cui «*La direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e, in particolare, il suo articolo 47 devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale che disciplina il rilascio di concessioni nel settore dei giochi d'azzardo, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, non rientra nel loro ambito di applicazione. L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una disposizione nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone agli operatori che intendono rispondere ad una gara diretta al rilascio di concessioni in materia di giochi e di scommesse l'obbligo di comprovare la propria capacità economica e finanziaria mediante dichiarazioni rilasciate da almeno due istituti bancari, senza ammettere la possibilità di dimostrare tale capacità anche in altro modo, sempreché la disposizione di cui trattasi sia conforme ai requisiti di proporzionalità stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»);*

g) [Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 1 giugno 2016, n. 2334](#) oggetto della [News US in data 6 giugno 2016](#) (che ha rimesso alla Corte di Giustizia UE, tra le altre, la questione se le disposizioni ed i principi di cui agli articoli 26 - Mercato interno - 49 - Diritto di stabilimento - 56 - Libertà di prestazione dei servizi - 63 - Libertà di circolazione dei capitali - del Trattato FUE e 16 - Libertà d'impresa - della Carta dei diritti fondamentali UE, il generale principio del legittimo affidamento - che "rientra tra i principi fondamentali dell'Unione", come affermato dalla Corte di Giustizia con sentenza 14 marzo 2013, causa C-545/11 - ostino alla adozione ed applicazione di una normativa nazionale - art. 1, co. 78, lett. b), nn. 4, 8, 9, 17, 23, 25, della legge n. 220/2010 - che sancisce, anche a carico di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito, nuovi requisiti ed obblighi per il tramite di un atto integrativo della convenzione già in essere e senza alcun termine per il progressivo adeguamento);

h) Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2016, n. 6219, in *Foro it.*, 2016, I, 2846, secondo cui <<In materia di giochi e scommesse collegati a manifestazioni sportive di società affiliate al Coni, il cui esercizio è affidato a concessionari (nella specie, giocate multiple su partite del campionato di calcio), né tale ente, né la società Coni servizi, subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi facenti capo al primo, possono essere chiamati a rispondere dell'inadempimento contrattuale del concessionario verso gli scommettitori>>;

i) Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56, in *Foro it.*, 2015, I, 1903, secondo cui << È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 79° comma l. 13 dicembre 2010 n. 220, nonché dei precedenti comma 77 e 78, in quanto richiamati dal 79° comma nella parte in cui prevede l'aggiornamento dello schema-tipo di convenzione accessiva alle concessioni per l'esercizio e la raccolta non a distanza, ovvero comunque attraverso rete fisica, dei giochi pubblici, in modo che i concessionari siano dotati dei nuovi «requisiti» e accettino i nuovi «obblighi» prescritti e che i contenuti delle convenzioni in essere siano adeguati a tali «obblighi», in riferimento agli art. 3, 41, 1° comma, e 42, 3° comma, cost.>>;

j) Corte cost., 20 novembre 2013, n. 275, in *Foro it.*, 2014, I, 349, secondo cui <<È incostituzionale l'art. 10, 5° comma, lett. b), d.l. 2 marzo 2012 n. 16, convertito, con modificazioni, in l. 26 aprile 2012 n. 44, nella parte in cui stabilisce in via equitativa, relativamente alle quote di prelievo di cui all'art. 12 d.p.r. 8 aprile 1998 n. 169, una riduzione non superiore al cinque per cento delle somme ancora dovute dai concessionari «storici», con individuazione delle modalità di versamento delle relative somme e adeguamento delle garanzie fideiussorie>>;

k) Cass. pen., sez. III, 18 marzo 2013, n. 12630 e 16 luglio 2012, n. 28413, in *Foro it.*, 2013, II, 260, secondo cui <<La norma penale che sanziona l'esercizio abusivo dell'attività di giuoco o di scommessa contrasta con i principî della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e deve, pertanto, essere disapplicata, quando la raccolta delle scommesse sia svolta, in assenza della prescritta autorizzazione di pubblica sicurezza, per conto di un allibratore straniero al quale sia stata revocata la necessaria concessione per motivazioni non conformi al diritto dell'Unione europea (nella specie, perché basata sulla gestione di attività di giuoco transfrontaliere, contrastante con lo schema di convenzione tra l'amministrazione autonoma dei monopoli dello stato e l'aggiudicatario della concessione)>>;

l) T.a.r. per il Piemonte, sez. II, ordinanza 24 aprile 2013, n. 528, in *Foro it.*, 2013, III, 492 con nota di PALMIERI cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza, secondo cui << Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 42 e 50, 7° comma, d.leg. 18 agosto 2000 n. 267, nella parte in cui determinano una situazione di assenza di principî normativi a contrasto della patologia ormai riconosciuta della «ludopatia» ed escludono la competenza dei comuni ad adottare atti normativi e provvedimenti volti a limitare l'uso degli apparecchi da gioco di cui all'art. 110, 6° comma, r.d. 18 giugno 1931 n. 773 in ogni esercizio a ciò autorizzato ai sensi dell'art. 86 dello stesso testo di legge, in riferimento agli art. 32 e 118 cost.>>.