



**News a cura dell'Ufficio del massimario
n. 113 del 12 dicembre 2022**

Alla Corte di giustizia Ue il potere di modifica unilaterale delle concessioni di gioco in caso di proroga tecnica.

[Consiglio di Stato, sezione VII, ordinanza 21 novembre 2022, n. 10263, Pres. Contessa, Est. Di Carlo](#)

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

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

- 1) *“Se la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché i principi generali desumibili dal Trattato, e segnatamente gli artt. 49 e 56, TFUE debbano essere interpretati nel senso che essi trovano applicazione a fronte di concessioni di gestione del gioco del Bingo le quali siano state affidate con procedura selettiva nell’anno 2000, siano scadute e poi siano state reiteratamente prorogate nell’efficacia con disposizioni legislative entrate in vigore successivamente all’entrata in vigore della direttiva ed alla scadenza del suo termine di recepimento”.*
- 2) *“nel caso in cui al primo quesito sia fornita risposta affermativa, se la direttiva 2014/23/UE osta ad una interpretazione o applicazione di norme legislative interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali da privare l’Amministrazione del potere discrezionale di avviare, su istanza degli interessati, un procedimento amministrativo volto a modificare le condizioni di esercizio delle concessioni, con o senza indizione di nuova procedura di aggiudicazione a seconda che si qualifichi o meno modifica sostanziale la rinegoziazione dell’equilibrio convenzionale, nei casi in cui si verificano eventi non imputabili alle parti, impreveduti ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo, finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio delle concessioni”.*
- 3) *“Se la direttiva 89/665/CE, quale modificata dalla direttiva 2014/23/UE, osta ad una interpretazione o applicazione di norme nazionali interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali che il Legislatore o l’Amministrazione pubblica possano condizionare la partecipazione alla procedura per la riattribuzione delle concessioni di gioco all’adesione del concessionario al regime di proroga tecnica, anche nell’ipotesi in cui sia esclusa la possibilità di rinegoziare le condizioni di*

esercizio della concessione al fine di ricondurle in equilibrio, in conseguenza di eventi non imputabili alle parti, imprevisi ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo, finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio delle concessioni”.

4) *“Se, in ogni caso, gli artt. 49 e 56 del TFUE e i principi di certezza ed effettività della tutela giuridica, nonché il principio del legittimo affidamento ostino ad una interpretazione o applicazione di norme legislative interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali da privare l’Amministrazione del potere discrezionale di avviare, su istanza degli interessati, un procedimento amministrativo volto a modificare le condizioni di esercizio delle concessioni, con o senza indizione di nuova procedura di aggiudicazione a seconda che si qualifichi o meno modifica sostanziale la rinegoziazione dell’equilibrio convenzionale, nei casi in cui si verifichino eventi non imputabili alle parti, imprevisi ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo, finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio delle concessioni”.*

5) *“Se gli artt. 49 e 56 del TFUE e i principi di certezza ed effettività della tutela giuridica, nonché il principio del legittimo affidamento ostino ad una interpretazione o applicazione di norme nazionali interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali che il Legislatore o l’Amministrazione pubblica possano condizionare la partecipazione alla procedura per la riattribuzione delle concessioni di gioco all’adesione del concessionario al regime di proroga tecnica, anche nell’ipotesi in cui sia esclusa la possibilità di rinegoziare le condizioni di esercizio della concessione al fine di ricondurle in equilibrio, in conseguenza di eventi non imputabili alle parti, imprevisi ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo, finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio delle concessioni”.*

6) *“Se, più in generale, gli artt. 49 e 56 del TFUE e i principi di certezza ed effettività della tutela giuridica, nonché il principio del legittimo affidamento ostino a una normativa nazionale (quale quella che rileva nella controversia principale, la quale prevede a carico dei gestori delle sale Bingo il pagamento di un oneroso canone di proroga tecnica su base mensile non previsto negli originari atti di concessione, di ammontare identico per tutte le tipologie di operatori e modificato di tempo in tempo dal legislatore senza alcuna dimostrata relazione con le caratteristiche e l’andamento del singolo rapporto concessorio”. (1)*

I. – Con l’ordinanza in rassegna e la coeva [ordinanza 21 novembre 2022, n. 10261](#), il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi 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.

Analogamente, ma non identica, rimessione è stata disposta dalla medesima sezione del Consiglio di Stato, con [ordinanza 21 novembre 2022, n. 10264](#), che ha sottoposto al giudice comunitario il seguente quesito *“se la direttiva 2014/23/UE, ove ritenuta applicabile e, in ogni caso, i principi generali desumibili dagli artt. 26, 49, 56 e 63 del TFUE come interpretati e applicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con particolare riguardo al divieto di discriminazioni, al canone di proporzionalità ed alla tutela della concorrenza e della libera circolazione dei servizi e dei capitali, ostino all'applicazione di norme nazionali per cui il legislatore nazionale o l'amministrazione pubblica possano, durante la cd <<proroga tecnica>> più volte rinnovata nell'ultimo decennio nel settore delle concessioni di gioco, incidere unilateralmente sui rapporti in corso, introducendo l'obbligo di pagamento di canoni concessori, originariamente non dovuti, ed aumentando, successivamente a più riprese i medesimi canoni, sempre determinati in misura fissa per tutti i concessionari a prescindere dal fatturato, apponendo anche ulteriori vincoli all'attività dei concessionari come il divieto di trasferimento dei locali e subordinando la partecipazione alla futura procedura per la riattribuzione delle concessioni all'adesione degli operatori alla proroga medesima”*.

II- Nella ordinanza in esame (n. 10263 del 2022), il giudizio di appello è derivato dalla [sentenza 2 dicembre 2021, n. 12459](#) con la quale il T.a.r. per il Lazio aveva respinto il ricorso proposto dalla ASCOB - Associazione Concessionari Bingo e da alcune società titolari di una concessione del gioco del Bingo avverso il provvedimento con il quale l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, Ufficio Bingo ha rigettato l'istanza dei ricorrenti di “sospensione del pagamento del canone relativo alla proroga tecnica”.

Nel dichiarare in parte improcedibile e in parte respinto il ricorso, il giudice di prime cure ha richiamato i passaggi della [sentenza della Corte costituzionale 29 marzo 2021, n. 49](#) (oggetto della [News US n. 40 del 3 maggio 2021](#), nonché in *Giur. costit.* 2021, 661, con nota di VERNATA) pronunciata a seguito di due coeve ordinanze del [T.a.r. per il Lazio, sezione II, nn. 4021 e 4022 del 26 marzo 2019](#) (oggetto della [News US n. 116, del 28 ottobre 2019](#), cui si rimanda per ampi approfondimenti di dottrina e di giurisprudenza) con cui il medesimo T.a.r., a margine di altrettanti contenziosi, aveva sollevato alcune questioni attinenti alla compatibilità con gli articoli 3, 11, 41 e 117, primo comma, della Costituzione dell'articolo 1, comma 1047, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che ha modificato l'articolo 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, nella parte in cui il suddetto comma 1047, alla lettera a), dispone che l'Agenzia delle dogane e dei monopoli proceda alla gara per la riattribuzione delle concessioni del gioco del Bingo “entro il 30 settembre 2018” e, al contempo, alla lettera b), eleva gli importi mensili dovuti dai concessionari nella misura sopra indicata.

Con la predetta pronuncia il giudice delle leggi, pur evidenziando *“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" e pur auspicando *"anche a tutela della concorrenza, l'approdo a un quadro normativo in tutti i suoi aspetti definito e stabile"*, ha dichiarato non fondate tali questioni, non ravvisando alcuna contrarietà della normativa *de qua* ai parametri dell'art. 3, dell'art. 41 o degli artt. 11 e 117 della Carta fondamentale, anche in collegamento con le disposizioni interposte degli artt. 16, 20 e 21 CDFUE.

In particolare, la Corte ha ritenuto, da un lato, l'incremento dei canoni nei confronti dei concessionari in proroga non arbitrario né irragionevole, in quanto *"correlato alla possibilità di continuare a svolgere l'attività oggetto di concessione nonostante la scadenza del relativo termine di efficacia e l'assenza di una nuova gara"* e dunque al vantaggio ad essi attribuito, nonché funzionale ad una migliore valorizzazione delle risorse pubbliche; dall'altro, pur di fronte alla progressiva dilatazione dei tempi per l'indizione della nuova gara (originariamente prevista per il 2014 e ora, da ultimo, differita al 31 marzo 2023 in base all'art. 1, comma 1130, della legge n. 178 del 2020), *"trattandosi di rapporti ormai esauriti, la cui efficacia viene eccezionalmente e temporaneamente conservata dall'amministrazione"*, non ha né reputato invocabile la *"tutela dell'affidamento"*, né riscontrato alcuna lesione della libertà di iniziativa economica, in considerazione della pervasiva componente pubblicitica che caratterizza il settore, frequentemente interessato da interventi normativi, e della rimessione pur sempre all'imprenditore della valutazione sulla convenienza dell'adesione al regime di proroga tecnica e sulla futura partecipazione alla gara.

L'insussistenza di lesioni del canone di ragionevolezza o della libertà di iniziativa economica tutelati dalla Costituzione ha, infine, condotto la Corte ad escludere anche la configurabilità nel caso di specie, in relazione ai profili enunciati nell'ordinanza di rimessione, di violazioni degli analoghi principi di uguaglianza di fronte alla legge, di non discriminazione e di libertà di impresa desumibili dagli artt. 16, 20 e 21 CDFUE.

III. – Il collegio, dopo aver ricostruito i passaggi del giudizio di primo grado, ha osservato che:

a) la questione di merito posta dall'appello non possa prescindere da quella relativa alla c.d. "doppia pregiudizialità". Tra i due possibili incidenti (rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea o promovimento dell'incidente di costituzionalità in relazione a parametri giuridici in parte assimilabili), il giudice rimettente, infatti, ritiene prioritario il primo, per plurime considerazioni:

a1) le appellanti hanno invocato la protezione di situazioni soggettive riconosciute in via diretta dal diritto dell'Unione ed hanno dedotto la violazione di principi e norme del diritto primario e di quello secondario dell'Unione (in particolare: la violazione dell'obbligo di garantire l'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni e del generale principio dell'affidamento);

- a2) la Corte di giustizia detiene il monopolio interpretativo in ordine alla compatibilità delle norme interne ai singoli Stati membri, rispetto al diritto dell'Unione;
- a3) non può in questo caso utilmente invocarsi l'orientamento seguito dalla Corte costituzionale nelle [sentenze 21 marzo 2019, n. 63](#) (in *Giur. cost.*, 2019, 819, con nota di PAONESSA), [21 febbraio 2019, n. 20](#) (in *Giur. cost.*, 2019, 226, con nota di REPETTO) e [14 dicembre 2017, n. 269](#) (in *Foro it.*, 2018, I, 405, con nota di SCODITTI, ed in *Giur. cost.*, 2017, 2925, con nota di SCACCIA);
- b) sul piano processuale, l'eventuale q.l.c. postula il positivo apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione;
- b1) in tale logica il giudice interno ha l'onere di delibare la questione europea al fine di valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame, motivando quindi sulla rilevanza della questione, la quale è sempre ancorata ad un giudizio, prognostico, di applicabilità della norma al caso concreto;
- b2) in tal senso, nell'escludere la diretta disapplicazione della normativa interna richiamata (le ragioni dell'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione non sono immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate sulla base dei principi generali dei Trattati, della direttiva concessioni e della giurisprudenza della CGUE), sussistono dubbi sulla compatibilità della medesima con la normativa europea, con la conseguenza che il presupposto della rilevanza (che verrebbe a mancare nell'ipotesi in cui la Corte di giustizia la ritenesse incompatibile), sussisterebbe solo nell'evenienza opposta (ovverossia, se la Corte di Giustizia la ritenesse compatibile);
- b3) a tale ultimo riguardo viene precisato (a seguito della decisione della Corte di giustizia), che si riserva la possibilità di vagliare in via successiva (anche, eventualmente) la non manifesta infondatezza e la rilevanza della questione di legittimità costituzionale secondo i parametri interni evocati dagli appellanti, considerato altresì che, nell'ipotesi in cui un eventuale giudizio dinanzi alla Corte costituzionale si concludesse con una pronuncia di incostituzionalità della norma, ciò comporterebbe l'espunzione della stessa dall'ordinamento con effetti *erga omnes*, anziché limitati, come nell'altra ipotesi, alla disapplicazione nel singolo caso concreto;
- c) secondo l'indirizzo esegetico consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, *“nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, la necessità di pervenire a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo rispetti scrupolosamente i requisiti relativi al contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale, indicati in maniera esplicita all'articolo 94 del regolamento di procedura (ordinanza del 1° luglio 2021, Tolnatext, C-636/20, non pubblicata, EU:C:2021:538, punto 18 e giurisprudenza ivi citata).*

Ai sensi di tale disposizione, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve contenere, in primo luogo, un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni, in secondo luogo, il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia e, in terzo luogo, l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile al procedimento principale” (Corte di giustizia, 13 ottobre 2022, n. 437, in Foro it., Rep. 2022, Unione europea e Consiglio d'Europa, n. ...);

- d) a tal proposito, si segnala che nell'ordinamento italiano il gioco del Bingo è stato istituito con decreto del Ministro delle finanze 31 gennaio 2000, n. 29, emanato in forza dell'articolo 16, comma 1, della legge 13 maggio 1999, n. 133, il quale ha previsto, con riferimento a nuovi tipi di scommessa sulle competizioni sportive, nonché ad ogni altro tipo di gioco, concorso pronostici e scommesse, che “il Ministro delle finanze emana regolamenti a norma dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per disciplinare le modalità e i tempi di gioco, la corresponsione di aggi, diritti e proventi dovuti a qualsiasi titolo, ivi compresi quelli da destinare agli organizzatori delle competizioni”;
- e) le società ricorrenti in primo grado svolgono l'attività di gestori di sale dedicate al gioco del Bingo in forza di concessioni attribuite con procedura selettiva indetta a seguito dell'entrata in vigore del predetto decreto ministeriale.
- Dette concessioni sono però scadute già da tempo e le società operano da allora in regime di proroga tecnica, in attesa che si svolgano nuove procedure selettive per riattribuirle, ai sensi dell'art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014), peraltro più volte modificato nel tempo;
- f) prima dell'entrata in vigore della predetta legge, le originarie concessioni erano gratuite, non essendo previsto un corrispettivo correlato al rilascio della concessione. La durata dei titoli era stabilita in sei anni, decorsi i quali le concessioni si sarebbero potute rinnovare per una sola volta, secondo quanto disposto dall'articolo 2, comma 1, lett. e), del decreto ministeriale n. 29 del 2000;
- g) nel 2013, il legislatore in osservanza del principio europeo di concorrenza nella attribuzione o riattribuzione delle concessioni, ha istituito il meccanismo della “proroga tecnica” in favore dei titolari di concessioni scadute, in modo che attraverso il tendenziale allineamento temporale della maggior parte delle concessioni giunte a scadenza o prossime a scadere, si sarebbe potuta svolgere una procedura concorrenziale alla quale tutti gli operatori del settore (o, comunque, la gran parte degli stessi) avrebbero potuto partecipare;
- h) l'art. 1, ai commi 636-638, della legge n. 147 del 2013, operando un bilanciamento tra l'esigenza pubblicitica di utilizzare proficuamente il gettito proveniente dal

gioco legale e quella privatistica dei concessionari scaduti di potere proseguire l'esercizio delle concessioni in regime di proroga tecnica, ha introdotto il principio della onerosità delle concessioni; ha fissato la soglia minima di 200.000 euro per l'attribuzione di ciascuna concessione; ha previsto il mantenimento della durata di sei anni delle nuove concessioni; ha fissato il termine per l'indizione della procedura di selezione dei nuovi concessionari al 31 dicembre 2014; ha stabilito la proroga tecnica, a semplice richiesta, delle concessioni in scadenza negli anni 2013 e 2014; ha determinato il canone dovuto dai concessionari beneficiari della proroga tecnica, in 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; ha introdotto il divieto di partecipare alla gara per la riattribuzione della concessione per i titolari di concessione scaduta che non avessero acceduto al regime di proroga tecnica;

- i) nel 2015, scaduto il termine fissato dalla norma del 2013, l'art. 1, comma 934, legge n. 209 del 2015, ha esteso il regime di proroga tecnica anche alle concessioni in scadenza negli anni dal 2015 al 2016, come quella oggetto di causa e ha posticipato dal 31 dicembre 2014 al 31 dicembre 2016 il termine per l'attribuzione delle concessioni; ha innalzato da 200.000 a 350.000 euro la soglia minima corrispettiva per l'attribuzione di ciascuna concessione; ha innalzato da sei a nove anni la durata delle concessioni ed ha previsto la non rinnovabilità delle stesse; ha 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; ha vietato il trasferimento dei locali per tutto il periodo della proroga tecnica. Nel 2017, l'art. 1, comma 1047, della legge n. 205 del 2017 ha ulteriormente prorogato le concessioni in scadenza negli anni dal 2017 al 2018; ha spostato dal 31 dicembre 2016 al 30 settembre 2018 il termine per procedere alla gara per l'attribuzione delle 210 concessioni; ha elevato ulteriormente il canone di proroga tecnica per le concessioni scadute da euro 5.000 a euro 7.500 per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni e da euro 2.500 a euro 3.500, per frazione inferiore a quindici giorni;
- j) il provvedimento impugnato nel giudizio *a quo* ha inteso dare attuazione al predetto art. 1, comma 1047, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), che ha modificato l'art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2014);
- k) a soli fini ricostruttivi della disciplina non rilevanti a fini del decidere, in seguito il legislatore ha esteso ancora il regime di proroga tecnica dal 2013 al 2019, poi al 30 settembre 2020. Ancora con l'art. 69, comma 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n.

18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il termine per l'indizione della gara è stato ulteriormente differito al 30 marzo 2021 e, da ultimo, l'art. 1, comma 1130, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, modificando l'art. 1, comma 636, della legge n. 147 del 2013, ha fissato al 31 marzo 2023 il termine per l'indizione della gara relativa all'attribuzione delle concessioni;

- l) il rinvio pregiudiziale non riguarda la questione, già esaminata dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 49 del 2021](#), della tutela dei concessionari titolari di concessioni scadute, operanti in regime di proroga tecnica in condizioni ordinarie di esercizio delle concessioni, bensì quella degli operatori che si sono trovati a svolgere le medesime attività in condizioni di esercizio incise in maniera significativa dalle chiusure e dalla sospensioni delle attività imposte dall'Autorità per contrastare la diffusione della crisi pandemica da COVID-19;
- l1) la decisione della Corte costituzionale, in quel caso specifico, è stata nel senso della non fondatezza delle questioni. La motivazione si è incentrata, essenzialmente, sulla ragionevolezza, congruità e proporzionalità delle norme censurate, ritenute compatibili con un quadro costituzionale in cui va operato il necessario bilanciamento fra le finalità pubblicistiche perseguite in questo particolare settore dell'ordinamento; i vantaggi competitivi conseguiti dagli operatori economici per la possibilità di continuare a svolgere l'attività oggetto di concessione, nonostante la scadenza del termine di efficacia e l'assenza di una nuova gara; la necessità di valorizzare i beni erariali, anche attraverso il progressivo incremento del canone concessorio in regime di proroga tecnica, nel quadro complessivo di una maggiore efficienza nell'utilizzo delle pubbliche risorse; la non automatica arbitrarietà dell'abbandono del criterio di determinazione dei canoni, originariamente correlato alla base d'asta, in favore dell'attuale regime di importi predeterminati *ex lege*, attesa la temporaneità della proroga tecnica, la necessità di indire la nuova gara, la prospettiva del tendenziale esaurimento dei rapporti giuridici relativi a concessioni scadute;
- l2) nel caso in esame, invece, gli appellanti hanno introdotto principi di prova adeguati, congrui e ragionevoli, tali da ritenere che le condizioni di esercizio delle concessioni siano state incise in modo significativo da eventi imprevisi ed imprevedibili. In particolare, i concessionari hanno rappresentato la grave compromissione nella tenuta delle sale e l'insostenibilità dei costi fissi e di gestione, ed hanno illustrato dati conoscitivi aggiornati rispetto a quelli considerati nel giudizio che si è svolto dinanzi alla Corte costituzionale, risalenti all'anno 2019, ossia prima che scoppiasse la crisi pandemica;
- m) quanto ai principi e le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione, trattandosi di concessioni affidate con procedura selettiva nell'anno 2000, poi scadute e reiteratamente prorogate con disposizioni di rango primario, l'ultima delle quali,

fra quelle rilevanti ai fini del rinvio, risalente all'anno 2017, dovrebbe applicarsi la direttiva 2014/23/UE;

- n) sebbene secondo la Corte di giustizia *“in conformità a una costante giurisprudenza, formatasi in materia di appalti pubblici e applicabile per analogia in materia di concessione di servizi, la normativa dell’Unione applicabile a un contratto di concessione è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l’ente aggiudicatore sceglie il tipo di procedura che esso seguirà”*, e che sono *“inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (v., per analogia, sentenza del 19 dicembre 2018, Stanley International Betting e Stanleybet Malta, [C-375/17](#), EU:C:2018:1026, punto 34 e giurisprudenza ivi citata)”*, è anche vero che *“il diritto dell’Unione alla luce del quale tale modifica dev’essere valutata è quello in vigore alla data di tale modifica. In questo contesto, la Corte ha precisato che il fatto che la conclusione del contratto di concessione originario sia precedente all’adozione delle norme dell’Unione in materia non comporta conseguenze a tale riguardo (v., in questo senso, sentenza del 18 settembre 2019, Commissione/Italia, [C-526/17](#), EU:C:2019:756, punto 60 e giurisprudenza ivi citata)”* (cfr. Corte di Giustizia UE 2 settembre 2021, nelle cause riunite [C-721/2019](#) e [C-722/2019](#) (oggetto della News US n. 77 del 27 settembre 2021));
- o) ove la Corte ritenesse che la direttiva 2014/23/UE abbia proceduto (non solo a un ravvicinamento delle legislazioni, bensì) ad un'armonizzazione esaustiva, *“qualsiasi misura nazionale in un settore che sia stato oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione dev'essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione”* (Corte di giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14, C-67/15, Promoimpresa e a., in *Guida al dir.*, 2016, 33, 14, con nota di ROSSI; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, 903, con nota di DI GIOVANNI; *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 2, 94, con nota di AMANTE; *Urbanistica e appalti*, 2016, 1211, con nota di BOSCOLO; *Riv. regolazione mercati*, 2016, 2, 182, con nota di SANCHINI; *Riv. dir. navigaz.*, 2017, 213, con nota di LIBERATOSCIOLI; *Dir. trasporti*, 2017, 519, con nota di ANCIS; *Dir. maritt.*, 2017, 714, con nota di MOZZATI, VERMIGLIO; *Giornale dir. amm.*, 2017, 60, con nota di BELLITTI; *Riv. it. dir. turismo*, 2016, 17, 41, con nota di NICOTERA; *Riv. it. dir. turismo*, 2018, 45, con nota di PRADA);
- p) in ogni caso, ove la Corte di giustizia ritenesse non applicabile la direttiva concessioni, dovrebbero potersi applicare i principi generali ritraibili dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, e segnatamente gli artt. 49 (Libertà di stabilimento) e 56 (Libera prestazione dei servizi);
- q) l’art. 5 della direttiva 2014/23/UE, in particolare, prevede che l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi;

- q1) si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione;
- q2) la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;
- r) l'art. 43 della menzionata direttiva 2014/23/UE si occupa, invece, della "Modifica dei contratti esistenti" individuandone le distinte ipotesi;
- s) lo Stato italiano ha recepito la direttiva con il decreto legislativo n. 50 del 2016 occupandosi con l'art. 165 del "rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni";
- t) ciò premesso, si dubita della compatibilità con l'illustrato quadro normativo europeo di riferimento, della mancanza nell'ordinamento italiano di un rimedio giuridico che riconosca all'amministrazione il potere discrezionale di avviare, su istanza degli interessati, un procedimento amministrativo volto a modificare le condizioni di esercizio delle concessioni, con o senza indizione di nuova procedura di aggiudicazione, nei casi in cui si verificano eventi non imputabili alle parti, imprevedibili ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio;
- u) sul piano normativo, pertanto, si dubita che siano compatibili con la richiamata direttiva 2014/23/UE le previsioni legislative nazionali le quali, nel corso del tempo, hanno per un verso (e in attesa dell'indizione di gare al momento non svolte) disposto la proroga tecnica delle concessioni scadute e in scadenza, ma (per altro verso) hanno subordinato tale proroga a un meccanismo rigido di pagamento di un "canone mensile di proroga tecnica", il cui ammontare viene fissato in modo fisso dal legislatore, in misura fissa mensile per ciascuna sala e senza alcuna valutazione concreta in ordine alle condizioni economiche della singola concessione e in modo potenzialmente idoneo ad alterare l'equilibrio generale della concessione;
- v) sebbene per il diritto dell'UE la nozione di "concessione" presuppone l'esistenza di un rischio operativo che può sussistere sia dal lato della domanda, che dal lato dell'offerta (e può dipendere anche dalla fluttuazione nel tempo della struttura dei costi di impresa), tuttavia, nel caso in esame, lo Stato italiano (nella sua veste di legislatore) ha modificato nel corso del tempo – e in modo significativo – la struttura stessa dei costi di impresa del settore del Bingo introducendo l'oneroso meccanismo del "canone di proroga tecnica";

- w) tuttavia, il legislatore nazionale non sembra aver riconosciuto alle amministrazioni nazionali alcuno strumento di carattere amministrativo che consentisse di tenere conto di un evento grave e imprevedibile (quale la crisi pandemica) al fine di riconoscere agli operatori del settore misure di (almeno parziale) salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario della gestione;
- x) ove, invece, si ritenga non applicabile al caso in esame – neppure in via di principio - la direttiva concessioni 2014/23/UE, si dubita della compatibilità della disciplina nazionale rispetto ai principi generali dei Trattati, ed in particolare rispetto agli artt. 49 e 56 del TFUE, ai principi di certezza ed effettività della tutela giuridica e di tutela del legittimo affidamento;
- x1) la Corte di giustizia *“ha reiteratamente dichiarato che la normativa di uno Stato membro la quale subordini l'esercizio di un'attività economica, quale la gestione di determinati giochi di azzardo, al rilascio di una concessione costituisce un ostacolo alle libertà garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE, e ciò a prescindere dal fatto che l'amministrazione aggiudicatrice abbia fatto ricorso a un modello a concessionario unico o a un modello a più concessionari”* (v., in tal senso, sentenza del 19 dicembre 2018, cit., punto 43 nonché giurisprudenza ivi citata e sentenza 2 settembre 2021, in cause riunite C-721/2019 e C-722/2019 cit.);
- x2) la Corte ha parimenti ricordato, ancora nella propria giurisprudenza sui giochi d'azzardo, che la protezione dei consumatori e la prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini a spese eccessive collegate al gioco possono essere qualificate come motivi imperativi di interesse generale, idonei a giustificare restrizioni alle libertà fondamentali riconosciute dagli articoli 49 e 56 TFUE (sentenza del 19 dicembre 2018, cit., punto 43 nonché giurisprudenza ivi citata e sentenza 2 settembre 2021, in cause riunite C-721/2019 e C-722/2019 cit.);
- y) nel caso in esame, la ragione che ha indotto il legislatore fin dal 2013 ad introdurre il c.d. *“canone di proroga tecnica”* è *“(il) fine 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”* (cfr. in tal senso l'art. 1, comma 636, della l. n. 147 del 2013);
- z) anche laddove tale ragione rilevasse quale motivo imperativo di interesse pubblico, persiste il dubbio circa la compatibilità europea della detta giustificazione rispetto alle misure in concreto attuate e reiterate dal legislatore, sotto i profili della necessità, indispensabilità, congruità, proporzionalità, utilità del mezzo rispetto allo scopo prefissato, alla luce del fatto che potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione degli artt. 49 e 56 del TFUE, sub specie di restrizioni alla libertà di stabilimento degli operatori economici degli Stati membri e

restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione, leggi, interpretazioni o applicazioni o prassi applicative, tali da privare l'Amministrazione pubblica del potere discrezionale di valutare la revisione delle concessioni nei sensi dianzi illustrati, o tali da consentirle di condizionare la partecipazione del concessionario alla procedura per la riattribuzione delle concessioni, alla sua adesione al regime di proroga tecnica alle condizioni dianzi illustrate;

- aa) infine, si dubita che sia compatibile con il rispetto del generale principio di tutela dell'affidamento (riconosciuto da un costante orientamento della Corte di giustizia) una disciplina nazionale (quale quella che rileva nell'ambito della controversia principale) la quale prevede a carico dei gestori delle sale Bingo il pagamento di un oneroso canone di proroga tecnica su base mensile non previsto negli originari atti di concessione, di ammontare identico per tutte le tipologie di operatori e modificato di tempo in tempo dal legislatore senza alcuna dimostrata relazione con le caratteristiche e l'andamento del singolo rapporto concessorio.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- bb) sulla doppia pregiudizialità e sulla evoluzione del pensiero della Corte costituzionale si segnala:

bb1) G. AMOROSO, *“la <<doppia pregiudiziale>> e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi <<in prima battuta>>”*, in *Foro it.*, 2022, V, 1. L'autore ripercorre l'evoluzione del tema della cd. doppia pregiudiziale, ovvero delle questioni che involgono l'intervento del giudice costituzionale ed europeo.

Secondo un primo orientamento, prima di investire la Corte costituzionale il giudice nazionale doveva provocare l'interpretazione della Corte di giustizia e ciò era ritenuto pregiudiziale rispetto all'incidente di costituzionalità (c.d. dottrina della «doppia pregiudiziale», secondo cui «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità»).

Con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha superato il canone della «doppia pregiudiziale» e ha affermato, al contrario, l'esistenza di un «concorso di rimedi giurisdizionali», dando avvio ad un nuovo orientamento.

In particolare afferma che, ove il contrasto con il diritto dell'Unione europea riguardi una norma del diritto europeo di diretta applicazione, la norma interna incompatibile deve essere disapplicata e il giudice deve occuparsi della rilevanza della questione di legittimità costituzionale della norma interna.

Quando invece la normativa europea è priva di efficacia diretta, il giudice comune non disapplica la norma interna, ma non può nemmeno applicarla se dubita della sua compatibilità europea e, quindi, deve sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale per contrasto con il diritto europeo, oltre eventualmente anche con parametri interni.

In tale evenienza è la Corte costituzionale che — senza che il giudice rimettente sia tenuto ad attivare previamente il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia (secondo quello che era il canone della “doppia pregiudiziale”) — opera lo scrutinio della norma interna in riferimento ai parametri europei in quanto interposti ex art. 117, 1° comma, Cost. (in ipotesi anche concorrenti con quelli interni), eventualmente facendo essa stessa il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

L'autore osserva ancora che il trattato di Lisbona ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che, quindi, è stata equiparata ai trattati (art. 6, par. 1, TUE). La Carta ha caratteri peculiari in ragione del suo «contenuto di impronta tipicamente costituzionale».

Ne consegue che, ove una norma sia oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — sempre che si verta in materia di rilevanza anche europea e che non vi sia un diritto europeo *self-executing* — va sollevata la questione di legittimità costituzionale. Ciò è compatibile con la dottrina del primato del diritto europeo come ritenuto dalla stessa Corte di giustizia, purché i giudici comuni restino liberi di sottoporre alla medesima corte europea, in qualunque fase del procedimento e anche al termine del giudizio incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria.

Quindi la priorità dell'incidente di costituzionalità non esclude che il giudice comune, il quale assuma che una disposizione interna sia in contrasto con la Carta, possa operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale, adita in ragione della priorità della questione incidentale di legittimità costituzionale, potrebbe essa stessa effettuare un rinvio pregiudiziale interpretativo (o di validità) affinché sia la stessa Corte di giustizia a chiarire il contenuto della norma della Carta, indicata come parametro interposto.

Rimane fermo *“il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e — ricorrendone i presupposti — di non applicare, nella*

fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta” (v. [Corte cost., 30 luglio 2021, n. 182](#), in *Foro it.*, 2021, I, 2949; [21 marzo 2019, n. 63](#), in *Foro it.*, 2019, I, 2662; [10 maggio 2019, n. 112](#), *ibid.*, 3422).

Una volta superata la dottrina della «doppia pregiudiziale», la Corte costituzionale, riposizionandosi in un ruolo più attivo nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia, ha considerato ammissibili questioni di legittimità costituzionale che prima avrebbe giudicato inammissibili, con la conseguenza di trovarsi essa nella posizione di operare, quando l'ha ritenuto necessario, il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.

Il «concorso di rimedi giurisdizionali», in chiave non escludente ma complementare, comporta che il percorso maggiormente in sintonia con il nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale sia proprio quello che vede il giudice comune investire “in prima battuta” la Corte costituzionale, la quale, a sua volta, valuta se richiedere, o no, l'intervento della Corte di giustizia operando il rinvio interpretativo pregiudiziale.

Ma è ben possibile che, sollevato l'incidente di costituzionalità con riferimento a parametri europei interposti, la corte, adita “in prima battuta”, dia una risposta di merito senza necessità di investire la Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale interpretativo.

In conclusione, l'autore osserva come sia ancora diffuso un percorso processuale alternativo, che vede il giudice comune investire, in via prioritaria, direttamente la Corte di giustizia, com'era di regola, in passato, quando operava il canone della “doppia pregiudiziale”;

bb2) [Corte cost. 11 marzo 2022, n. 67](#) (in *Foro it.*, 2022, I, 1145), che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 6 *bis*, d.l. 13 marzo 1988 n. 69, convertito, con modificazioni, nella l. 13 maggio 1988 n. 153, in riferimento agli art. 11 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli art. 2, par. 1, lett. a), b) e c), e 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/Ce del consiglio, del 25 novembre 2003, e agli art. 3, par. 1, lett. b) e c), e 12, par. 1, lett. e), della direttiva (Ue) 2011/98 del parlamento europeo e del consiglio, del 13 dicembre 2011. La disposizione censurata, collocata all'interno della disciplina dell'assegno per il nucleo familiare, prevede che *“non fanno parte del nucleo familiare di cui al 6° comma il coniuge, i figli ed equiparati di cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica, salvo che lo Stato di cui lo straniero è cittadino riservi un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia”*.

Il giudizio d'inammissibilità -in linea con quanto osservato poc'anzi in tema di "doppia pregiudizialità" - è ancorato all'irrilevanza delle questioni sollevate, perché, in esito a [Corte giust., 2 settembre 2021, in causa C-350/20](#) (in *Foro it.*, 2021, IV, 546) le norme interne incompatibili col diritto unionale vanno disapplicate, senza necessità di pronuncia della Corte costituzionale.

Per un verso, la direttiva 2003/109/Ce, avendo a oggetto non già la disciplina delle prestazioni sociali, rimessa agli Stati membri, bensì la fissazione dell'obbligo di assicurare la parità di trattamento, ossia di non differenziare il trattamento del cittadino di paese terzo rispetto a quello riservato ai cittadini degli Stati in cui essi operano legalmente, spiega efficacia diretta; per altro verso, non viene in questione la discrezionalità del legislatore, poiché, se quest'ultimo può scegliere le modalità con cui eliminare l'accertata discriminazione anche per il passato, spetta comunque al giudice rimuovere gli effetti discriminatori già verificatisi.

