

AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI: Concessioni amministrative - Giochi e scommesse - Proroga tecnica - Canone concessorio – Modifica unilaterale delle condizioni delle concessioni.

Cons. Stato, Sez. VII, ord. 21 novembre 2022, n. 10264

“[...] vertendosi in tema di interpretazione del diritto eurounitario, in presenza dei suddetti dubbi circa la compatibilità con quest’ultimo della disciplina nazionale applicata nella presente fattispecie, si ritiene, per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la complessità dei valori in gioco, di dover sottoporre 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 [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze e dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2022 il consigliere Ofelia Fratamico e udito per la parte appellante l’avvocato Alessandro Dagnino;

L’oggetto del procedimento principale ed i fatti pertinenti

1. La presente controversia ha ad oggetto l’applicazione della normativa nazionale che ha imposto a carico di alcuni gestori di giochi e scommesse (Sale Bingo), con concessioni ormai scadute da

tempo e in regime di “proroga tecnica”, il pagamento di un “canone di proroga tecnica” su base mensile.

Gli operatori interessati lamentano che l'imposizione di tale canone di proroga tecnica costituisca violazione di numerose disposizioni del diritto UE primario e derivato.

In particolare, la legge n. 147 del 2013, articolo 1, comma 636 aveva previsto che le concessioni di gioco per la raccolta del Bingo in scadenza negli anni 2013 e 2014 dovessero essere attribuite con procedure ad evidenza pubblica e che i gestori uscenti, laddove intendessero partecipare alle nuove gare, avrebbero dovuto versare un canone di proroga tecnica mensile (inizialmente fissato in 2.800 euro).

In realtà, negli anni successivi, le gare in questione non sono state indette e i concessionari uscenti hanno continuato ad operare in regime di proroga, essendo però obbligati a versare mensilmente il predetto canone di proroga tecnica.

2. La Coral, società che gestisce sale per il gioco del Bingo in concessione, con il ricorso proposto in primo grado (RG 2839/2018) ha impugnato dinanzi al TAR del Lazio, congiuntamente ad altre piccole e medie imprese concessionarie del medesimo gioco, il provvedimento dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli prot. n. 2018/2115 dell'8 gennaio 2018 recante *“Disposizioni di attuazione della legge 27 dicembre 2017 n. 205 – art 1 comma 1047, modifica della legge 27 dicembre 2013 n. 145 – art. 1 comma 636. Gara per l'attribuzione delle concessioni per la gestione del gioco del Bingo e proroga delle concessioni”* che, in attesa della riattribuzione delle concessioni in scadenza negli anni 2013-2018, aveva stabilito che *“le somme mensili dovute dai concessionari per la prosecuzione in proroga della gestione delle concessioni (fossero)... rideterminate in euro 7.500 ed in euro 3.500 rispettivamente per ogni mese o frazione di mese superiore a 15 giorni ovvero per ogni frazione di mese inferiore a 15 giorni”*.

Avverso tale provvedimento e tutti quelli connessi la parte ricorrente ha lamentato, in primo luogo, l'irragionevolezza e l'ingiustizia dell'aumento del corrispettivo mensile a suo carico come titolare di concessione in proroga, a fronte dell'originaria gratuità della concessione stessa, dell'avvenuta introduzione unilaterale da parte del legislatore del principio dell'onerosità di essa e dei continui aumenti praticati, disposti nonostante la diminuzione dei valori medi di raccolta del gioco del Bingo dal 2012 in avanti.

Ha, inoltre, denunciato l'abuso dello strumento, necessariamente transitorio ed eccezionale, della *“proroga tecnica”*, in uso fin dal 2013 nel settore, suscettibile di condurre alla violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione e ha dedotto la lesione del suo legittimo affidamento e della libertà di iniziativa economica privata, che sarebbe

risultata *“inammissibilmente compressa”* dalla previsione dell’adesione alla proroga tecnica quale condizione di partecipazione alla futura gara per l’assegnazione delle nuove concessioni.

Alla luce di tali criticità del provvedimento impugnato e della normativa di riferimento, la parte ricorrente ha chiesto al TAR di sollevare questione di legittimità costituzionale della disciplina applicata dall’Amministrazione, nonché questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia.

Si è costituita in giudizio l’Agenzia delle dogane e dei monopoli, deducendo che il ricorso proposto avverso il provvedimento dell’8 gennaio 2018 rappresentava soltanto il tentativo per la parte ricorrente di riproporre questioni già risolte a suo sfavore dal TAR e di contestare nuovamente l’incostituzionalità e la contrarietà al diritto dell’Unione della normativa del settore, risultata, in realtà, del tutto legittima e coerente con il sistema.

3. Con ordinanza n. 4021/2019 del 26 marzo 2019 il TAR del Lazio, ritenendo i dubbi di costituzionalità prospettati dalla parte ricorrente rilevanti e non manifestamente infondati, ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale 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 a euro 7.500,00 e a euro 3.500,00 gli importi precedentemente fissati in euro 5.000,00 ed euro 2.500,00 dall’articolo 1, comma 636, lett. c), della legge n. 147 del 2013, nel tenore risultante dalle modifiche apportatevi dall’articolo 1, comma 934, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/2021, 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 pubblicistica 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.

4. A seguito di tale pronunciamento il TAR, con la sentenza n. 13046 del 16 dicembre 2021 ora appellata dinanzi al Consiglio di Stato, ha, quindi, rigettato integralmente il ricorso proposto in primo grado, richiamando, per escludere la sussistenza della contrarietà alla Carta fondamentale, le statuizioni della Corte costituzionale e ribadendo quanto già affermato nel corso del giudizio circa l'infondatezza della dedotta incompatibilità della normativa nazionale contestata con il diritto dell'UE.

Nell'ordinanza di rimessione i giudici di prime cure avevano, infatti, ritenuto che *"l'innalzamento dell'importo da versare da parte degli operatori in regime di cd. proroga tecnica ... (fosse) insuscettibile di arrecare lesione alle libertà previste dal TFUE, trattandosi di una prescrizione applicabile, alle medesime condizioni, a tutte le imprese, quale che sia la relativa nazionalità o sede di stabilimento, che siano titolari di concessioni scadute"*, giudicando *"la previsione legislativa...perciò, intrinsecamente inidonea a produrre l'effetto di ostacolare lo svolgimento dell'attività per gli operatori in regime di proroga tecnica eventualmente non stabiliti in Italia"*.

5. L'appellante ha chiesto al Consiglio di Stato la riforma della decisione del TAR, formulando i seguenti motivi: 1) *erronea valutazione di infondatezza della dedotta incompatibilità della normativa nazionale contestata con il diritto dell'Unione europea*; 2) *erroneità della sentenza appellata per non aver sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma base di cui*

all'art. 1 comma 636 della l.n. 147/2013 che ha istituito il regime di proroga tecnica e introdotto il relativo canone, unitamente a tutte le novelle successive, le quali hanno altresì introdotto il divieto di trasferimento dei locali e prorogato sino al 31 marzo 2023 il suddetto regime; 3) erroneità della sentenza impugnata per non aver rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 934 della l.n. 209/2015, nella parte in cui ha istituito il divieto di trasferimento dei locali per tutto il periodo della proroga tecnica.

Si è costituita in giudizio l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, chiedendo il rigetto dell'appello, in quanto infondato.

Sono intervenuti *ad adiuvandum* alcuni dipendenti della società appellante, associandosi alle domande già formulate da quest'ultima.

All'udienza pubblica del 20 settembre 2022 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

Il quadro normativo e le argomentazioni delle parti

6. 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, sentenza n. 437/2022).

7. A questo proposito, è rilevante segnalare 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”.

La società ricorrente in primo grado, ora appellante, svolge l'attività di gestore di sale dedicate al gioco del Bingo in forza di concessione n. 307/T1/09/R del 15 giugno 2009, attribuita con procedura bandita a seguito dell'entrata in vigore del predetto decreto ministeriale per la durata di 6 anni, dal 15 giugno 2009 al 16 giugno 2015.

Essendo la detta concessione scaduta già da tempo, la società titolare opera da allora, come tutte le altre imprese del settore, in regime di proroga tecnica, in attesa che si svolgano nuove procedure selettive, ai sensi dell'art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (*Legge di stabilità 2014*).

È importante segnalare che, prima che entrasse in vigore questa 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.

La mancata applicazione di corrispettivi era giustificata dal fatto che l'attività degli operatori produceva direttamente un vantaggio economico per l'erario pari al “*prelievo erariale*” di cui all'art. 5, D.M. n. 29 del 2000, a fronte del quale i concessionari, come previsto dall'art. 8 dello stesso D.M., percepivano un “*compenso pari all'incasso lordo, dedotti il prelievo erariale sulle cartelle, la somma da distribuire in premi e la quota spettante all'affidatario del controllo centralizzato del gioco*”, di cui, rispettivamente, agli artt. 5, 6 e 7 del decreto stesso.

Nel 2013, in occasione dell'emanazione della legge di stabilità per il 2014, il legislatore si è posto il problema dell'osservanza del principio europeo di concorrenza nella attribuzione o riattribuzione delle concessioni, e ha perciò deciso di istituire il meccanismo della “*proroga tecnica*” in favore dei titolari di concessioni scadute, cosicché 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 sia, la gran parte degli stessi) avrebbero potuto partecipare.

È accaduto così che l'art. 1, ai commi 636-638, della legge n. 147 del 2013, operando un bilanciamento tra l'esigenza pubblicistica 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.

Nel 2015, essendo venuto a scadere anche il termine fissato dalla norma del 2013, il legislatore è intervenuto nuovamente con l'art. 1, comma 934, legge n. 209 del 2015, ed ha previsto l'estensione del regime di proroga tecnica anche alle concessioni in scadenza negli anni dal 2015 al 2016, come quella dell'appellante; ha spostato 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, il suddetto regime è stato ulteriormente modificato: l'art. 1, comma 1047, della legge n. 205 del 2017 ha esteso la proroga tecnica alle 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.

Va sottolineato che è a quest'ultima normativa che ha inteso dare attuazione il provvedimento impugnato nel giudizio a quo, sicché, ai fini del rinvio pregiudiziale, la normativa rilevante è rappresentata dall'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).

Quel che è accaduto in seguito, ossia gli ulteriori interventi del legislatore in materia, non rileva direttamente ai fini del rinvio, ma la Sezione ritiene nondimeno opportuno illustrarne brevemente i contenuti, per maggiore compiutezza.

Più nel dettaglio, il legislatore ha esteso ancora il regime di proroga tecnica dal 2013 al 2019, dapprima senza fissare un nuovo termine per l'indizione della gara (art. 1, comma 1096, legge n. 145 del 2018); poi ha previsto l'ulteriore proroga tecnica delle concessioni in scadenza nell'anno 2020, fissando al 30 settembre dello stesso anno 2020 il termine per il bando (art. 24, c. 2, del d.l. n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157).

Con l'art. 69, comma 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con disposizione emergenziale connessa alla pandemia da COVID-19, ha previsto che *“A seguito della sospensione dell'attività delle sale bingo prevista dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020 e successive modificazioni ed integrazioni, non è dovuto il canone di cui all'articolo 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, a decorrere dal mese di marzo 2020 e per tutto il periodo di sospensione dell'attività”*.

Con il comma 3 del citato art. 69, ha previsto il differimento del termine per l'indizione della gara al 30 marzo 2021 e da ultimo, con la disposizione contenuta all'art. 1, comma 1130, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, ha apportato un'ulteriore novella all'art. 1, comma 636, della legge n. 147/2013, fissando al 31 marzo 2023 il termine per l'indizione della gara relativa all'attribuzione delle concessioni.

8. Nella sua impugnazione l'appellante ha lamentato l'erroneità della sentenza del TAR, in primo luogo nella parte in cui aveva reputato infondata la questione della contrarietà della normativa nazionale applicata dall'Amministrazione al diritto dell'Unione.

Richiamando i principi affermati dalla Corte di Giustizia U.E. nella sentenza del 2 settembre 2021, emessa sulle cause riunite C-721/2019 e C-722/2019, in cui la normativa italiana in materia analoga (che consentiva la prosecuzione oltre il termine originariamente fissato della gestione della concessione della raccolta delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea in favore della precedente affidataria, società *Lottomatica*, cui era successivamente subentrata la società *Lotterie nazionali*), era stata ritenuta, in realtà, dalla Corte compatibile con il diritto eurounitario, poiché in quel caso l'intervento del legislatore sulla concessione originaria non aveva comportato delle modifiche sostanziali (ai sensi dell'art. 43 par 4 della direttiva 2014/23) al precedente rapporto concessorio, l'appellante ha sostenuto che, nell'ipotesi al centro del presente giudizio, il legislatore nazionale fosse intervenuto in modo eccessivamente radicale sulle concessioni in essere, apportando modifiche in corso di rapporto che travalicavano i limiti consentiti dal diritto dell'Unione.

Il regime di proroga tecnica, disposto per la prima volta nel 2013 e rinnovato negli anni senza soluzione di continuità, reso sempre più gravoso per gli operatori del settore dall'introduzione di un canone concessorio sempre più alto, a fronte dell'originaria gratuità del titolo, dalla preclusione alla partecipazione alla nuova futura gara in caso di rifiuto di adesione alla proroga stessa e dal divieto di trasferimento dei locali avrebbe, infatti, gravemente alterato la natura stessa delle concessioni rispetto a quelle inizialmente concluse, ponendosi in contrasto con la direttiva 2014/23, ove ritenuta applicabile, in particolare con gli artt. 3 e 43 della stessa, che prescrivono che *“le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità”* e che *“le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che altererebbero la natura generale della concessione; ... e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali...”*

Oltre ad essere in contrasto con la direttiva 2014/23, il regime di proroga tecnica posto in essere dal legislatore italiano violerebbe gli artt. 26, 49, 56 e 63 del TFUE, risultando contrario nella sua concreta utilizzazione nel settore in questione ai principi di ragionevolezza parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, legittimo affidamento, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi, così come interpretati e applicati dalle decisioni della Corte di Giustizia.

La profonda modifica unilaterale delle condizioni delle originarie concessioni, congiuntamente al continuo rinvio della procedura di gara per l'attribuzione delle nuove concessioni, avrebbe, infatti, alterato l'equilibrio dei rapporti in essere e dello stesso settore dei giochi, non incidendo in pari misura su tutti gli operatori, ma danneggiando soprattutto i piccoli concessionari come l'appellante, che si sarebbero ritrovati per effetto di essa stretti in una *“morsa economica anticoncorrenziale irragionevole e discriminatoria”*, tale da porli nella drammatica alternativa del continuare a pagare, per un periodo divenuto pressochè indeterminabile a causa dei continui rinvii della gara, oneri per loro ormai insostenibili oppure cedere l'attività ai grandi operatori, per i quali il canone fisso, seppure aumentato, è rimasto sostanzialmente irrisorio a fronte del rilevante fatturato e della loro forza economica.

Con tali caratteristiche uno strumento di natura transitoria ed eccezionale come la proroga tecnica, ideato per far fronte a temporanee esigenze di riorganizzazione ed adeguamento del settore proprio alle regole concorrenziali, sarebbe, così, divenuto nel tempo la causa di una sorta di *“tassazione regressiva”* per gli operatori economici e di effetti gravemente distorsivi della concorrenza.

Per l’agire combinato del reiterato differimento del termine di indizione della nuova gara e dell’aumento dei canoni, i concessionari in proroga con minore forza economica come l’appellante, dopo aver fatto a lungo affidamento sul soggetto pubblico al fine di poter far valere le proprie *chances* imprenditoriali nella nuova gara, sarebbero, in pratica, stati costretti a pagare per esercitare la loro attività costi maggiorati, finalizzati alla percezione da parte dell’erario di un maggior gettito, ma aventi quale effetto la loro espulsione dal mercato e la concentrazione delle concessioni in capo a pochi grandi soggetti.

L’aumento del costo delle concessioni, determinato in misura fissa per tutti i concessionari, anziché in misura proporzionale al fatturato, avrebbe aggravato tale situazione di svantaggio, ledendo ancor più profondamente i principi comunitari di proporzionalità e di non discriminazione, operando in danno delle sale con minori introiti, avvantaggiando le imprese con maggior fatturato e favorendo così la concentrazione dei titoli nel settore e la limitazione della concorrenza.

Tali argomentazioni sono state contestate dalla difesa dell’Agenzia del demanio e dei monopoli, che ha sottolineato come *“i dubbi sull’incompatibilità europea del regime di proroga (siano)... stati fugati dal TAR Lazio anche in relazione ad altri contenziosi afferenti la medesima fattispecie sulla base della considerazione che la proroga non è in sé finalizzata ad evitare l’espletamento della futura procedura competitiva, bensì a consentire ai concessionari di partecipare alla procedura di assegnazione delle concessioni senza soluzione di continuità ed in condizioni di parità”*.

Il divieto di trasferimento dei locali, l’onere di accettare la proroga tecnica per poter prendere parte alla nuova gara e l’aumento stesso dei canoni, valendo per tutti gli operatori, non avrebbero, poi, determinato alcuna disparità di trattamento, né alcuna violazione delle regole concorrenziali, mentre l’asserita insostenibilità degli aumenti sarebbe stata smentita dall’avvenuto versamento da parte della stessa appellante delle relative somme.

Il rinvio pregiudiziale

9. L’appellante ha, dunque, censurato con il primo motivo di appello la sentenza impugnata, chiedendo al Consiglio di Stato di sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni sull’interpretazione del diritto unionale e sulla possibile contrarietà della normativa nazionale alla direttiva 2014/23 e ai principi del TFUE. Con gli altri motivi di appello ha, invece, lamentato

l'omessa sottoposizione della disciplina del settore al vaglio della Corte costituzionale sotto alcuni ulteriori profili, non oggetto della ordinanza di rimessione adottata in primo grado.

Tra i due incidenti (rinvio alla Corte europea o sollevazione dell'incidente di costituzionalità), la Sezione ritiene prioritario il primo, per plurime considerazioni:

- a) la società appellante ha invocato la protezione di situazioni soggettive riconosciute in via diretta dal diritto dell'Unione ed ha dedotto la violazione di principi e norme del diritto primario e di quello secondario dell'Unione;
- b) la Corte di Giustizia detiene il monopolio interpretativo in ordine alla compatibilità delle norme interne ai singoli Stati membri, rispetto al diritto dell'Unione;
- c) non può utilmente invocarsi l'orientamento seguito dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 e n. 63 del 2019, in quanto nel caso all'esame non ricorre l'ipotesi della protezione di una situazione soggettiva tutelata in via esclusiva dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, perché anzi le questioni prospettate dalle parti involgono esclusivamente una questione di interpretazione del diritto dell'Unione rilevante ai sensi dell'art. 267 del TFUE;
- d) sul piano processuale, l'eventuale sollevazione dell'incidente di costituzionalità postula il positivo apprezzamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione.

Nella logica di un'eventuale ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, 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.

A questo proposito, la Sezione, nel mentre esclude di potere direttamente disapplicare la 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), nutre in effetti dei dubbi, come si illustrerà nel prosieguo, circa la 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).

Va comunque precisato che, ove si verifichi quest'ultima evenienza (a seguito della decisione della Corte di Giustizia), la Sezione si riserva espressamente 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 dalla parte appellante, 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.

e) Il giudice a quo è giudice di ultima istanza.

f) È di preminente rilievo il pronunciamento della Corte di Giustizia, perché la questione è rilevante e decisiva per la soluzione della lite; non è stata oggetto di interpretazione diretta da parte della Corte; si impone la corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione, anche ai fini della conformazione, *pro futuro*, dell'esercizio della discrezionalità da parte del legislatore interno.

Sul punto occorre anche segnalare che la richiesta di rinvio pregiudiziale avanzata dall'appellante appare riguardare profili diversi da quelli già esaminati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2021, concernenti i limiti del potere di modifica unilaterale delle concessioni in corso di rapporto da parte del legislatore nazionale in particolare alla luce degli artt. 3 e 43 della direttiva 2014/23, ove ritenuta applicabile, e gli effetti delle misure concretamente adottate sui diversi operatori del settore in termini di garanzia della concorrenza e di rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, libertà di circolazione e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 26, 49, 56 e 63 TFUE.

10. Laddove si ritenga che ai rapporti giuridici per cui è causa sia applicabile la 'Direttiva concessioni' n. 2014/23/UE, la Sezione dubita che siano compatibili con tale direttiva 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.

Vero è che, per il diritto dell'UE, la nozione stessa di "*concessione*" presuppone l'esistenza di un rischio operativo sostanziale 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, è accaduto che 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*". Pertanto, la modifica delle condizioni di equilibrio nella gestione delle concessioni non è avvenuta sulla base di

un evento del tutto imprevedibile e sottratto alla disponibilità delle parti, ma è intervenuto proprio sulla base delle scelte dello Stato-legislatore.

11. Nel caso, invece, si ritenga non applicabile al caso in esame – neppure in via di principio - la direttiva concessioni 2014/23/UE , la Sezione comunque dubita di analoga questione 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.

Anzitutto, 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, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, punti 38 e 39 e giurisprudenza ivi citata) (Corte di Giustizia, sentenza n. 721/2021).

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, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, punto 43 nonché giurisprudenza ivi citata) (Corte di Giustizia, sentenza n. 721/2021).

Nel caso in esame, la Sezione segnala che la ragione che ha indotto il legislatore fin dall'anno 2013 ad introdurre le succitate disposizioni (con l'introduzione del 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”* In tal senso la l. 147/2013, art. 1, co. 636).

La Sezione ritiene che, anche laddove questa ragione rilevasse quale motivo imperativo di interesse pubblico, 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, persiste, 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.

Infine, la Sezione 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.

12. Così esposte le principali problematiche poste dalla presente controversia e le posizioni assunte dalle parti, vertendosi in tema di interpretazione del diritto eurounitario, in presenza dei suddetti dubbi circa la compatibilità con quest'ultimo della disciplina nazionale applicata nella presente fattispecie, si ritiene, per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la complessità dei valori in gioco, di dover sottoporre 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”.

Adempimenti di Segreteria

13. Ai fini della più completa decisione della Corte di Giustizia - in ossequio alle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia

pregiudiziale (2019/C 380/01), relative alla presentazione di domande pregiudiziali - alla stessa deve essere trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, oltre a copia conforme all'originale della presente ordinanza, altresì copia dell'intero fascicolo di causa.

In particolare:

- l'invio della presente domanda di pronuncia pregiudiziale firmata (e degli altri documenti correlati a tale domanda) andrà effettuato a mezzo dell'applicazione *e-Curia* (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_78957/it/);
- una copia modificabile della presente domanda di pronuncia pregiudiziale (e degli altri documenti correlati a tale domanda) andranno trasmessi al seguente indirizzo: *DDP-GrefeCour@curia.europa.eu*.

Sospensione del giudizio

14. Nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione Europea, si rende necessario disporre, ai sensi dell'art. 79, comma 1, del cod. proc. amm., la sospensione del presente processo, riservando alla sentenza definitiva ogni pronuncia in rito, nel merito e sulle spese e sugli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

- a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione al punto 12;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la sospensione del presente giudizio;
- d) riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in rito, nel merito e sulle spese e gli onorari di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO