



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 27 del 22 febbraio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

Nuovamente alla Corte di giustizia UE il potere di modifica unilaterale delle concessioni di gioco in caso di proroga tecnica.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 31 gennaio 2023, n. 1071 - Pres. de Francisco, Est. Lopilato

Concessioni amministrative - Giochi e scommesse - Sala gioco - Proroga tecnica - Rinegoziazione - Modifica sostanziale equilibrio convenzionale - Gara pubblica - Proporzionalità - Concorrenza - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimessi alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:

- 1) "Se la normativa nazionale viola le libertà europee di stabilimento e di impresa, in quanto: i) determina un aumento del canone che prescinde dalla valutazione delle dimensioni delle imprese; ii) impone l'accettazione della proroga e del suddetto aumento del canone, aggravato dal divieto di cessione dei locali, quale irragionevole condizione per potere partecipare alle successive gare che vengono anch'esse indefinitivamente posticipate";*
- 2) "Qualora si dia risposta positiva al primo quesito, si dubita che la suddetta restrizione possa ritenersi giustificata per la asserita sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, indicato nell'esigenza di assicurare un allineamento temporale dell'avvio delle procedure di gara";*
- 3) "Qualora, nondimeno, si ritenesse che vi sia un motivo imperativo di interesse generale, se ugualmente sono stati violati: i) il principio di proporzionalità, perché la misura restrittiva non è adeguata, idonea e proporzionata in senso stretto all'obiettivo pubblico formalmente indicato; ii) il principio di concorrenza per il mercato, perché la scelta di prorogare le concessioni e di posticipare l'avvio delle gare impedisce agli operatori di settore l'esercizio della libertà di impresa, quantomeno sotto il profilo della necessaria programmazione e pianificazione delle attività" (1).*

(1) I. – Con l’ordinanza in rassegna, che si pone nel solco delle coeve pronunce della sez. VII, 21 novembre 2022, n. 10263, 21 novembre 2022, n. 10261 e 21 novembre 2022, n. 10264 (oggetto della News UM n. 113 del 12 dicembre 2022, su cui *infra* alla successiva lett. k), il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi, in massima parte sovrapponibili a quelli oggetto delle prefate ordinanze, diretti a verificare la compatibilità, con le previsioni del diritto europeo di settore, della normativa nazionale che prevede, durante la cd. “proroga tecnica” rinnovata nel settore delle concessioni di gioco, la possibilità di incidere sui rapporti in corso, con l’introduzione dell’obbligo di pagamento di canoni concessori, originariamente non dovuti, determinati in misura fissa per tutti i concessionari a prescindere dal fatturato, nonché l’introduzione di ulteriori vincoli come il divieto di trasferimento dei locali e la accettazione della proroga medesima, quale condizione per partecipazione alla successiva procedura per la riattribuzione delle concessioni. La sezione quarta dubita, inoltre, nel caso di acclarato contrasto della disciplina nazionale con le libertà europee di stabilimento e di impresa, se le restrizioni imposte a quest’ultime possano ritenersi giustificate per l’asserita sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale indicato nell’esigenza di assicurare un allineamento temporale dell’avvio delle procedure di gara e, ove si ritenga sussistente un siffatto motivo imperativo di interesse generale, se esse siano, comunque, compatibili con i principi di proporzionalità e di concorrenza per il mercato.

II. – Il collegio, dopo aver ricostruito il quadro normativo italiano in materia di gioco del “Bingo” (decreto del Ministro delle Finanze 31 gennaio 2000, n. 29 adottato in attuazione dell’art. 16 della legge 13 maggio 1999, n. 133) precisando che le relative concessioni di gestione - nella configurazione originaria - avevano natura gratuita con interesse statale derivante dalla previsione di un prelievo erariale e durata di sei anni decorsi i quali le concessioni si sarebbero potute rinnovare per una sola volta (art. 2, comma 1, lett. e, del d.m. n. 29 del 2000), ha osservato che:

a) il legislatore è intervenuto a più riprese, in particolare:

- a1) nel 2013 ha: *i*) prorogato le concessioni in corso; *ii*) introdotto il principio dell'onerosità delle concessioni e fissato nella somma di 200.000 euro della soglia minima corrispettiva per l'attribuzione di ciascuna concessione; *iii*) previsto il mantenimento della durata di sei anni delle nuove concessioni; *iv*) fissato il termine per l’indizione della procedura di selezione dei nuovi concessionari al 31 dicembre 2014; *v*) stabilito la proroga tecnica, a semplice richiesta, delle concessioni in scadenza negli anni 2013 e 2014; *vi*) determinato un canone, dovuto dai concessionari beneficiari della proroga tecnica, di 2.800 euro per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni e in 1.400 euro per ciascuna frazione di mese inferiore a quindici giorni; *vii*) introdotto il divieto di partecipare alla gara per la riattribuzione della concessione per i titolari di concessione scaduta che non avessero accettato di accedere al regime di proroga tecnica (art. 1, commi 636-638, della legge 27 dicembre 2013, n. 147);
- a2) nel 2015- con la normativa che trova applicazione alla fattispecie in decisione - ha: *i*) esteso il regime di proroga tecnica anche alle concessioni in scadenza negli anni dal 2015 al 2016; *ii*) aumentato da

- 200.000 a 350.000 euro la soglia minima corrispettiva per l'attribuzione di ciascuna concessione; *iii*) innalzato da sei a nove anni la durata delle concessioni e previsto la non rinnovabilità delle stesse; *iv*) spostato dal 31 dicembre 2014 al 31 dicembre 2016 il termine per l'attribuzione delle concessioni; *v*) incrementato il canone dovuto dagli operatori titolari di concessioni scadute in regime di proroga tecnica, da 2.800 a 5.000 euro per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni e da 1.400 a 2.500 euro per ciascuna frazione di mese inferiore a quindici giorni; *vi*) vietato il trasferimento dei locali per tutto il periodo della proroga tecnica (art. 1, comma 934, legge 28 dicembre 2015, n. 209);
- a3) nel 2017 ha ulteriormente: *i*) esteso la proroga tecnica alle concessioni in scadenza negli anni dal 2017 al 2018; *ii*) spostato dal 31 dicembre 2016 al 30 settembre 2018 il termine per procedere alla gara per l'attribuzione delle 210 concessioni; *iii*) elevato ulteriormente il canone di proroga tecnica per le concessioni scadute da 5.000 euro a 7.500 euro per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni e da 2.500 euro a 3.500 euro, per frazione inferiore a quindici giorni (art. 1, comma 1047, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020");
- a4) nel 2019 ha esteso ancora una volta il regime di proroga tecnica dal 2013 al 2020, fissando al 30 settembre dello stesso anno 2020 il termine per il bando (art. 24, comma 2, decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157);
- a5) nel 2020 ha disposto, da un lato, il non pagamento del canone per tutto il periodo di sospensione dell'attività delle sale di bingo per la pandemia da Covid-19 e, dall'altro, il differimento del termine per l'indizione della gara al 30 marzo 2021 (art. 69, comma 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), termine successivamente ulteriormente prorogato al 31 marzo 2023 (art. 1, comma 1130, della legge 30 dicembre 2020, n. 178);
- b) quanto al diritto europeo applicabile, l'attività del gioco e della scommessa costituisce attività economica di impresa; tuttavia, allo stato, nonostante vi siano stati alcuni tentativi di armonizzazione delle discipline nazionali, manca una regolamentazione specifica uniforme nel settore in esame; in particolare:
- b1) non si applica la direttiva 2006/123 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, che regola le modalità di svolgimento dell'attività di impresa, per espressa previsione della direttiva stessa (art. 2);
- b2) sembra non potersi applicare neanche la direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, in quanto è previsto che essa "non dovrebbe pregiudicare la libertà degli Stati membri di scegliere, conformemente al diritto dell'Unione, le modalità di organizzazione e di controllo dell'esercizio dell'attività dei giochi d'azzardo, anche mediante autorizzazioni" (considerato 35);

- b3) la concessione di servizi configurata dalla suddetta direttiva è un contratto di servizi stipulato con un privato che deve svolgere un'attività economica di impresa di cui è "titolare" e che è connotato, rispetto al contratto di appalto, dall'assunzione di un particolare rischio per il fatto che almeno parte del corrispettivo deve essere corrisposto dagli utenti; la concessione può avere anche un oggetto pubblico, quando vengono in rilievo servizi di interesse economico generale per assicurare la "missione specifica" finalizzata a garantire a tutti quella determinata prestazione (art. 106, par. 2, TFUE);
- b4) il legislatore nazionale ha dettato una disciplina specifica nel settore in esame, configurando un monopolio legale con riserva della titolarità dell'attività e attribuzione ai concessionari della sola gestione dell'attività stessa; la diversità delle tipologie di concessioni regolate dalle normative riportate sembra, peraltro giustificare la mancata applicazione della direttiva n. 23 del 2004;
- b5) pur in assenza di una disciplina europea specifica di fonte derivata, si applicano - venendo in rilievo un'attività economica di impresa - le norme del Trattato che tutelano sia la libertà di stabilimento, che importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio (art. 49), sia la libertà di prestazione di servizi (art. 56) che implica, tra l'altro, il libero svolgimento di attività di impresa;
- c) al fine di stabilire quando tali libertà europee sono violate occorre svolgere le seguenti verifiche:
 - c1) in primo luogo, è necessario che la misura nazionale abbia determinato una restrizione delle suddette libertà;
 - c2) in secondo luogo, se la restrizione sussiste, occorre stabilire se la stessa possa essere giustificata alla luce sia di limiti specifici espressamente consentiti dal Trattato sia del limite generale costituito dai "motivi imperativi di interesse generale", che sono diversamente costruiti a seconda del settore di riferimento;
 - c3) infine, se i suddetti motivi imperativi sussistono, occorre valutare se la normativa nazionale derogatoria rispetto alle libertà europee rispetti i seguenti altri principi generali europei: *i*) principio del pari trattamento, che vieta che la deroga nazionale crei discriminazione tra situazioni giuridiche nazionali ed europee; *ii*) principio di proporzionalità, che impone che la misura nazionale sia adeguata, idonea e proporzionata in senso stretto rispetto alla tutela dell'interesse pubblico nazionale, al fine di stabilire se il sacrificio dell'interesse pubblico europeo sia in concreto giustificato; *iii*) principio di affidamento dei privati incisi da una normativa eventualmente retroattiva ovvero che pregiudichi posizioni consolidate; *iv*) principio di trasparenza e principio di concorrenza per il mercato, qualora sussista l'esigenza di scelta limitata dei soggetti privati che possano svolgere quella attività;
- d) tanto premesso si ritiene che sussistano i presupposti, individuati dalla giurisprudenza europea, per disporre il rinvio pregiudiziale e, in particolare: *i*) la rilevanza della questione risulta dalla circostanza che, in caso

di accertata difformità della normativa nazionale rispetto a quella europea, ne conseguirebbe l'accoglimento dell'appello; *ii*) il dubbio di non conformità al diritto europeo sussiste in mancanza di precedenti specifici della Corte di Giustizia e di evidenza di conformità;

- e) quanto al dubbio di non conformità al diritto europeo, esso si fonda sulle ragioni di seguito indicate (analoghi rinvii sono stati disposti da Cons. Stato, sez. VII, ordinanze 21 novembre 2022, n. 10264 e n. 10263, cit. - si veda *infra* alla lett. k);
- f) la prima verifica da svolgere è se la regola nazionale costituisca una restrizione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi;
 - f1) la riserva pubblica di attività è un evidente caso di chiusura del mercato che deve essere giustificata dalla sussistenza di preminenti interessi pubblici; l'art. 43 Cost. autorizza, infatti, forme di monopolio pubblico quando, tra l'altro, esse "abbiano carattere di preminente interesse generale"; nella specie, la Corte Costituzionale ha ritenuto che sussistono interessi pubblici da tutelare, costituiti dalle "esigenze di contrasto della criminalità e, più in generale, di ordine pubblico e di fede pubblica", nonché la "necessità di tutela dei giocatori e di controllo di un fenomeno suscettibile di coinvolgere ingenti quantità di denaro, talvolta di illecita provenienza" (Corte cost., 10 novembre 2011, n. 300, in *Foro it.*, 2012, I, 34; *Giur. costit.*, 2011, 4205).
 - f2) ferma l'astratta legittimità della scelta legislativa di creare una riserva di attività, il legislatore ha poi deciso di aprire al mercato mediante il ricorso alla gestione con concessione;
 - f3) ciò che è necessario accertare attiene, pertanto, all'eventuale restrizione delle libertà europee degli operatori economici che intendono svolgere l'attività oggetto delle concessioni;
- g) in proposito il Collegio ritiene che la normativa nazionale sulle plurime reiterazioni delle proroghe tecniche costituisca una misura restrittiva delle libertà europee per la concomitanza dei seguenti fattori:
 - g1) in primo luogo, i numerosi aumenti del canone disposti nel tempo, prescindendo dalla effettiva situazione del mercato e da ogni valutazione delle dimensioni delle imprese, incide in modo indifferenziato su tutti gli operatori economici del settore, senza tenere conto della reale capacità, soprattutto delle piccole imprese, di sostenere tale aumento;
 - g2) in secondo luogo, l'imposizione dell'accettazione della proroga quale condizione legale per poter partecipare alle più volte preannunciate e mai attuate gare si risolve in una non ragionevole limitazione della libertà di impresa a causa, in particolare, della indeterminatezza temporale dell'effettivo momento di svolgimento delle gare stesse;
 - g3) infine, è imposto l'obbligo di non cedere i locali, che costituisce, considerata la valenza strumentale dei beni ai fini dello svolgimento dell'attività di impresa, indebita e apparentemente ingiustificata restrizione della suddetta libertà;

- g4) in definitiva, gli operatori economici sono privati della concreta possibilità di interrompere il rapporto concessorio, modificato *ex lege* in modo assai gravoso, in quanto non hanno certezze in ordine ai tempi di svolgimento delle future gare il cui avvio è finora sempre stato sistematicamente rinviato; l'“uscita dal rapporto concessorio” si potrebbe risolvere in una “uscita dal mercato”, irragionevolmente imposta dalle leggi sopra riportate;
- h) la seconda verifica da svolgere attiene alla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale che giustifichi le suddette restrizioni; il Collegio ritiene che tale motivo non sussista; in particolare:
- h1) la normativa nazionale che si è susseguita negli anni, sopra riportata, ha indicato quale scopo delle previsioni quello di “contemperare il principio di fonte comunitaria secondo il quale le concessioni pubbliche vanno attribuite ovvero riattribuite, dopo la loro scadenza, secondo procedure di selezione concorrenziale con l'esigenza di perseguire, in materia di concessioni di gioco per la raccolta del Bingo, il tendenziale allineamento temporale di tali concessioni, relativamente a queste concessioni in scadenza”;
 - h2) si potrebbe astrattamente ritenere che l'esigenza di “allineamento” abbia una sua giustificazione e possa indirettamente costituire un motivo imperativo generale di interesse pubblico, nel senso che la gestione unitaria delle gare rappresenti una modalità che assicuri meglio gli interessi pubblici sottesi alla stessa disciplina nazionale. In concreto, però, la normativa – soprattutto per la plurima reiterazione dei rinvii disposti negli anni – non sembra presentare un contenuto idoneo a perseguire realmente tale obiettivo, perché è stato introdotto un allineamento generalizzato per tutti i concessionari con proroghe ripetute non più giustificate dall'esigenza di allineamento;
 - h3) deve, pertanto, ritenersi che, per come è stata nel tempo costruita la regola in esame, la stessa non possa costituire motivo imperativo di interesse generale;
- i) la terza verifica da svolgere, anche a volere ammettere che sussista un motivo imperativo di interesse generale, è se siano rispettati gli altri principi europei che si collocano in questa fase; il Collegio ritiene che probabilmente tali principi non siano stati rispettati; in particolare:
- i1) in primo luogo, sembra violato il principio di proporzionalità, perché la misura restrittiva, per come è stata regolata, non è adeguata né idonea a raggiungere l'obiettivo dichiarato;
 - i2) in secondo luogo, sembra violato il principio di concorrenza per il mercato; l'istituto della proroga tecnica, nella sua corretta funzione, dovrebbe rispondere all'esigenza di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale scaduto per il “tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente” (art. 106, comma 11, decreto legislativo 1 aprile 2016, n. 50);
 - i3) nella fattispecie in esame, la scelta di effettuare plurime e reiterate proroghe dei rapporti concessori e di procrastinare l'indizione di

nuove gare si pone, nei fatti, in contrasto con il suddetto di principio di concorrenza per il mercato; la proroga, infatti, impedisce, da un lato, ad altri operatori di settore di entrare nel mercato e dall'altro - ed è questo l'aspetto che più rileva in questa sede - per le ragioni già indicate non consente neppure a chi già sta svolgendo l'attività di poter interrompere il rapporto concessorio se non rinunciando definitivamente a partecipare alle future procedure di gara, inibendogli dunque ogni possibilità di presentazione di una domanda parametrata alle proprie effettive capacità tecniche e finanziarie.

- i4) in definitiva, la "proroga delle concessioni" e la "proroga delle gare" si è risolta ormai da otto anni in una sostanziale chiusura del mercato *sine die* con violazione del principio di concorrenza;
- i5) la stessa Corte costituzionale, con la sentenza 29 marzo 2021, n. 49 (in *Foro it.*, rep. 2021, *Giuochi, scommesse, concorsi, lotterie*, n. 31), pur ritenendo la questione di costituzionalità non fondata alla luce dei parametri evocati, ha affermato che tale esito "non cancella i gravi profili disfunzionali della prassi legislativa del costante e reiterato rinvio delle gare, mediante interventi che - anziché favorire il passaggio verso la nuova regolazione di questo settore di mercato - si limitano a estendere, di volta in volta, l'ambito temporale della disciplina transitoria della proroga tecnica delle precedenti concessioni"; si è aggiunto che "ciò è fonte di incertezza nelle attività e nelle prospettive degli operatori e rende auspicabile, anche a tutela della concorrenza, l'approdo a un quadro normativo in tutti i suoi aspetti definito e stabile";
- j) alla luce di quanto esposto, il Collegio ha, quindi, prospettato le questioni interpretative indicate in massima.

III. - Per completezza si segnala quanto segue:

- k) analoghe questioni interpretative sono state sollevate da Cons. Stato, sez. VII, ordinanze 21 novembre 2022, n. 10263, 21 novembre 2022, n. 10261 e 21 novembre 2022, n. 10264, oggetto della News UM n. 113 del 12 dicembre 2022, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinari.