



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8570 del 2012, proposto da:

SOGNO DI TOLOSA LTD, PIETRO SEMINARA, SOC DS SAS DI MARCO ENZO & C, DI MARCO ENZO, CENTRO SERVIZI DI BARILLÀ MARCO, BARILLÀ MARCO, SOC ASSOK SNC DI RAMBALDI STEFANO E CASBARRA LUCA, RAMBALDI STEFANO, DG COMUNICAZIONI DI DI GIORNO GIANCARLO, DI GIORNO GIANCARLO, MARABOLI TAMARA (DITTA INDIVIDUALE), MARABOLI TAMARA, CAPIELLO ANDREA (DITTA INDIVIDUALE), CAPIELLO ANDREA, SOC DEPA SAS DI DELBERBA C (SOC DEPA SAS DI DELERBA C), DELERBA CRISTIAN, CAMPIONI LUCA (DITTA INDIVIDUALE), CAMPIONI LUCA, MILAZZO DANIO (DITTA INDIVIDUALE), MILAZZO DANIO, MENNA ANDREA (DITTA INDIVIDUALE), MENNA ANDREA, SCHIAVONE EMILIO (DITTA INDIVIDUALE), SCHIAVONE EMILIO, SPORTELO VIRTUALE PIETRA LIGURE (SV), SPORTELO VIRTUALE FOSSANO PIAZZA KENNEDY 31, CASALBONI SANDRO, BERTORA LORENA (DITTA INDIVIDUALE), BERTORA LORENA, SOC ANDROMEDA SNC DI NOVELLIS ALESSANDRO E STELLINI ROBERTO, NOVELLIS ALESSANDRO, SOC ESSE 8 DI SCIONTE STEFANO E C SAS, SCIONTE STEFANO, rappresentati e difesi dall'Avv. Mariateresa Parrelli, con domicilio eletto presso lo Studio dell'Avv. Michele Sterbini sito in Roma, Via Gualtiero Serafino, 8;

contro

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;
AAMS - AMMINISTRAZIONE AUTONOMA MONOPOLI DI STATO, AGENZIA DELLE DOGANE E DEI MONOPOLI, in persona dei rappresentanti legali pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

e con l'intervento di

ad opponendum:

GALASSIA GAME S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Mazzoli, con domicilio eletto presso lo Studio dell'Avv. Paolo Mazzoli sito in Roma, Viale Parioli, 44;

per l'annullamento

- del bando di gara pubblicato in G.U. in data 30.07.2012 n. 88 ivi inclusa la documentazione di gara, pubblicata sul sito www.aams.gov.it in data 31.07.2012;

- dell'art. 10 comma 9 octies del D.L. 02.03.2012 n. 16;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e/o altrimenti connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'AAMS - Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato e dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli;

Visto l'atto di intervento ad opponendum di Galassia Game S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il Consigliere Elena Stanizzi e uditi l'Avv. Mariateresa Parrelli per la parte ricorrente, l'Avv. dello Stato Amedeo Elefante per le Amministrazioni resistenti, e l'Avv. Paolo Mazzoli per la Galassia Game s.r.l., come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Illustrano le parti odierne ricorrenti le proprie modalità operative, rappresentando la titolarità, in capo alla società maltese Sogno di Tolosa Ltd, delle licenze di bookmaker per il gioco online, la quale opera in territorio italiano attraverso una rete di franchising realizzata mediante Sportelli Virtuali, gestiti da soggetti autonomi e indipendenti, che sottoscrivono un contratto di affiliazione commerciale, incaricati dalla società maltese della promozione e commercializzazione dei propri servizi in attuazione del principio di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del T.F.U.E.

Lo Sportello Virtuale svolge attività di internet point e di intermediazione telematica promuovendo un rapporto diretto tra il giocatore e la società di scommesse attraverso l'apertura di un conto gioco, sulla base di autorizzazione del Ministero delle Comunicazioni.

Il contratto di affiliazione commerciale è regolato dalla legge maltese e la conclusione dei contratti di scommessa tra il giocatore italiano e il bookmaker avviene a Malta, con conseguente assoggettamento alla disciplina maltese.

In ragione della differenza esistente tra lo Sportello Virtuale e le agenzie di scommesse – di cui alla contestata gara – precisano le ricorrenti di non intendere richiedere il rilascio delle concessioni di cui alla gravata selezione, non corrispondendo l'attività in concreto esercitata con la tipologia di attività di cui alla gara.

Sul presupposto della sussistenza di motivi per non partecipare alla selezione, in quanto la partecipazione sarebbe gravemente lesiva dei diritti di libertà imprenditoriale e di iniziativa economica, e la disciplina di gara sarebbe in contrasto con i principi costituzionali e comunitari, deduce parte ricorrente, a sostegno della proposta azione impugnatoria, i seguenti motivi di censura:

I) Violazione e falsa applicazione dell'istituto amministrativo della concessione – Violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 106 TFUE – Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 4, 41, 43, 97 e 117 della Costituzione anche in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 13, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 24 dello Schema di Atto di Convenzione per il rapporto di concessione per l'esercizio dei giochi pubblici ex art. 10, comma 9-octies della legge n. 44 del 2012 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 30 del D.Lgs. n. 163 del 2006 – Libertà di iniziativa economica e libertà di impresa – Insussistenza – Difetto di istruttoria – Difetto di motivazione – Eccesso di potere – Disparità di trattamento.

Solleva parte ricorrente critiche al sistema concessorio italiano cui è affidato lo svolgimento di attività di gioco e scommesse, il quale non troverebbe giustificazione e dovrebbe essere sostituito con altri strumenti non distorsivi del libero ingresso e della concorrenza nel mercato.

Nel rilevare come l'attività in materia di giochi e scommesse sia riservata al monopolio dello Stato, la cui gestione può essere affidata tramite concessione, lamenta parte ricorrente l'assenza di una disciplina organica che stabilisca a priori gli scopi e le finalità pubbliche che si intendono perseguire, con conseguente non conformità di tale disciplina, frammentaria e disorganica, con il principio di certezza del diritto.

Censura, in particolare, parte ricorrente, la fonte negoziale delle cause di decadenza, con conseguente disparità di trattamento, laddove, trattandosi di settore inciso dal perseguimento di interessi pubblici, la relativa disciplina dovrebbe essere dettata a livello primario.

Afferma parte ricorrente come all'istituto concessorio relativo a servizi di interesse transfrontaliero dovrebbero applicarsi i principi comunitari di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento e mutuo riconoscimento, lamentando la mancata indicazione degli scopi che legittimano l'apposizione di limiti a tali principi.

Nel lamentare parte ricorrente l'assenza di un progetto pubblico predefinito da realizzare, sostiene come il bando di selezione impugnato introduca clausole irragionevoli, sproporzionate ed inidonee al raggiungimento di fini pubblici.

I-2) – Sul numero limitato di n. 2.000 concessioni terrestri.

Muovendo dall'assunto che lo scopo di cui all'art. 10, comma 9-octies, del decreto legge n. 12 del 2012, di adeguamento delle regole nazionali ai principi stabiliti dalla sentenza della Corte di Giustizia 16 febbraio 2012 (c.d. sentenza Costa-Cifone) implichi l'intento di regolarizzare la posizione degli esercizi pubblici che operano in qualità di Centri Elaborazione Dati o Centri Trasmissione Dati in favore di bookmakers comunitari, lamenta parte ricorrente l'esiguità del numero di concessioni da affidare – stabilite in 2.000 – a fronte del numero di centri presenti in territorio italiano – superiore a 5.000 – denunciando inoltre come tale scopo sia stato frustrato dalla circostanza che le concessioni riguardano un'attività del tutto diversa da quelle dei Centri.

Le concessioni da affidare con la contestata gara non consentirebbero, quindi, la prosecuzione dell'attività svolta dai ricorrenti attraverso lo Sportello Virtuale, ed in ciò risiederebbe la volontà di non partecipare alla selezione.

Sottolinea parte ricorrente la legittimità dell'attività svolta in Italia, inidonea a creare problemi di ordine pubblico.

Andrebbe disapplicata, secondo parte ricorrente, la disposizione dettata dall'art. 88 TULPS, laddove subordina il rilascio della licenza di polizia alla titolarità della concessione, così impedendo alle ricorrenti di ottenere tale licenza in quanto prive del titolo concessorio in contrasto con il diritto comunitario.

Nel ricordare come la Corte di Giustizia abbia verificato la non compatibilità della disciplina italiana con il diritto comunitario – censurando le gare del 1999 nella parte in cui escludevano le società di capitali e le gare c.d. Bersani nella parte in cui prescrivevano distanze minime tra i concessionari e stabilivano le cause di decadenza dalla concessione – afferma parte ricorrente il carattere discriminatorio di tutto il sistema concessorio, affermando come la libera concorrenza e l'apertura del mercato avrebbero richiesto di disporre la previa revoca di tutte le concessioni esistenti.

I-3) – Sulla durata e sul corrispettivo della concessione.

Nell'evidenziare parte ricorrente come la durata delle concessioni da affidare, fissata in 40 mesi, sia funzionale all'allineamento delle concessioni storiche, in scadenza al 2012, con quelle da concedere ai sensi della nuova selezione, afferma come l'istituto della concessione non abbia ragione di esistere stante l'assenza dei suoi requisiti essenziali.

Al riguardo, evidenzia come le ingenti somme da sostenere a titolo di corrispettivo della gestione della concessione siano prestate unicamente a garanzia del rapporto concessorio tra l'impresa e lo Stato italiano, anziché a tutela del consumatore, il che rende non opportuna la partecipazione delle ricorrenti alla selezione stante l'impossibilità di conseguire un utile.

I-4) – Sulla mancanza di libertà di impresa e di autonomia gestionale ed organizzativa.

Afferma parte ricorrente che assumendosi il concessionario il rischio di gestione e sostenendo ingenti oneri economici, allo stesso dovrebbe essere riconosciuta l'autonomia gestionale del servizio, nonché l'indipendenza finanziaria e tecnico-organizzativa al fine di poter conseguire utili dalla gestione della concessione, laddove la disciplina di gara rende antieconomica la partecipazione alla selezione non consentendo di conseguire un risultato economico positivo.

Procede, quindi, parte ricorrente, all'analisi dei costi relativi alla partecipazione ed alla gestione della concessione, come desumibile dagli atti di gara, sulla cui base afferma l'impossibilità di ottenere un risultato economico positivo.

Affermano le ricorrenti di voler ottenere il riconoscimento della loro legittima libera scelta di non partecipare alla gara ritenendo le clausole e le condizioni dettate dalla lex specialis ostative alla gestione redditizia di impresa, avuto particolare riguardo al prezzo della concessione ed alla sua durata, la quale ultima non consentirebbe di ammortizzare gli investimenti, laddove i concessionari storici hanno già ampiamente ammortizzato l'investimento iniziale effettuato.

Al riguardo, evidenzia parte ricorrente come le modalità operative delle concessioni messe a gara richiederebbero l'assunzione di personale e le giocate al banco comporterebbero una riduzione della raccolta telematica, con conseguente perdita di ricavi.

Denuncia quindi parte ricorrente l'illegittimità degli art. 2 e 13 dello Schema di Convenzione laddove vietano la raccolta di giochi in luoghi diversi e con modalità diverse da quelle di cui alla concessione.

Rappresenta parte ricorrente come ai vecchi concessionari, divenuti tali in base ad una gara illegittima, sia stata riconosciuta la possibilità della raccolta di gioco anche on line per effetto del D.M. n. 156 del 2001, con conseguente discriminazione nei confronti dei nuovi entranti, per i quali è offerta unicamente la possibilità di effettuare la raccolta fisica dei giochi, con esclusione di quella a distanza, contestando la normativa sulla raccolta a distanza dettata dalla legge comunitaria n. 88 del 2009 e le relative procedure di affidamento delle concessioni.

Evidenzia parte ricorrente l'insussistenza dell'interesse ad acquistare il titolo concessorio per la raccolta a distanza – la quale comporterebbe il dover rinunciare all'esercizio del servizio transfrontaliero – e l'intervenuto decorso del termine per ottenerne l'aggiudicazione, scaduto al 31 dicembre 2011.

Lamenta, inoltre, parte ricorrente, l'assenza per un concessionario italiano di libertà di palinsesto, con compressione della libertà ed autonomia gestionale dei concessionari, predisponendo l'AAMS un unico regolamento uguale per tutti gli operatori del settore.

Qualora acquisisse il titolo concessorio, la ricorrente dovrebbe rinunciare ad alcuni servizi di scommesse 'live' stante la non compatibilità tra il proprio partner informatico e la Sogei, di cui si avvale AAMS.

Contesta, inoltre, parte ricorrente la fissazione della giocata minima in € 2,00, che, unitamente al non riconoscimento della libertà di palinsesto, non troverebbe alcuna giustificazione in fini di interesse pubblico.

Secondo parte ricorrente non sarebbe salvaguardato il principio della separazione tra le funzioni di regolazione, di controllo, di vigilanza e di indirizzo e le funzioni di gestione della concessione, ingerendosi l'Amministrazione, senza assumersi alcun rischio ed alcuna responsabilità verso terzi, nella gestione economica ed imponendo una serie di gravosi obblighi, quali la comunicazione preventiva delle iniziative e delle campagne pubblicitarie, la necessità di autorizzazione preventiva per tutte le operazioni economiche e finanziarie, per le trasformazioni incidenti sulla società (artt. 5, 9 e 10 dello Schema di Convenzione), laddove dovrebbe solo effettuare un controllo esterno sui risultati della gestione.

Né le limitazioni imposte alla libertà di impresa e di libera prestazione di servizi appaiono giustificate o

proporzionate rispetto al perseguimento di obiettivi di interesse pubblicistico, chiedendo parte ricorrente la declaratoria di illegittimità delle corrispondenti clausole.

Precisa parte ricorrente come nell'ambito dell'ordinamento maltese venga effettuata una corretta gestione del rischio, affermando come il sistema concessorio italiano non abbia più ragione di esistere in quanto privo delle sue caratteristiche essenziali, ovvero l'oggetto di servizio pubblico, la finalità pubblica e la libertà ed autonomia gestionale.

II) Nullità e illegittimità degli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 13, 15, 17, 18, 22, 23, 24 dello Schema di Atto di Convenzione per il rapporto di concessione per l'esercizio di giochi pubblici ex art. 10, comma 9-octies, della legge n. 44 del 2012 – Violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento – Difetto di motivazione – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Violazione e falsa applicazione degli artt. 14, 49, 56 e 106 TFUE – Violazione e falsa applicazione della certezza del diritto, del principio di ragionevolezza, proporzionalità, idoneità e adeguatezza – Violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 25 e 27 della Costituzione.

II – 1) Lamenta parte ricorrente come le clausole contenute nell'art. 23 dello Schema di Concessione contrastino con la libertà di iniziativa economica e con il diritto al lavoro.

In particolare, la prevista possibilità di revoca della concessione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario costituirebbe un'ingiustificata ed irrazionale ingerenza dello Stato nella gestione del servizio offerto in concessione da parte di privati, il quale si troverebbe ad investire ingenti somme senza conoscere in anticipo la disciplina applicabile al rapporto, essendo la revoca ricondotta ad una non specificata nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

II – 2) Analoga censura di indeterminatezza solleva parte ricorrente avverso la previsione, contenuta anch'essa nell'art. 23 dello Schema di Convenzione, relativa alla decadenza dalla concessione, connessa al mero rinvio a giudizio per un reato ritenuto da AAMS tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario, in quanto connessa ad una valutazione discrezionale ed arbitraria dell'Amministrazione anziché dell'Autorità giudiziaria, dalla quale discende l'incameramento delle garanzie, lamentando come la formulazione di tale causa di decadenza sia sostanzialmente analoga a quella riferita alle gare c.d. Bersani, giudicata in contrasto con il diritto dell'Unione, prevedendo altresì l'esclusione da rimborsi, indennizzi o risarcimento nel caso in cui nessuna sanzione venga applicata..

Nel precisare parte ricorrente che a carico di taluni titolari dei centri affiliati pendono procedimenti penali per il reato di cui all'art. 4 della legge n. 401 del 1989, deduce l'illegittimità dell'art. 23 dello Schema di Convenzione affermando che la decadenza potrebbe essere dichiarata solo a seguito di sentenza definitiva di condanna.

Nell'illustrare la previsione di cui all'art. 23, comma 2, dello Schema di Convenzione, riferita alla preclusione alla partecipazione alla selezione ai soggetti condannati o imputati per il reato di cui all'art. 416 c.p., evidenzia parte ricorrente come nei confronti del proprio Direttore Commerciale sia iscritto un procedimento penale per il reato di cui all'art. 416 c.p., nonché altro procedimento per il reato di cui all'art. 4 della legge n. 401 del 1989, il che potrebbe rappresentare un'ipotesi di revoca o di decadenza dalla concessione, determinando la mancata partecipazione alla selezione.

III) Nullità o illegittimità dell'art. 3 delle Regole Amministrative – Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, 10, 11, 15, 41 e 43 della Costituzione e degli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea anche in relazione all'art. 88 TULPS e all'art. 1 e ss. del D.Lgs. n. 496 del 1948 – Violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità di non discriminazione, di equivalenza e di effettività, del principio del legittimo affidamento, nonché del principio di leale collaborazione – Travisamento dei fatti – Disparità di trattamento.

III-1) Nel riferire parte ricorrente come ai sensi dell'art. 3 delle Regole Amministrative sono ammessi alla selezione

gli operatori di gioco che effettuano la raccolta di gioco in Italia o in uno degli Stati dello Spazio economico europeo sulla base di un valido ed efficace titolo abilitativo rilasciato secondo le disposizioni vigenti in tale Stato, afferma che tale titolo, in quanto idoneo ai fini della partecipazione alla selezione dovrebbe essere anche sufficiente per l'esercizio del servizio transfrontaliero di intermediazione, in virtù dei principi comunitari di mutua fiducia e di leale cooperazione, non potendo il servizio transfrontaliero essere sottoposto a concessione italiana.

Ne discenderebbe che alla società ricorrente Sogno di Tolosa, in quanto titolare di un valido titolo per esercitare l'attività di scommesse, dovrebbe essere rilasciata la licenza di polizia di cui all'art. 88 TULPS.

III-2) Sostiene parte ricorrente come la limitazione del numero di concessioni che possono essere assegnate in Italia per l'attività di intermediazione della raccolta a distanza di scommesse su eventi sportivi costituisca un ingiustificato ostacolo alle libertà di prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento, in quanto rispondente a meri fini di natura fiscale e di protezione degli interessi dei concessionari.

Rileva al riguardo come il numero complessivo di concessioni per la raccolta di scommesse sportive sia fortemente aumentato negli ultimi anni, a dimostrazione della insussistenza di finalità di ordine pubblico di prevenzione e di lotta alla criminalità, come peraltro dimostrato dalla nuova disciplina della raccolta di scommesse a distanza dettata dalla legge n. 88 del 2009.

Se dunque la restrizione del numero dei concessionari non è più ritenuta dal Legislatore misura idonea e proporzionata rispetto all'obiettivo di lotta alla frode ed alla criminalità per quel che riguarda il canale a distanza, a maggior ragione tale restrizione non può essere ritenuta adeguata per il perseguimento di tali obiettivi con riferimento al canale della raccolta di scommesse mediante intermediari quali i CED, che offrono maggiori garanzie rispetto alle scommesse a distanza.

III-3) Sostiene parte ricorrente come l'ordinamento giuridico italiano contenga delle ingiustificate e sproporzionate restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera circolazione di servizi non essendo specificato l'obiettivo superiore pubblico da tutelare, non essendo dimostrata l'idoneità della disciplina repressiva rispetto al fine sociale prefissato né la sua proporzionalità.

Sarebbe conseguentemente leso il principio di legalità e dovrebbero trovare efficacia vincolante e supremazia diretta le previsioni del Trattato.

IV) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, 10, 11, 15, 23, 41, 43 e 53 della Costituzione e degli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea anche in relazione all'art. 88 TULPS e all'art. 1 e ss. del D.Lgs. n. 496 del 1948 – Travisamento dei fatti – Disparità di trattamento – Violazione del principio di mutuo riconoscimento – Natura dell'ordine pubblico quale limite alla diretta applicazione interna del diritto comunitario – Insussistenza – Violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità.

IV – 1) Il sistema chiuso vigente nell'ordinamento italiano contrasta con il principio della libertà di iniziativa economica, affermando al riguardo parte ricorrente come il sistema concessorio italiano sia destinato a scomparire alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e della crescente influenza dei principi comunitari, dovendo il legislatore provvedere a sostituire il regime concessorio con quello autorizzatorio aprendo il mercato alla libera concorrenza.

Né la nazionalizzazione del settore dei giochi e delle scommesse potrebbe essere ricondotta all'art. 43 della Costituzione, stante l'assenza dei requisiti ivi previsti, venendo in rilievo un monopolio meramente fiscale, soggetto agli artt. 23 e 53 della Costituzione, i quali però consentono solo l'imposizione di prestazioni positive e non di divieti.

Lamenta inoltre parte ricorrente come non venga rispettato l'obbligo di affidare a norme primarie la regolazione del settore.

IV- 2) Afferma parte ricorrente che nonostante le restrizioni introdotte dalla normativa italiana, ha deciso di sottoporsi al vaglio dell'autorità di pubblica sicurezza inoltrando, in data 20 settembre 2012, missiva al Ministero dell'Interno, al Ministero delle Finanze e all'AAMS al fine di manifestare l'intendimento ad esercitare la propria attività imprenditoriale attraverso i CED, senza tuttavia ricevere alcuna risposta.

Sostiene come la propria attività sia conforme con le ragioni di ordine pubblico e di tutela del consumatore in quanto rispettosa della legge maltese, garantisce la pubblicazione di tutta la documentazione, ha al proprio interno un ufficio anti frodi telematiche.

Afferma, inoltre, parte ricorrente l'obbligo per lo Stato italiano di rispettare il principio di mutuo riconoscimento dei titoli e dei controlli effettuati da altri Stati membri, insistendo per il riconoscimento dell'esercizio transfrontaliero dell'attività di bookmaker e della legittimità di tale attività, chiedendo, genericamente, il risarcimento del danno, nonché la disapplicazione della censurata regolamentazione, la rimessione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE, nonché la sottoposizione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale di tale regolamentazione in relazione agli artt. 3, 4, 10, 11, 13, 15, 23, 25, 41, 43 e 53 della Costituzione.

Si sono costituite in resistenza le intime Amministrazioni eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo le società ricorrenti presentato domanda di partecipazione alla gara.

Nel merito del ricorso, ne sostiene parte resistente, con articolate controdeduzioni e sulla base della compiuta ricognizione del quadro di riferimento, l'infondatezza, con richiesta di corrispondente pronuncia.

Ha spiegato intervento ad opponendum la GALASSIA GAME S.r.l., anch'essa eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e sostenendone nel merito l'infondatezza.

Con memorie successivamente depositate tutte la parti del giudizio hanno controdedotto a quanto ex adverso sostenuto, insistendo nelle proprie richieste e ulteriormente argomentando.

Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2013 la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti presenti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1 - Con il ricorso in esame è proposta azione impugnatoria avverso i provvedimenti – meglio descritti in epigrafe nei loro estremi – inerenti la procedura di gara per l'affidamento in concessione di 2.000 diritti per l'esercizio congiunto dei giochi pubblici attraverso l'attivazione della rete fisica di negozi di gioco e la relativa conduzione, indetta ai sensi dell'art. 10, comma 9-octies, del decreto legge 2 marzo 2012 n. 16, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 2012 n. 44.

L'impianto ricorsuale, come delineato dalle censure proposte, si snoda attraverso la contestazione in radice del sistema concessorio italiano nel settore dei giochi e delle scommesse e l'affermazione della necessità della sua sostituzione con un regime idoneo ad aprire il mercato alla concorrenza – con riflessioni invero non sempre pertinenti rispetto all'oggetto del giudizio – lamentando la disorganicità della relativa regolamentazione, impropriamente dettata da fonti secondarie in violazione della riserva di legge.

Contestano, inoltre, le parti ricorrenti le singole previsioni contenute nella disciplina di gara, avuto particolare riguardo al numero dei diritti da affidare, alla prevista durata delle concessioni, agli obblighi ed oneri ricadenti sui nuovi concessionari ed alle previste cause di revoca e di decadenza dal rapporto, chiedendone l'annullamento, o la disapplicazione, o la rimessione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE, o la sottoposizione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale della contestata regolamentazione in relazione agli artt. 3, 4, 10, 11, 13, 15, 23, 25, 41, 43 e 53 della Costituzione.

Precisano le ricorrenti di non intendere richiedere il rilascio delle concessioni di cui alla gravata selezione in

quanto riferite a modalità di esercizio dell'attività di gioco, attraverso agenzie di scommesse, diverse da quelle con cui operano in Italia, ovvero attraverso Sportelli Virtuali appartenenti ad una rete di franchising, gestiti da soggetti autonomi e indipendenti, che sottoscrivono un contratto di affiliazione commerciale, incaricati dalla società Sogno di Tolosa Ltd, di diritto maltese, della promozione e commercializzazione dei propri servizi, sostenendo come la partecipazione alla gara sarebbe gravemente lesiva dei diritti di libertà imprenditoriale e di iniziativa economica, e la disciplina di gara sarebbe in contrasto con i principi costituzionali e comunitari variamente illustrati.

Precisano al riguardo come le concessioni messe a gara non consentirebbero la prosecuzione delle attività poste in essere dagli Sportelli Virtuali nelle loro concrete modalità operative e, nell'affermare la piena legittimità di tale modus operandi, lamentano il carattere antieconomico della partecipazione alla gara – dovendo rinunciare alla raccolta telematica per limitarsi a quella terrestre - chiedendo il riconoscimento della loro libera scelta a non partecipare nonché il riconoscimento della legittimità dell'esercizio transfrontaliero delle attività di bookmaker della società Sogno di Tolosa.

2 - Così, in estrema sintesi, descritto l'oggetto della controversia in esame, giova rilevare come la vicenda contenziosa si iscrive in un più complessivo e complesso contesto di riferimento storicamente caratterizzato dall'evoluzione della disciplina normativa in materia di giochi e scommesse e dall'intervento di pronunce della Corte di Giustizia CE che ha vagliato la compatibilità con il Trattato CE della disciplina nazionale in materia di concessioni dell'esercizio delle attività inerenti il gioco e le scommesse e delle procedure di affidamento di concessioni per l'esercizio dei giochi.

Ai fini del corretto inquadramento della vicenda e di una compiuta comprensione delle questioni sottoposte al vaglio del Collegio, che involgono profili di compatibilità dell'ordinamento nazionale in materia di giochi e scommesse con quello comunitario, nonché di conformità della regolamentazione della nuova gara alle statuizioni della Corte di Giustizia, formanti parte integrante del sistema delle fonti, non può prescindere da una breve ricognizione del complessivo quadro di riferimento attraverso l'illustrazione della portata delle decisioni della Corte di Giustizia come riferite al contesto normativo e regolatorio precedentemente vigente, al fine di verificare, sulla base dell'esame, alla luce dei richiamati principi comunitari, della contestata regolazione che disciplina la gara cui ineriscono gli atti impugnati, la fondatezza degli assunti ricorsuali, da cui trarre altresì – per come si andrà ad illustrare – elementi indispensabili all'indagine in ordine alla sussistenza, in capo alle parti ricorrenti, della legittimazione ad agire.

Tale disamina deve essere coordinata con taluni cenni descrittivi dei tratti caratteristici della società Sogno di Tolosa e delle modalità di operatività in Italia, la cui valutazione in termini di liceità, legittimità e conformità ai principi del diritto dell'Unione, per quanto di interesse ai fini del decidere (avuto particolare riguardo alla dedotta applicabilità delle previste cause di decadenza che, nel rendere in astratto non utile la partecipazione alla gara a fronte della necessità di rinunciare alla proprie attività transfrontaliere, potrebbe in ipotesi radicare l'interesse all'immediata impugnazione della *lex specialis* pur in mancanza della presentazione della domanda di partecipazione), trova nella giurisprudenza comunitaria e in quella nazionale, sia amministrativa che penale, imprescindibili coordinate di riferimento.

In tale prospettiva, giova evidenziare che la società ricorrente Sogno di Tolosa LTD, di nazionalità maltese, è titolare delle licenze di bookmaker per il gioco online rilasciate nel Paese di appartenenza ed opera in territorio italiano attraverso una rete di franchising realizzata mediante Sportelli Virtuali, gestiti da soggetti autonomi e indipendenti, legati alla società maltese da contratti di affiliazione commerciale regolati dalla legge maltese, che svolgono attività di internet point e di intermediazione telematica promuovendo un rapporto diretto tra il giocatore e la società di scommesse attraverso l'apertura di un conto gioco, sulla base di autorizzazione del Ministero delle

Comunicazioni, in attuazione del principio di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del T.F.U.E.

L'attività transfrontaliera viene esercitata in Italia, attraverso i titolari degli Sportelli Virtuali o Centri Elaborazioni Dati, senza alcun titolo concessorio e senza l'autorizzazione di Polizia, il cui rilascio, ai sensi dell'art. 88 del Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza di cui al Regio Decreto 18 giugno 1931 n. 773, presuppone la titolarità di una concessione, prevedendo tale articolo che "La licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione. Lo svolgimento abusivo di attività di organizzazione del gioco o di raccolta di scommesse che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario, è punito con la reclusione fino a tre anni dall'art. 4 della legge n. 401 del 1989".

Previsione che va coordinata con quanto stabilito dall'art. 1 del D.Lgt n. 496 del 1948, il quale prevede che l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, siano riservati allo Stato.

A fini di chiarezza e completezza espositiva, giova rilevare che sulla base della normativa vigente, in particolare dell'art. 2, commi 2 bis e 2 ter, del decreto legge n. 40 del 2010, convertito nella legge n. 73 del 2010, il gioco con vincita in denaro può essere raccolto dai soggetti titolari di valida concessione rilasciata dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato esclusivamente nelle sedi e con le modalità previste dalla relativa convenzione di concessione, con esclusione di qualsiasi altra sede, modalità o apparecchiatura che ne permetta la partecipazione telematica.

Con disposizione interpretativa e quindi retroattiva, tale previsione ha altresì stabilito che il citato art. 88 del TULPS si interpreta nel senso che la licenza ivi prevista, ove rilasciata per esercizi commerciali nei quali si svolge l'esercizio e la raccolta di giochi pubblici con vincita in denaro, è da intendersi efficace solo a seguito del rilascio ai titolari dei medesimi esercizi di apposita concessione per l'esercizio e la raccolta di tali giochi.

Ne consegue la necessità della compresenza sia della concessione che dell'autorizzazione di Polizia a prescindere dalla distinzione tra soggetti delegati e titolari, nonché tra l'utilizzo di sistemi telematici o altri, anche con riferimento a soggetti che esercitano l'attività di gioco e di scommesse agendo per conto di una società comunitaria.

L'attribuzione delle concessioni per l'organizzazione di scommesse su eventi sportivi è stata gestita, fino al 2002, dal Comitato olimpico nazionale italiano (il CONI) e dall'Unione nazionale per l'incremento delle razze equine (l'UNIRE), abilitati ad organizzare le scommesse correlate a manifestazioni sportive organizzate o svolte sotto il loro controllo.

Nel 2002 le competenze del CONI e dell'UNIRE in materia di scommesse su eventi sportivi sono state trasferite, in seguito ad una serie di interventi legislativi, all'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato che agisce sotto il controllo del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Con il decreto legge n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani), convertito nella legge n. 248 del 2006, è stata demandata all'adozione di decreti ministeriali la disciplina della raccolta del gioco su eventi diversi dalle corse dei cavalli, prevedendosi l'ammissione a tale attività degli operatori che esercitano la raccolta di gioco presso uno Stato membro dell'Unione europea, degli operatori di Stati membri dell'Associazione europea per il libero scambio e anche degli operatori di altri Stati.

Da ultimo, con previsione in attuazione della quale è stata indetta la gara cui la presente controversia si riferisce, è

intervenuto l'art. 10, comma 8-octies, del decreto legge n. 16 del 2012, il quale introduce, nelle more di un riordino delle norme in materia di gioco pubblico, una disciplina volta a favorire tale riordino attraverso, innanzitutto, un primo allineamento temporale delle scadenze delle concessioni aventi ad oggetto la raccolta delle scommesse, e con contestuale adeguamento delle regole nazionali di selezione dei soggetti che, per conto dello Stato, raccolgono scommesse ai principi stabiliti dalla sentenza della Corte di Giustizia 16 febbraio 2012, Cause riunite C- 72/10 e C- 77/10, Costa-Cifone, prevedendo, in considerazione della scadenza di un gruppo di concessioni per la raccolta delle scommesse, l'indizione di una gara per la selezione dei soggetti che raccolgono le scommesse aperta a tutti i soggetti che già esercitano attività di raccolta di gioco in uno degli Stati dello Spazio economico europeo, stabilendo il numero di diritti da concedere, il relativo prezzo e la durata delle concessioni, nonché i criteri per il loro affidamento.

Poste tali premesse in ordine al modus operandi delle ricorrenti ed al quadro normativo di riferimento, la circostanza dell'esercizio, da parte dei ricorrenti, in territorio italiano, di attività di raccolta di gioco e scommesse attraverso gli Sportelli Virtuali senza concessione e senza autorizzazione, va riguardata alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia che hanno dichiarato contrastante con i principi del Trattato la regolamentazione italiana succedutasi nel tempo in materia di concessioni per la raccolta di giochi e scommesse.

In tale direzione ed in via di estrema sintesi – rinviandone al prosieguo il più approfondito esame laddove, e nei limiti in cui, si riveli necessario ai fini del decidere sulle questioni sottoposte all'attenzione del Collegio – va rilevato che con la sentenza n. 243 del 6 novembre 2003 (c.d. Gambelli) la Corte di Giustizia, con riferimento alle concessioni rilasciate nel 1999 (c.d. concessioni CONI), nel rilevare come l'assenza di operatori stranieri tra i concessionari del settore delle scommesse relative ad eventi sportivi in Italia fosse dovuta alla circostanza che la normativa italiana in materia di bandi di gara escludesse, in pratica, che le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri potessero ottenere concessioni, ha ritenuto che tale normativa costituisse una restrizione alla libertà di stabilimento, affermando altresì che “Una normativa nazionale contenente divieti - penalmente sanzionati - di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE”.

Con la sentenza 6 marzo 2007, n. 338, Cause riunite C-338/04 e C-360/07 (c.d. sentenza Placanica), la Corte di Giustizia ha esaminato la compatibilità della normativa italiana con i principi del Trattato, affermando che una normativa nazionale che vieti l'esercizio di attività di raccolta, di accettazione, di registrazione e di trasmissione di proposte di scommesse, in particolare sugli eventi sportivi, in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia rilasciate dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione dei servizi previste rispettivamente agli artt. 43 CE e 49 CE, sostenendo tuttavia la possibilità che la normativa nazionale introduca restrizioni alla libera prestazione di servizi in considerazione di specifici obiettivi da perseguire – quali la lotta contro la criminalità e la canalizzazione delle attività dei giochi di azzardo nei circuiti controllati – i quali consentono l'assoggettamento ad un controllo di coloro che operano attivamente in tale settore, spettando ai giudici nazionali verificare se la normativa nazionale risponda realmente all'obiettivo mirante a prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti.

Nel ribadire, inoltre, la Corte, la non conformità ai principi del Trattato di una normativa nazionale che esclude dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati, afferma altresì, con riferimento alle previste sanzioni penali, la contrarietà con gli artt. 43 e 49 CE di una normativa nazionale che impone una sanzione penale a soggetti che hanno esercitato un'attività

organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non abbiano potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro.

Con sentenza del 16 febbraio 2012 adottata sulle Cause riunite C-72/10 e C-77/10, c.d. Costa-Cifone, la Corte di Giustizia – chiamata a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali relative alla normativa italiana come delineata dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani) - ha rilevato la contrarietà al diritto dell'Unione della normativa nazionale che, nel tentare di rimediare all'esclusione di una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica in violazione del diritto dell'Unione, metta a concorso un numero rilevante di nuove concessioni proteggendo le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti attraverso la previsione della necessità di distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti.

Ha ribadito, altresì, la Corte, analogamente a quanto affermato nella sentenza Placanica, che gli articoli 43 CE e 49 CE precludono l'applicabilità di sanzioni per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate ad un operatore che sia stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara destinata a rimediare a tale violazione, qualora quest'ultima gara e la conseguente attribuzione di nuove concessioni non abbiano effettivamente rimediato all'illegittima esclusione di detto operatore dalla precedente gara.

Nella pronuncia in esame, la Corte si occupa altresì del vaglio di conformità al diritto dell'Unione delle norme contemplanti la decadenza di concessioni rilasciate al termine della gara, giungendo a ritenere che le cause di decadenza debbano essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco, in modo da non creare incertezza quanto all'obiettivo ed agli effetti delle relative previsioni.

3 - Poste tali brevi notazioni, senza pretesa di completezza, che sono funzionali a delineare il complessivo quadro in cui la presente vicenda contenziosa si iscrive, il Collegio è chiamato, nella gradata elaborazione logica delle questioni sottoposte al suo vaglio, a preliminarmente verificare l'ammissibilità del ricorso avuto riguardo alla sussistenza, in capo alle parti ricorrenti, della legittimazione attiva, contestata sia da parte resistente e dall'interventore ad opponendum.

La necessità di procedere alla verifica della sussistenza di tale condizione dell'azione, avuto specifico riguardo alla ricorrenza di una posizione di interesse qualificato e differenziato all'impugnativa, discende dalla circostanza della mancata presentazione, da parte della società Sogno di Tolosa Ltd, della domanda di partecipazione alla contestata procedura selettiva per l'affidamento delle concessioni di cui trattasi.

Ai fini della delibazione in ordine a tale questione occorre innanzitutto prendere in esame la prospettazione che parte ricorrente offre con riferimento alla propria posizione di interesse ed alle ragioni della mancata presentazione della domanda di partecipazione alla selezione.

Nell'atto introduttivo del giudizio parte ricorrente riferisce, come già dianzi accennato, di non intendere richiedere il rilascio delle concessioni di cui alla gravata selezione in quanto riferite a modalità di esercizio dell'attività di gioco, attraverso agenzie di scommesse, diverse da quelle con cui opera in Italia, rivelandosi la partecipazione alla gara gravemente lesiva dei diritti di libertà imprenditoriale e di iniziativa economica, non consentendo le concessioni messe a gara la prosecuzione delle attività poste in essere dagli Sportelli Virtuali nelle loro concrete modalità operative, con conseguente carattere antieconomico della partecipazione alla gara per dover rinunciare alla raccolta telematica limitandosi a quella terrestre.

Con successiva memoria parte ricorrente – nell'affermare di possedere i requisiti di partecipazione alla selezione,

che l'Avvocatura dello Stato ha posto in discussione – invoca la sentenza Costa-Cifone ai sensi della quale non potrebbe addebitarsi ad un operatore la rinuncia a partecipare alla selezione per l'attribuzione di concessioni in assenza di sicurezza sul piano giuridico e fintanto che permane incertezza in ordine alla conformità del suo *modus operandi* alle disposizioni della convenzione da sottoscrivere.

Afferma, inoltre, parte ricorrente, la legittimazione attiva dei titolari dei Centri affiliati alla società Sogno di Tolosa Ltd in quanto la mancanza del titolo concessorio in capo a quest'ultima sarebbe preclusiva alla possibilità per costoro di conseguire la licenza di polizia di cui all'art. 88 TULPS.

Tanto puntualizzato, la verifica della legittimazione all'impugnazione in capo all'odierna parte ricorrente, alla stregua della posizione sostanziale dalla stessa rivestita con riferimento alla procedura cui i gravati atti si riferiscono, va condotta sulla base del regime di impugnabilità del bando di gara e degli atti ad esso collegati, tematica che accede a quella più generale relativa all'interesse al ricorso nei casi di impugnazione di atti generali.

Al riguardo, senza eccessive indulgenze per esigenze di completezza ed organicità ricostruttiva, giova ricordare che sulla base degli approdi giurisprudenziali intervenuti nel tempo con riferimento all'interesse al ricorso nei casi di impugnazione degli atti generali, al principio generale secondo cui i bandi, i disciplinari, i capitolati speciali di gara e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato, deve affiancarsi il riconoscimento della immediata impugnabilità dei bandi di gara senza la preventiva presentazione della domanda di partecipazione alla procedura nei casi in cui gli stessi siano idonei a generare una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dell'interessato in quanto contengano clausole c.d. "escludenti", ovvero correlate all'illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione la cui mancanza inibisce o rende vana la partecipazione alla procedura.

Sulla base della casistica affrontata dalla giurisprudenza amministrativa possono enuclearsi le diverse ipotesi che consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis*, riconducibili alle previsioni che rendono la partecipazione difficoltosa o impossibile; alle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedono abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; alle condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; all'imposizione di obblighi *contra ius* (quale la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto); alle gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero di metodi di valutazione delle offerte del tutto errati; alla mancata indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso.

Trattasi di ipotesi tipizzate a livello giurisprudenziale che si coordinano in modo coerente e corretto con la nozione di interesse al ricorso, come connesso all'utilità concreta che la sentenza favorevole può recare alla posizione giuridica soggettiva di cui si afferma la lesione, così ancorandosi il profilo processuale della legittimazione ad agire alla situazione giuridica soggettiva sostanziale, che si traduce nella necessaria corrispondenza tra la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, di cui si chiede tutela dinanzi al giudice, e quella di cui il ricorrente afferma essere titolare.

La concretezza propria dell'interesse a ricorrere esige, infatti, che la sua verifica debba essere effettuata con riferimento alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal provvedimento che si chiede di annullare.

Per tale ragione, laddove gli atti di gara rechino delle condizioni di partecipazione immediatamente lesive della posizione soggettiva degli aspiranti in quanto aventi carattere escludente, dalla mancata presentazione della domanda di partecipazione ad una gara non discende l'inammissibilità dell'impugnazione proposta avverso i relativi atti.

Nell'ambito di tale filone interpretativo – cui si affiancano, invero, diversi orientamenti minoritari in base ai quali, sulla scorta di un'impostazione rigorosa ed eccessivamente formalistica, anche in presenza di clausole escludenti occorrerebbe ugualmente la domanda di partecipazione al fine di differenziare e qualificare l'interesse giuridico azionato con il ricorso – è stata ritenuta la sussistenza dell'interesse all'impugnazione del bando di gara, pur in assenza di domanda di partecipazione alla stessa, nelle ipotesi in cui l'interesse dedotto in giudizio non sia quello volto a conseguire l'aggiudicazione secondo le regole della *lex specialis* ritenute illegittime, ma quello strumentale alla integrale rinnovazione della gara, non potendosi far derivare la carenza di interesse dalla sola mancata presentazione dell'offerta ove la situazione versata in giudizio non sia in condizione di far conseguire l'aggiudicazione secondo le regole del bando, ritenute illegittime e tali da non consentire la formulazione dell'offerta, ma quello all'annullamento della gara e alla integrale rinnovazione secondo altre regole, il che si verifica allorquando dall'effetto demolitorio della sentenza di accoglimento del ricorso discenda la necessità di rinnovare la gara sin dalla definizione dei profili soggettivi ed oggettivi dell'offerta.

A meri fini ricostruttivi, giova, inoltre, evidenziare che la linea evolutiva che si sta delineando a livello giurisprudenziale, soprattutto attraverso ordinanze del Consiglio di Stato di rimessione alla Plenaria, tende a valorizzare l'elemento relativo all'immediato interesse al corretto espletamento della procedura sulla base di regole certe e non ulteriormente contestabili sulla scorta del perseguimento dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa attraverso l'ammissibilità dell'immediata impugnabilità della *lex specialis* anche in assenza di clausole immediatamente impeditive dell'ammissione alla selezione.

Ritenendo il Collegio di dover aderire all'approccio ermeneutico che riconosce, in presenza di una posizione giuridica soggettiva direttamente ed immediatamente lesa dalla *lex specialis* di gara, la possibilità di immediata impugnazione delle relative previsioni a prescindere dalla mancata presentazione della domanda di partecipazione alla selezione, occorre procedere alla verifica, in applicazione delle indicate coordinate interpretative al caso di specie, della sussistenza delle condizioni di legittimazione della proposta azione impugnatoria attraverso il riscontro del carattere immediatamente lesivo delle contestate previsioni e la ricostruzione della fisionomia dell'interesse azionato con le singole censure proposte.

Dovendo precisarsi, con specifico riferimento ai titolari degli Sportelli Virtuali ricorrenti, in quanto operanti quali intermediari della società Sogno di Tolosa, i quali non rivestono la qualifica di operatore di gioco e non potrebbero partecipare alla contestata selezione, che gli stessi vantano una posizione di interesse di mero fatto in quanto il mancato possesso della concessione in capo alla società Sogni di Tolosa preclude agli stessi la possibilità di conseguire la licenza di polizia ai sensi dell'art. 88 del TULPS e li espone al regime sanzionatorio penale.

4 - Nel solco dell'indagine volta al riscontro del carattere immediatamente lesivo delle previsioni contestate al fine di verificare la sussistenza di una posizione sostanziale lesa che, nel fondare l'interesse ad agire, consenta il riconoscimento della legittimazione all'impugnazione, ritiene il Collegio di dover disattendere l'ordine di prospettazione delle censure articolato da parte ricorrente, procedendo al preliminare esame delle concrete disposizioni della *lex specialis* contestate al fine di verificarne il carattere immediatamente lesivo legittimante l'azione, trovando le censure mosse avverso il sistema concessorio in sé, contestato in radice da parte ricorrente, le ragioni della loro infondatezza nelle considerazioni che si andranno ad esporre.

In tale prospettiva, vengono in rilievo le censure messe avverso la prevista durata delle concessioni da affidare attraverso la gravata gara.

La scadenza di tali concessioni è stabilita, dall'art. 10, comma 9-octies del decreto legge n. 16 del 2012, cui gli atti di gara danno applicazione, al 30 giugno 2016.

Al riguardo, lamenta parte ricorrente come la ridotta durata delle concessioni, unitamente ai gravosi oneri dovuti a titolo di corrispettivo della concessione e di garanzia, non consentirebbe di conseguire alcun utile anche in ragione della difficoltà di ammortizzare e di recuperare in un arco di tempo così breve gli elevati costi e gli ingenti investimenti, tenuto conto della compressione sia della libertà di impresa che dell'autonomia gestionale ed organizzativa connessa agli obblighi che accedono alla concessione.

Al riguardo, osserva il Collegio che la dedotta non idoneità della durata della concessione da affidare a consentire una utile gestione del rapporto non incide in alcun modo sui requisiti di partecipazione alla gara, inerendo invece ad una caratteristica del rapporto concessorio da instaurarsi a seguito dell'eventuale aggiudicazione.

Se tale circostanza preclude la possibilità di annettere a tale previsione carattere immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale che, a fronte di atti generali, non può che essere quello alla partecipazione alla gara - potendo ammettersi l'immediata impugnabilità del bando solo in presenza di clausole immediatamente escludenti, mentre quelle, asseritamente illegittime incidenti sul rapporto successivo alla fase di aggiudicazione possono essere fatte valere solo unitamente agli atti applicativi - osserva il Collegio come a diversamente ritenere si verificherebbe un'anticipazione della soglia di rilevanza dell'interesse protetto legittimante l'immediata impugnazione alla fase relativa alla decisione in ordine all'an della partecipazione alla gara, da effettuare sulla base della convenienza economica di tale partecipazione, facendovi confluire indistintamente sia le previsioni relative alla partecipazione alla gara che quelle applicabili al successivo rapporto concessorio.

Deve in proposito rilevarsi come la decisione in ordine alla partecipazione ad una gara sulla base della valutazione della sua convenienza sotto il profilo imprenditoriale rientri nella sfera attinente alla strategia aziendale propria di ciascun concorrente, non potendo le previsioni incidenti su tale decisione di convenienza in alcun modo essere ricondotte, in senso tecnico e giuridico, ai requisiti di partecipazione alla gara che consentano l'immediata impugnazione della *lex specialis* pur in assenza di una domanda di partecipazione.

L'immediata impugnazione delle clausole del bando - a prescindere dalla presentazione di una domanda di partecipazione alla gara - deve ritenersi consentita solo quando le stesse clausole siano assolutamente irragionevoli, tali da non consentire nei confronti di tutti i partecipanti una valida formulazione dell'offerta, per essere da esse reso in radice impossibile quel calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter effettuare all'atto di valutare se partecipare o meno ad una gara pubblica.

Non può invece riconoscersi alcuna legittimazione all'immediata impugnazione di clausole che nella individuale valutazione di un soggetto venga ritenuta non conveniente alla luce della propria fisionomia aziendale.

La contestata previsione in ordine alla durata delle concessioni da affidare non riveste, invero, quel necessario carattere preclusivo alla possibilità di effettuare la valutazione circa la convenienza di partecipare alla gara tale da consentirne l'immediata impugnabilità, trattandosi di elemento che ciascun partecipante, nell'ambito della propria autonomia imprenditoriale, è potenzialmente in grado di valutare ai fini della decisione sul se partecipare o meno alla selezione e della formulazione dell'offerta, non potendo la valutazione di non convenienza economica della durata della concessione, come parametrata agli altri oneri previsti, effettuata da un singolo concorrente sulla base della propria situazione aziendale, rendere la relativa previsione immediatamente lesiva e quindi suscettibile di immediata impugnazione.

Né dalla valutazione in termini di non convenienza della partecipazione - come riconducibile alla preclusione alla prosecuzione dell'attività svolta in Italia attraverso gli Sportelli Virtuali - può discendere un vizio di illegittimità della regolazione di gara, e tanto meno, il riconoscimento della legittimità a poter continuare ad operare sulla base di tale modalità in assenza del conseguimento del titolo concessorio, che parte ricorrente potrebbe ottenere partecipando alla selezione e così regolarizzando la propria posizione.

Senza recesso dalle precedenti considerazioni, rileva peraltro il Collegio come la prospettazione con cui parte ricorrente lamenta la negativa incidenza della prevista breve durata delle concessioni da affidare sull'utilità e sulla convenienza della partecipazione alla gara non possa essere condivisa.

Escluso che la minore durata delle concessioni di cui alla contestata gara rispetto a quella prevista per le concessioni rilasciate in precedenza possa costituire di per sé indice di una intrinseca lesività della relativa previsione, osserva il Collegio come a tale ridotta durata, stabilita per consentire 'un primo allineamento temporale delle scadenze delle concessioni' – per come previsto dal citato art. 10, comma 9-octies del decreto legge n. 16 del 2012 - facciano da contrappeso una serie di misure che rendono gli obblighi e gli oneri connessi alle nuove concessioni meno gravosi rispetto a quanto previsto per le concessioni precedentemente affidate aventi durata più lunga.

Al riguardo, giova evidenziare come siano stati eliminati i limiti riferiti alle distanze tra gli esercizi – in ciò conformandosi a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia con la sentenza Costa-Cifone – ed al numero di concessioni attribuibili, sia stata fissata una base d'asta a livello normativo sensibilmente inferiore rispetto alle precedenti procedure, sia stato dimezzato il numero di terminali da utilizzare, siano stati sensibilmente ridimensionati gli importi della cauzione provvisoria e di quella definitiva rispetto a quelli delle precedenti gara, parametrando alla diversa e minore durata dell'affidamento.

La durata delle nuove concessioni risulta, dunque, essere congrua rispetto al ridotto importo di ciascun diritto e ai limitati investimenti necessari – consistenti nell'allestimento di una postazione fisica – non costituendo, essa, pertanto, una previsione escludente che consenta di riconoscere, in capo alla ricorrente, una posizione giuridica legittimante l'azione.

Ne consegue che, anche volendo, in astratto, ricondurre al novero delle clausole immediatamente escludenti quelle incidenti sul calcolo della convenienza della partecipazione alla gara, la contestata ridotta durata delle concessioni non è idonea a determinare di per sé l'antieconomicità della partecipazione – invece riconducibile alle modalità operative di parte ricorrente cui dovrebbe rinunciare - essendo tale durata controbilanciata da misure idonee a sopperire ai relativi effetti attraverso alleggerimenti di ulteriori oneri ed obblighi, anche di tipo economico, che nel comporre il complessivo quadro sulla cui scorta condurre la valutazione in ordine alla convenienza della partecipazione, precludono la possibilità di ravvisare, in tale prevista durata, una clausola preclusiva all'utile partecipazione alla procedura.

Aggiungasi che l'orientamento giurisprudenziale che segna l'apertura alla possibilità di impugnazione della lex specialis di gara anche in caso di mancata presentazione della domanda di partecipazione, circoscrive tale possibilità, con riferimento alle ipotesi di clausole che impediscano l'utile partecipazione alla gara, ai soli casi in cui tale utile partecipazione sia impedita nei confronti di tutti gli aspiranti, e non con riferimento ad uno solo di essi, come avviene nelle ipotesi in cui talune prescrizioni impediscano a tutti i potenziali concorrenti la corretta formulazione dell'offerta stante la preclusione alla possibilità di determinare correttamente il rapporto tra il sacrificio economico da sostenere e il risultato positivo derivante dall'eventuale aggiudicazione, o nelle ipotesi in cui la disciplina di gara si rilevi carente di un elemento essenziale, tale da non consentire a tutti i partecipanti di effettuare i calcoli di convenienza economica indispensabili per formulare un'offerta corretta, ipotesi queste che, con riferimento alla previsione circa la durata delle nuove concessioni, non ricorrono nella fattispecie in esame.

Oltre che per le ipotesi in cui venga in rilievo la contestazione di clausole riguardanti requisiti di partecipazione che siano ex se ostative all'ammissione alla gara dell'interessato, l'immediata impugnabilità del bando può essere estesa a quelle ipotesi in cui vengano imposti, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, mentre va invece esclusa nei

casi di clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, non produttive di per sé di alcun pregiudizio certo ed immediato, ma solo eventuale, futuro e incerto, la cui idoneità a produrre una effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura, ove negativo per l'interessato, prevedendo la regola generale che i bandi di concorso, eccettuate le ipotesi predette, siano impugnabili soltanto unitamente al provvedimento di approvazione della graduatoria, da cui solo scaturisce la lesione attuale della posizione dell'interessato (ex plurimis: C.d.S., Ad. Pl. 29 gennaio 2003 n. 1; Sez. V, 25 maggio 2010, n. 3308; 19 giugno 2009 n. 4073, 14 ottobre 2008 n. 4971 e 4 marzo 2008 n. 962; Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1166; Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6235).

Se la prevista durata delle concessioni è funzionale all'obiettivo di allineare cronologicamente al 30 giugno 2016 le scadenze delle convenzioni precedentemente stipulate (data in cui verranno a naturale scadenza le concessioni c.d. Bersani) ed i relativi negativi effetti sono contemperati dal previsto affievolimento degli oneri gravanti sul partecipante – d'anzì richiamati – nessun carattere discriminatorio può ravvisarsi in tale durata, che consente comunque ai soggetti aspiranti ad entrare nel mercato un'utile gestione della concessione e l'ammortamento, nel previsto lasso temporale, degli investimenti effettuati, per come evincibile alla luce del capitolato tecnico, dovendo al riguardo ulteriormente evidenziarsi come parte ricorrente sia già operante nel mercato italiano attraverso la propria rete fisica di locali aperti al pubblico, risultando per l'effetto particolarmente agevole, per la stessa, l'avviamento e l'esercizio dell'attività in veste di concessionario avvalendosi dei propri Sportelli già operanti, cosicché neanche in via di mero fatto parte ricorrente può lamentare il carattere particolarmente oneroso in termini economici della prevista durata delle nuove concessioni e, ancor meno, il suo carattere immediatamente escludente. Aggiungasi che la giurisprudenza comunitaria richiede che la durata delle concessioni sia fissata in modo tale da consentire di ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali impiegati, il che, in ragione di quanto d'anzì illustrato, risulta pienamente realizzato.

5 - Negativamente delibata, nei termini di cui sopra, l'ammissibilità della contestazione mossa avverso la prevista durata delle nuove concessioni, stante il rilevato difetto di interesse all'impugnazione delle relative previsioni – non versandosi in ipotesi di clausola immediatamente lesiva dell'interesse azionato tale da potersi prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e incidendo tale previsione sul rapporto conseguente all'eventuale aggiudicazione, e non ai requisiti di partecipazione – parimenti da disattendere, in quanto anch'esse inammissibili, sono le censure che si appuntano avverso le previsioni, di cui alla lex specialis di gara, delle cause di revoca e di decadenza della concessione, previste dallo Schema di Convenzione relativa al rapporto di concessione per l'esercizio dei giochi pubblici di cui all'art. 10, comma 9-octies, del decreto legge n. 16 del 2012.

La contestata previsione relativa alla declaratoria di decadenza è contenuta nell'art. 23, comma 2, lettera a) dello Schema di Convenzione e si riferisce alle ipotesi di rinvio a giudizio per reati giudicati dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato tali da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario, in ragione della natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione.

Con riferimento a tale previsione, sostiene parte ricorrente il carattere arbitrario della valutazione che determinerebbe la decadenza, affermandone il contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia con riferimento alla corrispondente previsione di cui alle gare c.d. Bersani.

Afferma inoltre parte ricorrente che, essendo pendenti procedimenti penali a carico di taluni titolari dei centri affiliati alla società Sogno di Tolosa, potrebbe incorrere in detta causa di decadenza dalla concessione.

La circostanza che le modalità operative e la mancanza di un titolo concessorio in capo alla società ricorrente siano

preclusive della possibilità, per i titolari dei propri centri, di ottenere l'autorizzazione di polizia, con conseguente soggezione a sanzioni penali, non è idonea a trasformare condizioni previste dalla regolamentazione di gara quali condizioni di mantenimento della concessione, pena la decadenza dalla stessa – inerendo esse, all'evidenza, alla fase successiva all'aggiudicazione in quanto riferite alla regolazione del rapporto concessorio – in requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione alla selezione.

Né è possibile enucleare l'immediata lesività della causa di decadenza, come riferita alla situazione in cui versa la ricorrente, attraverso il richiamo alla giurisprudenza comunitaria ed alla posizione che la ricorrente rivestirebbe nell'ordinamento italiano in termini di legittimità del proprio *modus operandi*.

In tale direzione, occorre rilevare che la giurisprudenza comunitaria, nell'affermare che il divieto - penalmente sanzionato - di esercitare attività nel settore dei giochi d'azzardo in assenza di concessione o di autorizzazione rilasciata dallo Stato, comporta restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi (sentenze Gambelli e Placanica), riconosce tuttavia l'ammissibilità di restrizioni a tali diritti o a titolo di misure derogatorie espressamente previste agli artt. 45 CE e 46 CE, o in quanto giustificate da motivi imperativi di interesse generale, tra i quali vengono espressamente individuati gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco, di prevenzione di turbative all'ordine sociale in generale (sentenze 24 marzo 1994, causa C-275/92, Schindler; 21 settembre 1999, causa C-124/97, Läära e a.; 21 ottobre 1999, Causa C-67/98 Zenatti; Gambelli), ricomprendendo tra le ragioni giustificatrici di tali deroghe anche considerazioni di ordine morale, religioso o culturale, nonché le conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono collegate ai giochi d'azzardo e alle scommesse, le quali consentono che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente a determinare le esigenze di tutela del consumatore e dell'ordine sociale, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità tra le misure restrittive adottate ed il perseguimento di tali scopi.

Con particolare riferimento al sistema concessorio – destinatario di censure da parte ricorrente che tende a contestarlo in radice - ed al requisito della titolarità di una concessione al fine di poter operare nel settore dei giochi in Italia, la Corte di Giustizia ne ha riconosciuto la conformità al diritto dell'Unione nella misura in cui sia volto al perseguimento degli obiettivi di prevenzione dell'esercizio delle attività di gioco d'azzardo per fini criminali o fraudolenti canalizzandole in circuiti controllabili – tenuto conto che in Italia le attività di giochi e di scommesse clandestine, vietate in quanto tali, costituiscono un problema rilevante al quale potrebbe porre rimedio un'espansione di attività autorizzate e regolamentate - cosicché una politica di espansione controllata del settore dei giochi d'azzardo risulta essere del tutto coerente con l'obiettivo mirante ad attirare giocatori che esercitano attività di giochi e di scommesse clandestini vietati in quanto tali verso attività autorizzate e regolamentate, dovendo gli operatori autorizzati costituire un'alternativa affidabile, ma al tempo stesso attraente.

La Corte di Giustizia riconosce, quindi, come un sistema di concessioni può, nel descritto contesto, costituire un meccanismo efficace che consente di controllare coloro che operano nel settore dei giochi di azzardo allo scopo di prevenire l'esercizio di queste attività per fini criminali o fraudolenti, spettando al giudice nazionale verificare se la normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo di prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti e la proporzionalità delle relative restrizioni.

Analogo giudizio di compatibilità del sistema concessorio con il diritto dell'Unione è stato espresso dalla Corte di Giustizia con riferimento all'instaurazione di monopoli pubblici, potendo un sistema nazionale che preveda un'autorizzazione limitata dei giochi d'azzardo nell'ambito di diritti speciali o esclusivi riconosciuti o concessi a determinati soggetti essere volto al perseguimento di obiettivi di interesse generale di tutela del consumatore e

dell'ordine sociale, che rientrano nel novero delle esigenze imperative connesse all'interesse generale che possono giustificare limitazioni alla libera prestazione dei servizi (sentenze Schindler; 21 settembre 1999, causa C-124/97, Läärrä; Zenatti; 11 settembre 2003, causa C-6/01, Anomar; Placanica) incanalando la gestione dei giochi in un circuito controllato (sentenze Zenatti e Anomar), rientrando nel potere discrezionale degli Stati membri la scelta, per raggiungere detti obiettivi, tra la concessione di diritti esclusivi ad un organismo pubblico la cui gestione sia soggetta alla vigilanza diretta dello Stato oppure a un operatore privato sulle cui attività i pubblici poteri sono in grado di esercitare uno stretto controllo adottando una normativa che imponga agli operatori interessati le prescrizioni necessarie in un rapporto di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito (sentenze Läärrä e 8 settembre 2009 Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International), senza che sia necessario, sotto il profilo del criterio di proporzionalità, che la misura restrittiva adottata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda a una concezione condivisa da tutti gli Stati membri per quanto riguarda le modalità di perseguimento degli obiettivi di cui trattasi (da ultimo, sentenza 8 settembre 2010 n. 316, Cause riunite C-316/07, da C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07).

Con specifico riferimento alla posizione di un operatore - la Stanley International Betting Ltd - che opera in Italia attraverso centri che offrono i loro servizi in locali aperti al pubblico in cui mettono a disposizione degli scommettitori un percorso telematico che consente loro di accedere al server della Stanley situato nel Regno Unito, i cui gestori, esercitando attività di raccolta di scommesse senza concessione e senza, conseguentemente, l'autorizzazione di Polizia, sono passibili di sanzione penale, la sentenza Placanica, nel rilevare la contrarietà ai principi del Trattato delle disposizioni che precludevano alle società di capitali di ottenere la concessione per l'attività di gioco, rendendo così impossibile, in modo illegittimo, l'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, ha affermato, quanto alle autorizzazioni di Polizia, che la loro mancanza non possa essere addebitata ai soggetti che non avrebbero potuto ottenere tali autorizzazioni per il fatto che il rilascio di tale autorizzazione presuppone l'attribuzione di una concessione di cui i detti soggetti non hanno potuto beneficiare in violazione del diritto comunitario. Con riferimento alle sanzioni penali, la Corte ha, in particolare, affermato come la loro previsione sia incompatibile con gli artt. 43 e 49 del Trattato laddove le sanzioni siano applicabili a soggetti che hanno esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa della normativa nazionale, contrastante con il diritto comunitario (segnatamente, a causa dell'esclusione delle società di capitali dal rilascio delle concessioni).

Con la sentenza Costa-Cifone – richiamata da parte ricorrente a sostegno dei propri assunti – la Corte, nell'affermare che gli artt. 43 e 49 del Trattato impongono l'eliminazione di qualsiasi restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, ancorché applicabile indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, nel caso in cui essa sia idonea a vietare, a ostacolare o a rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove egli fornisce legittimamente servizi analoghi (sentenza Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International), ha ribadito l'ammissibilità di restrizioni riconducibili alle misure in deroga espressamente previste dagli artt. 45 e 46 del Trattato o che possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che esse rispettino i requisiti di proporzionalità, non risultando, quindi, incompatibile con il Trattato un regime di monopolio legale purchè volto ad assicurare a tutti i concessionari il pieno esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, occupandosi del vaglio di conformità al diritto dell'Unione della disciplina nazionale applicativa del decreto legge c.d. Bersani.

A tale riguardo, la Corte ha censurato, per contrarietà al diritto dell'Unione, le previsioni relative alle cause di

decadenza dalle concessioni nella parte in cui, in quanto riferite a ogni ipotesi di reato suscettibile di far venire meno il rapporto fiduciario con l'Amministrazione, non rispondono ai requisiti di chiarezza ed univocità e non consentono ai potenziali offerenti di valutare con certezza il rischio di essere sottoposti a tale gravosa misura, demandando al giudice nazionale la concreta verifica in ordine alla possibilità di comprendere l'esatta portata della disposizione e facendo salva la possibilità che vengano introdotte – accanto alle ipotesi di esclusione dalla concessione per sentenze passate in giudicato riguardanti delitti sufficientemente gravi - misure preventive nei confronti di un operatore di giochi d'azzardo sospettato, sulla base di indizi concludenti, di essere implicato in attività criminali, nei limiti della proporzionalità e fatta salva la possibilità di ricorso in sede giurisdizionale nonché un risarcimento del danno subito nel caso in cui, in un momento successivo, tale esclusione si rivelasse ingiustificata.

La Corte, con riferimento alle sanzioni penali, ha ravvisato un ingiustificato ostacolo alla partecipazione alla gara Bersani di un operatore straniero i cui rappresentanti erano all'epoca sottoposti a procedimenti penali avviati prima della sentenza Placanica, ai sensi della quale non possono applicarsi sanzioni penali per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o autorizzazione di polizia a persone legate a un operatore che era stato escluso dalle gare in violazione del diritto dell'Unione.

Sulla base di tale presupposto, ha ritenuto dunque la Corte che la nuova gara c.d. Bersani non abbia rimediato all'esclusione dell'operatore dalla precedente gara, cui si riferisce la sentenza Placanica – che, giova ricordare, ha censurato la normativa che escludeva dalle concessioni le società di capitali – avendo la relativa disciplina reso impossibile la partecipazione di tale operatore alla selezione stante la pendenza di procedimenti penali avviati a carico di un operatore come la Stanley, o di suoi rappresentanti o amministratori (procedimenti da ritenersi privi di fondamento giuridico alla luce della sentenza Placanica), facendo conseguire da tali procedimenti la declaratoria di decadenza della concessione.

La sentenza in esame si limita, quindi, ad affermare la preclusione all'applicazione di sanzioni penali per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate a un operatore, come la Stanley, che era stato escluso dalle gare precedenti in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara prevista dal decreto Bersani.

In coerente applicazione di tali principi interpretativi, la Corte di Cassazione Penale (Sez. III, 16 luglio 2012 n. 28413; 17 ottobre 2012 n. 40859; 2012 n. 305; 4 ottobre 2012 n. 38711) ha disapplicato la norma sanzionatoria recata dall'art. 4 della legge n. 401 del 1989 in ragione della peculiare posizione della società Stanley “che si caratterizza per alcune rilevanti e specifiche circostanze: la illegittima esclusione dai bandi di gara del 1999; la mancata partecipazione alle gare indette nell'anno 2006, nonostante il manifestato interesse, a causa della non conformità del nuovo regime concessorio ai principi del Trattato; la successiva presentazione di richiesta di autorizzazione ex art. 88 T.U.L.P.S., richiesta respinta a causa dell'assenza di concessione.”.

La portata delle sentenze della Corte di Giustizia del cui contenuto si è dato sinteticamente atto, riverbera effetti solo con riferimento alla non suscettibilità di applicazione delle sanzioni penali per l'esercizio del gioco da parte di operatori illegittimamente esclusi dalle precedenti gare in virtù di una disciplina contraria ai principi del Trattato, senza che venga in alcun modo scalfito il sistema concessorio, ritenuto ammissibile in quanto giustificato da scopi di interesse generale e, di per sé, proporzionato al perseguimento degli stessi, fermo restando il limite del rispetto del criterio di proporzionalità delle singole misure adottate e la garanzia della trasparenza, dell'apertura al mercato, di non discriminazione e di imparzialità delle relative procedure di affidamento, che non devono creare o rafforzare posizioni di privilegio nei confronti dei precedenti concessionari.

Le pronunce comunitarie esplicano, quindi, effetti sul piano penale delle conseguenze, previste dall'ordinamento

italiano, per l'esercizio dell'attività di gioco e scommesse senza concessione e senza autorizzazione di Polizia, a fronte dell'illegittima esclusione di uno specifico operatore dalle precedenti procedure di affidamento delle concessioni, come derivante da riscontrati profili di contrasto con il diritto comunitario di talune previsioni dettate dalle discipline delle gare precedentemente indette.

Non viene, quindi, affermata, nelle citate pronunce, la conformità del *modus operandi* della ricorrente attraverso i propri Sportelli al diritto interno italiano così riconoscendo alla stessa una sorta di esenzione dall'assoggettamento alla disciplina interna di carattere concessorio ed autorizzatorio.

La giurisprudenza comunitaria è, dunque, chiara nel riconoscere la compatibilità del sistema concessorio ed autorizzatorio al diritto comunitario, limitandosi le indicate pronunce ad affermare come in ragione dell'illegittima esclusione di un operatore da una gara non possano derivare conseguenze sul piano penale, dovendo al riguardo rilevarsi come parte ricorrente abbia conseguito la licenza di bookmaker solo in data 20 agosto 2012, e non può quindi qualificarsi – in disparte l'efficacia che si intenda attribuire alle citate sentenze – quale operatore illegittimamente escluso dalle precedenti gare.

Fermo restando, quindi, che l'assenza di un'armonizzazione comunitaria nel settore dei giochi e le notevoli diversità degli obiettivi perseguiti e dei livelli di protezione ricercati dalle normative dei vari Stati membri, consentono che uno Stato membro non consideri sufficienti i controlli cui l'operatore estero soggiace nel Paese dell'Unione dove è stabilito e che lo facoltizzano allo svolgimento di operazioni transfrontaliere, non essendo contrario ai principi dell'Unione l'imposizione di specifici ed ulteriori meccanismi di controllo e di abilitazione, potendo quindi la normativa nazionale introdurre restrizioni alla libera prestazione di servizi garantita dall'art. 49 del Trattato giustificate da motivi imperativi di interesse generale a condizione che siano rispettati i criteri di effettiva finalizzazione, proporzionalità ed effettività, equivalenza e non discriminazione (come affermato nella sentenza *Placanica*), con conseguente legittimità comunitaria del sistema concessorio fondato sul titolo concessorio e su quello autorizzatorio - spettando ad ogni Stato membro decidere se, nell'ambito degli scopi legittimi che si è prefissato, sia necessario limitare le attività di gioco e prevedere, a tal fine, modalità di controllo più o meno rigorose, ivi compresa la necessità di autorizzazione al fine di evitare forme di gioco gestite o controllate dalla criminalità e di contrastare le infiltrazioni criminali nel fenomeno del gioco organizzato e controllato, dovendosi valutare la necessità e la proporzionalità delle misure così adottate soltanto alla stregua degli obiettivi perseguiti e del livello di tutela che le autorità nazionali interessate intendono assicurare - nessuna sottrazione della società ricorrente a tale regime può essere predicata alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia, dalle quali discende il solo effetto della esclusione, per il passato, della punibilità per i soggetti che non abbiano potuto ottenere la concessione in ragione della contrarietà al diritto comunitario di taluni profili della normativa disciplinante le relative gare di affidamento.

Al di fuori delle condizioni di diritto e di fatto su cui poggiano le citate sentenze *Placanica* e *Costa-Cifone*, si riepanda quindi l'assoggettamento degli operatori alla normativa nazionale, anche penale, laddove le modalità con cui operano in Italia contrastino con il diritto interno.

Quanto sopra affermato trova avallo e conferma nella sentenza della Corte di Cassazione Penale (Sez. III, 16 maggio 2012 n. 18767) con la quale è stato affermato che, ai sensi delle sentenze *Costa-Cifone* e *Placanica*, lo Stato italiano non può applicare sanzioni penali per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o autorizzazione di polizia a persone legate a un operatore che era stato escluso dalle gare pertinenti in violazione del diritto dell'Unione, potendosi la violazione dei principi del Trattato e l'incompatibilità delle norme incriminatrici configurarsi soltanto nei casi concreti di società operanti in ambito comunitario, munite di

concessione o autorizzazione nel paese di origine ed arbitrariamente escluse in Italia dalla gara per la assegnazione delle concessioni o cui sia stato impedito di partecipare alla gara in condizioni di parità con gli altri concorrenti, con la conseguenza che “qualora non si tratti di una società che si trovi in questa particolare situazione, la normativa nazionale che sottopone a concessione ed autorizzazione di polizia la raccolta di scommesse non è in contrasto con le norme del Trattato, essendo finalizzata alla tutela di interessi di ordine pubblico (limitazione e controllo del giuoco d'azzardo; impedimento alle infiltrazioni della criminalità organizzata e ad operazioni di riciclaggio), con l'ulteriore conseguenza che i centri di trasmissione dati che operano per società che non si trovano nella detta situazione senza essere muniti delle necessarie concessioni ed autorizzazioni di polizia non sono esenti dalle sanzioni penali.”

Poste tali precisazioni, avuto riguardo al profilo inerente la suscettibilità della gravata previsione della decadenza dalla concessione a formare oggetto di immediata impugnazione pur in assenza della presentazione della domanda di partecipazione alla selezione, osserva il Collegio che, pur aderendo al maggioritario orientamento giurisprudenziale, di cui in precedenza si è dato atto, che non circoscrive, sulla base di un'impostazione formalistica, l'ambito delle clausole immediatamente escludenti alle sole previsioni che fissano requisiti di partecipazione alla gara sticto sensu intesi, le contestate previsioni siano destinate a governare la fase esecutiva del rapporto concessorio, successiva alla fase di partecipazione alla gara e di aggiudicazione, con la conseguenza che solo i soggetti che hanno partecipato alla procedura possono vantare un interesse concreto e attuale, in caso di loro applicazione, a dolersene.

Ed infatti, solo le prescrizioni di gara in senso stretto – e, quindi, quelle contenute nel bando, nel disciplinare, nel capitolato d'oneri e in ogni altro atto teso a regolamentare la procedura selettiva di scelta dell'aggiudicatario – potranno astrattamente essere suscettibili di assumere carattere escludente ed immediatamente lesivo, e non anche le norme destinate ad applicarsi al successivo rapporto contrattuale.

Orbene, non vi è dubbio che le contestate cause di decadenza, previste dallo Schema di Convenzione, possono operare solo nei confronti dell'eventuale affidatario della concessione, senza in alcun modo incidere sulla fase di partecipazione alla selezione e senza poter determinare l'esclusione del concorrente dalla stessa.

Se nessuna immediata preclusione alla partecipazione alla selezione può ritenersi discendere dalla contestata causa di decadenza – non comportando essa l'esclusione dalla partecipazione - la scelta di parte ricorrente di non presentare domanda di partecipazione è da ascrivere unicamente alle valutazioni effettuate nell'ambito delle proprie strategie industriali in termini di convenienza e di opportunità di partecipare alla gara.

La causa di decadenza dal rapporto concessorio, relativa alle ipotesi di rinvio a giudizio per reati giudicati dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato tali da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario, in ragione della natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, non può fondare la sussistenza della legittimazione ad agire, attenendo la stessa alla fase di esecuzione e di gestione del rapporto contrattuale, non riveste infatti alcun riflesso di tipo preclusivo sulla fase di partecipazione alla selezione e sui requisiti di ammissione.

Sfugge, pertanto, tale previsione, dalla possibilità di sua impugnazione in assenza di una domanda di partecipazione, ricadendo nel regime processuale in base al quale solo le previsioni della *lex specialis* che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, possono radicare un interesse attuale e concreto alla relativa impugnazione, laddove ogni altra questione riguardante l'illegittimità della procedura di gara può e deve essere proposta unitamente agli atti che, delle clausole dimostrate lesive, fanno diretta applicazione, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Né può predicarsi che la lesione asseritamente discendente da tale previsione non sarebbe altrimenti tutelabile laddove la società ricorrente fosse gravata dell'onere della presentazione della domanda di partecipazione alla selezione, dalla quale conseguirebbe, in caso di aggiudicazione, la declaratoria di decadenza e l'incameramento delle garanzie prestate, non potendo le ricorrenti ritenersi sottratte dal rispetto del regime processuale vigente per l'azione impugnatoria e non godendo esse di alcuna speciale posizione o protezione per effetto delle pronunce della Corte di Giustizia che le differenzino dalla generalità dei soggetti, rientrando tale rischio nel calcolo di convenienza che ogni partecipante liberamente si assume.

La circostanza che le ricorrenti versino in una situazione riconducibile alla causa di decadenza in esame – che, si ribadisce, attiene alla fase dell'esecuzione del rapporto, e non alla partecipazione alla selezione – non costituisce elemento preclusivo alla partecipazione, ben potendo le ricorrenti, una volta preso parte alla selezione e risultata aggiudicataria, dolersi delle previsioni asseritamente lesive che ne abbiano determinato la declaratoria di decadenza.

Non può, inoltre, farsi discendere il carattere immediatamente lesivo della contestata previsione dalla dedotta circostanza che si tratterebbe di mera riproduzione dell'analoga clausola di cui allo Schema di Convenzione accessivo alla gara c.d. Bersani, dichiarata dalla Corte di Giustizia in contrasto con il diritto dell'Unione, con conseguente perpetuazione della discriminazione già operata e dell'illegittima esclusione dall'accesso alle concessioni di gioco.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che il gravato Schema di Convenzione reca una nuova formulazione delle cause di decadenza riconducibili al rinvio a giudizio, che ha ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, pronunciatosi sull'Affare n. 6033/2012 con parere n. 3337 del 19 luglio 2012, superando in tal modo i rilievi critici contenuti nella sentenza Costa-Cifone rivolti avverso lo Schema di Convenzione attinente alle procedure di gara regolate dal decreto legge c.d. Bersani.

Il vincolo discendente dalla citata sentenza non si estende alla preclusione per l'ordinamento interno all'introduzione di cause di decadenza non ancorate a sentenze passate in giudicato, espressamente ammettendo la Corte di Giustizia l'adozione di misure preventive nei confronti di un operatore sospettato, sulla base di indizi concludenti, di essere implicato in attività criminali, purchè le circostanze nelle quali viene applicata la decadenza siano enunciate in modo chiaro, preciso e univoco, al fine di garantire il principio di certezza del diritto, consentendo al potenziale offerente di valutare il rischio che gli venga applicata tale sanzione e garantire l'assenza di rischi di favoritismo o arbitrarità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, con l'obbligo di prevedere un'efficace possibilità di ricorso in sede giurisdizionale ed un risarcimento del danno nel caso in cui la decadenza si dimostrasse ingiustificata.

Mentre la valutazione di non conformità al diritto comunitario era rivolta dalla Corte alla previsione di decadenza ricollegata ad "ogni altra ipotesi di reato suscettibile di far venir meno il rapporto fiduciario con AAMS", di cui al previgente Schema di Convenzione, la nuova formulazione di tale causa di decadenza, contenuta nel gravato Schema di Convenzione all'art. 23, comma 2, lettera a), presenta un grado di chiarezza e precisione tale da far ritenere superate le criticità riscontrate.

Le cause di decadenza, attraverso la formulazione della previsione in esame, sono pertanto quelle in cui la qualità di imputato di riferisca alle ipotesi previste dall'art. 24, comma 25 del decreto legge n. 98 del 2011, o alle residuali ipotesi in cui il concessionario rivesta la qualità di indagato per i medesimi reati ovvero di indagato o imputato per reati diversi da quelli indicati dall'art. 24, comma 25, giudicati dal legislatore di minore gravità, le quali risultano conformi alla pronuncia Costa-Cifone dovendosi fondare il giudizio di inaffidabilità, di mancanza di professionalità e di inidoneità morale del concessionario su indizi concludenti, sulla natura, sulla gravità e sulle

modalità di esecuzione del reato nonché sulla sua connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione.

Lo stretto rapporto previsto tra la natura, la gravità e le modalità di esecuzione del reato con i requisiti di affidabilità, professionalità ed idoneità morale del concessionario, nonché la connessione del reato con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, costituiscono invero parametri certi idonei a circoscrivere il giudizio valutativo dell'Amministrazione, così ottemperando alle prescrizioni imposte dalla Corte di Giustizia.

Aggiungasi che l'ordinamento prevede in via generale la possibilità di ricorso in sede giurisdizionale e di azione per il risarcimento del danno, con conseguente conformità anche sotto tale profilo alla corrispondente condizione stabilita dalla Corte.

La prevista causa di decadenza, come fondata sui criteri di non affidabilità, professionalità ed idoneità morale del concessionario, risulta, inoltre, rispondente al principio di proporzionalità rispetto all'interesse protetto, dovendo al riguardo ricordarsi la delicatezza del settore e la presenza di motivi imperativi di interesse pubblico sottesi alla sua regolamentazione, non potendo peraltro le valutazioni relative a tali requisiti essere cristallizzate in criteri automatici ed astratti, dovendosi procedere ad una valutazione in concreto rivolta alla specificità del caso, tenuto conto della natura del rapporto concessorio, del tipo di reato e delle modalità di sua commissione, nei loro riflessi sui requisiti di affidabilità, professionalità ed idoneità morale del concessionario, che devono permanere per tutta la durata della fase di gestione del rapporto concessorio.

Giova, inoltre, evidenziare, come la Corte di Giustizia, nel censurare, per contrarietà al diritto dell'Unione, le previsioni relative alle cause di decadenza dalle concessioni rilasciate sulla base della gara c.d. Bersani nella parte in cui, in quanto riferite a ogni ipotesi di reato suscettibile di far venire meno il rapporto fiduciario con l'Amministrazione, non rispondono ai requisiti di chiarezza ed univocità e non consentono ai potenziali offerenti di valutare con certezza il rischio di essere sottoposti a tale gravosa misura, ha fatto salva la possibilità che vengano introdotte – accanto alle ipotesi di esclusione dalla concessione per sentenze passate in giudicato riguardanti delitti sufficientemente gravi - misure preventive nei confronti di un operatore di giochi d'azzardo sospettato, sulla base di indizi concludenti, di essere implicato in attività criminali, nei limiti della proporzionalità e fatta salva la possibilità di ricorso in sede giurisdizionale nonché un risarcimento del danno subito nel caso in cui, in un momento successivo, tale esclusione si rivelasse ingiustificata.

Analoghe considerazioni, nel senso della inammissibilità della proposta azione impugnatoria, devono essere svolte con riferimento alle censure mosse avverso le cause di revoca della concessione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, trattandosi di previsioni destinate a trovare applicazione nella fase successiva all'affidamento della concessione, potendo operare solo nei confronti dell'eventuale affidatario della concessione, senza in alcun modo incidere sulla fase di partecipazione alla selezione e senza poter determinare l'esclusione del concorrente dalla stessa, con conseguente assenza del carattere immediatamente lesivo delle relative previsioni idoneo a radicare un interesse attuale e concreto alla relativa impugnazione a prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura.

A diversamente ritenere, le condizioni previste dalla regolamentazione di gara quali condizioni di mantenimento della concessione, pena la revoca o la decadenza dalla stessa – inerendo esse, all'evidenza, alla fase successiva all'aggiudicazione in quanto riferite alla regolazione del rapporto concessorio – verrebbero trasposte alla fase di qualificazione e, quindi, di partecipazione alla procedura.

Inammissibile deve altresì ritenersi la censura mossa da parte ricorrente avverso la previsione relativa alla sospensione della concessione per il caso di inadempimento agli obblighi convenzionali costituenti causa di revoca o di decadenza nella parte in cui esclude la possibilità di rimborso o di risarcimento nel caso in cui nessuna

sanzione venga applicata, affermando come siffatta misura possa essere adottata solo a seguito di una sentenza definitiva di condanna.

Pur rilevando il Collegio che nella sentenza Costa-Cifone la Corte di Giustizia ha affermato che l'esclusione anche temporanea di un operatore dal mercato può essere considerata proporzionata solo nel caso in cui sia prevista la possibilità di ricorso giurisdizionale ed il risarcimento dal danno subito, anche tale capo di domanda deve essere dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione attiva in capo alle parti ricorrenti, inerendo esso a previsioni destinate a trovare applicazione solo in caso di aggiudicazione dei diritti di gioco e presupponendo la costanza del rapporto concessorio, in alcun modo incidendo sulla fase di partecipazione alla procedura selettiva, esclusa essendo quindi l'incidenza della contestata previsione, in senso preclusivo, sui requisiti di partecipazione che ne consentano l'immediata impugnazione pur in assenza di domanda di partecipazione.

6 – Contesta inoltre parte ricorrente la preclusione alla partecipazione alla gara da parte di soggetti imputati per uno dei delitti previsti dagli articoli 2 e 3 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e dagli articoli 314, 316, 317, 318, 319, 319-ter, 320, 321, 322, 323, 416, 416-bis, 644, 648, 648-bis e 648-ter del codice penale ovvero, se commesso all'estero, per un delitto di criminalità organizzata o di riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite, significando come nei confronti del proprio direttore commerciale sia pendente procedimento penale per il reato di cui all'art. 416 c.p.

Pur non articolando, parte ricorrente, specifici motivi di doglianza avverso tale previsione, genericamente censurata per indeterminatezza e arbitrarietà della relativa valutazione, osserva il Collegio come, ai sensi della richiamata giurisprudenza comunitaria, il sistema di licenza di Polizia per lo svolgimento di attività di gioco e scommesse, che presuppone il previo ottenimento della concessione, è stato ritenuto pienamente conforme con il diritto comunitario, come confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa e da quella penale.

Una disciplina che, attraverso il sistema di concessioni e di autorizzazioni, miri a prevenire che l'esercizio di attività nel settore dei giochi venga svolto a fini criminali o fraudolenti – affiancando tale finalità di prevenzione a quella del costante controllo su tale attività – trova invero giustificazione nel perseguimento di obiettivi di interesse generale di tutela del consumatore e di ordine sociale, spettando al giudice nazionale verificare se la normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo di prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti e la proporzionalità delle relative restrizioni.

Uno sbarramento alla possibilità di esercitare le attività di gioco e di scommesse ai soggetti indagati per i reati di cui alla contestata previsione, pienamente risponde a tale finalità, essendo all'ordinamento interno consentito anticipare la soglia di rilevanza di vicende di rilievo penale attraverso l'innalzamento dei requisiti di affidabilità in un settore dove le esigenze di cautela e di protezione degli interessi coinvolti sono particolarmente avvertite.

7 – Afferma parte ricorrente che, essendo ammessi alla selezione, ai sensi dell'art. 3 delle Regole Amministrative, gli operatori di gioco che effettuano la raccolta in Italia o in uno degli Stati dello Spazio economico europeo sulla base di un valido ed efficace titolo abilitativo rilasciato secondo le disposizioni vigenti in tale Stato, tale titolo – in possesso della società Sogno di Tolosa - in quanto idoneo ai fini della partecipazione alla selezione dovrebbe essere anche sufficiente per l'esercizio del servizio transfrontaliero di intermediazione, in virtù dei principi comunitari di mutua fiducia, di reciprocità e di leale cooperazione, non potendo il servizio transfrontaliero essere sottoposto a concessione italiana, con la conseguenza che dovrebbe essere rilasciata la licenza di polizia di cui all'art. 88 TULPS.

Parte ricorrente mira, in sostanza, ad affermare l'equivalenza alla concessione del titolo abilitativo all'attività di

bookmaker conseguito nel Paese di origine, con conseguente affermata legittimità dell'attività svolta in Italia attraverso i propri affiliati, ai quali dovrebbe essere accordata la licenza di polizia.

In disparte il rilievo che la censura in esame esorbita dai confini propri dell'azione di annullamento della procedura di gara, mirando a sollecitare il riconoscimento da parte del Giudice adito dell'esistenza di un valido titolo per l'esercizio dell'attività di raccolta di scommesse che possa esonerare la ricorrente dall'ottenere la concessione richiesta dall'ordinamento italiano, osserva il Collegio come i principi invocati da parte ricorrente del mutuo riconoscimento e di reciprocità non possono condurre alle auspiccate conclusioni.

Ed invero, come in precedenza illustrato, non esiste nel settore dei giochi un'armonizzazione comunitaria, mentre le notevoli diversità degli obiettivi perseguiti e dei livelli di protezione ricercati dalle normative dei vari Stati membri consentono che uno Stato membro non consideri sufficienti i controlli cui l'operatore estero soggiace nel Paese dell'Unione dove è stabilito e che lo facoltizzano allo svolgimento di operazioni transfrontaliere.

Al riguardo, la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto non in contrasto con il diritto dell'Unione l'imposizione di specifici ed ulteriori meccanismi di controllo e di abilitazione, potendo quindi la normativa nazionale introdurre restrizioni alla libera prestazione di servizi garantita dall'art. 49 del Trattato in quanto giustificate da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che siano rispettati i criteri di effettiva finalizzazione, proporzionalità ed effettività, equivalenza e non discriminazione.

L'applicazione dei principi di mutuo riconoscimento e di libertà di stabilimento, invocati da parte ricorrente, si limita a consentire ad un operatore di uno Stato membro di esercitare le proprie attività in un altro Stato alle medesime condizioni imposte dove la prestazione è fornita, non comportando tuttavia l'esenzione dal rispetto della regolamentazione dell'ordinamento interno, altrimenti verificandosi una discriminazione a danno degli appartenenti allo Stato di prestazione dell'attività, che sono invece sottoposti a tutte le prescrizioni dettate dalle norme nazionali.

Allo stato attuale, in materia di giochi e scommesse, il diritto dell'Unione non obbliga gli Stati membri a riconoscere reciprocamente le licenze nazionali, essendo loro consentito di scegliere di perseguire i propri obiettivi ed i propri livelli di protezione mediante un autonomo sistema di controllo dell'attività che si svolge nel relativo territorio, senza alcun obbligo di aderire ai controlli effettuati da altre autorità di diversi Stati membri mediante sistemi cui lo Stato non sovrintende direttamente (Corte di Giustizia, sentenza 8 settembre 2011, Causa C-42/2007). Deve pertanto ritenersi conforme al diritto dell'Unione il regime italiano basato sul sistema integrato concessorio – autorizzatorio, caratterizzato dal controllo preventivo e di vigilanza continua volto a soddisfare imperative esigenze di ordine pubblico, nel cui ambito si iscrive la disposizione di cui all'art. 88 TULPS, tenuto conto che il principio di libertà di iniziativa economica – più volte invocato da parte ricorrente - può subire limitazioni onde contemperare tale libertà con l'utilità sociale e non compromettere la sicurezza pubblica, la libertà e la dignità umana.

Coerente con tale regime risulta essere il divieto, di cui all'art. 13 dello Schema di Convenzione – contestato da parte ricorrente - di esercizio di attività di raccolta dei giochi in locali diversi e con modalità diverse dalla raccolta fisica del gioco, essendo la concessione il titolo abilitativo che, nell'ordinamento italiano, legittimamente consente l'esercizio di attività in materia di giochi nei soli limiti stabiliti dal predetto titolo.

Non è, inoltre, riscontrabile la denunciata discriminazione a favore dei vecchi concessionari, ai quali è stata riconosciuta la possibilità della raccolta di gioco anche on line, mentre ai nuovi entranti sarebbe offerta unicamente la possibilità di effettuare la raccolta fisica dei giochi, con esclusione di quella a distanza.

Al riguardo, rileva il Collegio come l'affidamento delle concessioni per i giochi a distanza sia avvenuta sulla base di una specifica gara, cui la ricorrente non ha partecipato, e nei confronti delle cui previsioni ogni attuale doglianza

si appalesa tardiva ed inammissibile.

Quanto affermato da parte ricorrente in ordine all'insussistenza dell'interesse ad acquistare il titolo concessorio per la raccolta fisica – la quale comporterebbe il dover rinunciare all'esercizio del servizio transfrontaliero a fronte dell'intervenuto decorso del termine per ottenerne l'aggiudicazione, scaduto al 31 dicembre 2011 - non riveste alcun pregio giuridico, non potendo un profilo di illegittimità di una gara essere dedotto dalla situazione in cui versa parte ricorrente e dall'insussistenza di interesse in ordine alla partecipazione alla selezione, dipendenti da una libera scelta aziendale e dalla cristallizzazione di situazioni ormai non più suscettibili di essere messe in discussione.

Sempre alla possibilità che l'iniziativa economica subisca compressioni in settori in cui sono coinvolti rilevanti interessi pubblici va ricondotta la preclusione, per i concessionari, di determinare il palinsesto della propria offerta, giustificata dalla necessità di predeterminazione dei contenuti dell'offerta di gioco anche a tutela dei consumatori e dai rischi di dipendenza dal gioco.

8 – Lamenta parte ricorrente l'esiguità del numero di concessioni messe a concorso sulla base dell'infondato quanto erroneo assunto che la finalità di cui all'art. 10, comma 9-octies, del decreto legge n. 16 del 2012, di adeguare la disciplina nazionale ai principi stabiliti dalla sentenza della Corte di Giustizia c.d. sentenza Costa-Cifone, implichi l'intento di regolarizzare la posizione degli esercizi pubblici che operano in qualità di Centri Elaborazione Dati o Centri Trasmissione Dati in favore di bookmakers comunitari, quantificati in circa 5.000 esercizi, a fronte di soli 2.000 diritti messi a gara.

Posto che le reali finalità del testo normativo sono quelle di realizzare un primo allineamento temporale delle scadenze delle concessioni aventi ad oggetto la raccolta delle scommesse, con contestuale adeguamento delle regole nazionali di selezione dei soggetti che, per conto dello Stato, raccolgono scommesse, ai principi stabiliti dalla sentenza Costa-Cifone, a tal fine eliminando dalla regolazione di gara i profili di rilevato contrasto della precedente disciplina con il diritto dell'Unione (ovvero la previsione di distanze minime e il numero di concessioni attribuibili), e non di regolarizzare le attività transfrontaliere esercitate in Italia senza concessione ed autorizzazione di polizia – regolarizzazione che può discendere unicamente dalla legittima acquisizione del titolo concessorio italiano – la determinazione del numero di diritti da affidare appare congrua tenuto conto del numero di concessioni in scadenza al 30 giugno 2012 (circa 900) e considerato che risponde a finalità di interesse pubblico sottese allo stesso regime di monopolio l'individuazione del numero di esercizi da autorizzare, irrilevante essendo che la gestione di tale monopolio sia anche finalizzata ad incrementare le entrate fiscali, stante la contestuale rispondenza al fine di canalizzare i consumatori verso centri di gioco autorizzati che risultino essere un'alternativa affidabile e al contempo attraente rispetto ad attività non regolamentate, considerato che l'innegabile espansione dell'offerta di gioco non fa venire meno il perseguimento delle finalità di controllo assicurate dal sistema concessorio ed autorizzatorio.

9 –Come sopra delibata l'inammissibilità delle censure mosse avverso specifiche previsioni recate dalla lex specialis di gara, a meri fini di completezza – e prescindendo dall'esame di profili di inammissibilità - osserva il Collegio, quanto alle ulteriori denunce di parte ricorrente che genericamente si appuntano avverso il sistema concessorio italiano – di cui si è evidenziata la compatibilità con il diritto dell'Unione – e la relativa regolamentazione, che la sentenza Costa-Cifone non ha in alcun modo affermato che il rifiuto di rilasciare l'autorizzazione di polizia a soggetti privi di concessione sia in contrasto con il diritto dell'Unione, riferendosi tale principio alla specifica posizione di un operatore, la Stanley International Betting Ltd, illegittimamente escluso dalle precedenti gare, situazione che quindi non è riscontrabile nei confronti della ricorrente.

Al riguardo, giova richiamare la sentenza della Corte di Cassazione Penale (Sez. III, 16 maggio 2012 n. 18767), già

in precedenza illustrata, (ma anche la sentenza 14 settembre 2012 n. 35740) la quale limita l'efficacia delle sentenze Costa-Cifone e Placanica quanto a prelusione all'applicazione di sanzioni penali per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o autorizzazione di polizia solo alle persone legate a un operatore che sia stato illegittimamente escluso dalle precedenti gare in violazione del diritto dell'Unione, mentre non sono esenti dalle sanzioni penali i centri che operano per società che non si trovano in tale situazione di illegittima esclusione e che non sono muniti delle necessarie concessioni ed autorizzazioni di polizia.

Nessun pregio riveste, inoltre, l'affermata illegittimità dell'indizione di una nuova gara di affidamento di concessioni per l'esercizio delle attività di gioco, sull'assunto che lo Stato avrebbe dovuto procedere alla revoca di tutte le concessioni precedentemente rilasciate per poi affidarle sulla base di una nuova procedura.

In proposito, è sufficiente ricordare come la sentenza Placanica, nell'occuparsi delle conseguenze derivanti dall'illegittimità dell'esclusione di un certo numero di operatori dalle gare di attribuzione delle concessioni esistenti, ha affermato che spetta all'ordinamento giuridico interno stabilire le modalità procedurali che "garantiscono la tutela dei diritti che gli operatori derivano dall'efficacia diretta del diritto comunitario, a condizione tuttavia che le dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)", indicando, sul piano dei rimedi, come "Tanto una revoca e la redistribuzione delle precedenti concessioni quanto la messa a concorso di un numero adeguato di nuove concessioni potrebbero essere soluzioni appropriate a tale riguardo".

Analogamente, la sentenza Costa-Cifone, nel rinviare anch'essa all'ordinamento nazionale per l'individuazione delle modalità procedurali che garantiscano la tutela dei diritti degli operatori illegittimamente esclusi dalla prima gara, ribadisce come sia una revoca e la redistribuzione delle precedenti concessioni, sia la messa a concorso di un numero adeguato di nuove concessioni costituiscano soluzioni appropriate in quanto, in linea di principio, idonee a rimediare, quanto meno per il futuro, all'esclusione illegittima di alcuni operatori, permettendo a questi ultimi di esercitare la loro attività sul mercato alle stesse condizioni applicabili agli operatori esistenti, precisando, tuttavia, che tale obiettivo sarebbe precluso nel caso in cui le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti siano tutelate dalla normativa nazionale.

Se, dunque, l'indizione di una nuova gara per l'affidamento di nuove concessioni viene riconosciuta dalla stessa Corte di Giustizia quale rimedio adeguato per la tutela dei diritti degli operatori illegittimamente esclusi dalle precedenti gare – illegittimità correlata a taluni profili di contrarietà delle relative discipline al diritto comunitario – da adottare nell'esercizio delle valutazioni discrezionali dell'ordinamento nazionale, osserva il Collegio come tale opzione risulti del tutto legittima e coerente con i principi di libera prestazione dei servizi e della concorrenza stante l'eliminazione dei profili di non compatibilità comunitaria che affliggevano la precedente normativa e l'apertura della gara a tutti i soggetti che esercitano attività di raccolta in uno degli Stati membri sulla base di un valido ed efficace titolo abilitativo rilasciato secondo l'ordinamento di tale Stato (come espressamente previsto dall'art. 10, comma 9-octies, del decreto legge n. 16 del 2012), risultando, altresì, tale opzione corretta sul piano dell'opportunità amministrativa, laddove l'auspicata revoca di tutte le concessioni precedentemente rilasciate e la loro successiva distribuzione avrebbe illegittimamente inciso sulle posizioni acquisite dai concessionari che hanno acquisito diritti di gestione, sostenendo ingenti oneri ed investimenti, che sarebbero irrimediabilmente pregiudicati da una eventuale revoca, adottata al fine di rimediare all'illegittima esclusione di taluni operatori, la quale non risulterebbe peraltro rispondente al criterio di proporzionalità tenuto conto del sacrificio che sarebbe imposto ai precedenti concessionari rispetto allo scopo, che è quello di consentire agli operatori precedentemente illegittimamente esclusi, di poter operare in Italia sulla base di un titolo concessorio conseguito in condizioni di

parità con altri soggetti.

In corretto contemperamento dei contrapposti interessi coinvolti, quindi, il legislatore ha optato per l'affidamento di nuove concessioni mettendo in competizione i precedenti concessionari con gli altri potenziali concorrenti, al contempo salvaguardando l'affidamento dei precedenti concessionari sulla durata del titolo rilasciato eliminando, dalla disciplina della nuova gara, i profili di incompatibilità comunitaria che affliggevano le precedenti regolamentazioni.

Al riguardo va evidenziato come la nuova disciplina sottesa all'affidamento di concessioni di gioco abbia eliminato, in coerente applicazione con le indicazioni comunitarie, i profili di ritenuta incompatibilità comunitaria della precedente regolamentazione, sancendo l'assenza di limiti territoriali e di concentrazione numerica dei diritti assegnabili, così evitando che i soggetti già concessionari possano godere di una situazione di vantaggio rispetto ai nuovi concessionari.

Le condizioni che garantirebbero la libera concorrenza – invocata da parte ricorrente - non transitano necessariamente attraverso la previa revoca delle precedenti concessioni e la loro messa a gara, essendo a tale scopo sufficiente che l'affidamento abbia ad oggetto un congruo numero di concessioni (dovendo ritenersi tale l'affidamento di 2.000 diritti) sulla base di una procedura che, nell'eliminare i rilevati profili di contrasto con l'ordinamento comunitario di cui alle precedenti regolazioni, assicuri a tutti gli operatori, anche esteri, in possesso dei prescritti requisiti, sulla base di regole non discriminatorie, la possibilità di conseguimento del titolo.

Quanto alla censura di parte ricorrente volta a lamentare il carattere non organico della disciplina dettata in materia di giochi e di scommesse, affidata in parte a fonti di natura secondaria in asserita violazione della riserva di legge, osserva il Collegio come la natura relativa della riserva di legge consente di demandare a fonti secondarie la disciplina di dettaglio, mentre la varietà delle tipologie di gioco ben giustifica l'esistenza di distinte regolamentazioni al fine di adeguarle alle specificità del settore.

Quanto all'asserita assenza dell'indicazione delle finalità di interesse pubblico da tutelare, le stesse sono, invero, chiaramente evincibili alla luce della disciplina succedutasi nel tempo, individuate nel contrasto alla diffusione del gioco irregolare ed illegale, all'evasione fiscale, alla tutela dei consumatori, alla prevenzione della criminalità, ritenute dalla giurisprudenza comunitaria idonee a giustificare limitazioni al principio di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

Parimenti da disattendere sono le censure con cui parte ricorrente lamenta l'eccessiva gravosità degli oneri imposti al concessionario, che sarebbero richiesti a garanzia del rapporto concessorio e non già a tutela del consumatore.

In disparte profili di ammissibilità della censura anche in ragione della sua genericità, osserva il Collegio come gli oneri imposti ai concessionari con la stipula della convenzione siano in realtà rispondenti alle esigenze di tutela del consumatore in quanto volti ad assicurare l'affidabilità del concessionario, il pagamento delle vincite, nella garanzia del rispetto delle norme poste a tutela dei consumatori.

Quanto alle censure con cui parte ricorrente lamenta la mancata risposta alle richieste di chiarimenti dalla stessa formulati, osserva il Collegio come tali richieste – oltre che essere state presentate oltre i previsti termini - non concernessero le modalità di svolgimento della gara, ma questioni inerenti la fase successiva dell'aggiudicazione.

10 - In conclusione, alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, il ricorso in esame deve essere dichiarato in parte inammissibile e rigettato quanto al resto.

11 - La peculiarità della vicenda contenziosa suggerisce di compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Roma - Sezione Seconda

definitivamente pronunciando sul ricorso N. 8570/2012 R.G., come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile, rigettandolo quanto al resto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Elena Stanizzi, Consigliere, Estensore

Carlo Polidori, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)