



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 8332 del 2012, proposto da:

BCL GAMING LTD e BETCLASS LTD, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'Avv. Damiano Lipani e dall'Avv. Francesca Sbrana, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Lipani & Partners sito in Roma, Via Vittoria Colonna, 40;

***contro***

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, AAMS - AMMINISTRAZIONE AUTONOMA MONOPOLI DI STATO, in persona dei rispettivi legali rappresentanti 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 adiuvandum:

BETSOLUTION4U LTD, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Gaetano Lepore, Maria Claudia Lepore, Carlo Lepore, Marco Ripamonti, Alessia Alessi, con domicilio eletto presso lo Studio dell'Avv. Gaetano Lepore sito in Roma, via Cassiodoro, 6;

ad opponendum:

SOC.GALASSIA GAME SRL, 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 sulla GU/S S145 in data 31.07.2012, avente ad oggetto la procedura di selezione indetta da A.A.M.S. per l'affidamento in concessione di 2.000 diritti per l'esercizio congiunto dei giochi pubblici;
- di ogni altro atto preparatorio, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum di BETSOLUTION4U LTD;

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. Laura Mammucari per delega dell'Avv. Damiano Lipani per la parte ricorrente, l'Avv. dello Stato Amedeo Elefante per le Amministrazioni resistenti, l'Avv. Maria Claudia Lepore per la Betsolution4u Ltd, 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

Premettono in fatto le società odierne ricorrenti – di diritto maltese – di non aver potuto partecipare alla gara impugnata per effetto delle clausole e delle disposizioni lesive contenute nella relativa *lex specialis*, illustrando il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento e soffermandosi, in particolare, sulla portata delle sentenze della Corte di Giustizia 6 marzo 2007, n. 338, Cause riunite C-338/04 e C-360/07, Placanica, 16 febbraio 2012, Cause riunite C- 72/10 e C-77/10, Costa –Cifone, con la quale ultima sono stati rilevati profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea della procedura di affidamento di concessioni per l'esercizio dei giochi tenutasi nel 2006 sulla base della disciplina dettata dal decreto legge n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani).

Con riferimento alla contestata gara, disciplinata dall'art. 10, commi 9-octies e 9-novies del decreto legge n. 16 del 2012 – volto ad adeguare la legislazione nazionale ai principi ed alle regole desumibili dalla citata sentenza - in applicazione del quale è stata indetta la selezione impugnata, lamenta parte ricorrente come il bando e relativi allegati riprodurrebbero le disposizioni già censurate in sede comunitaria e si porrebbero in contrasto con i principi dettati dalla sentenza Costa–Cifone, introducendo barriere all'ingresso nel settore da parte di operatori che svolgono attività in materia di giochi e scommesse.

A sostegno dell'azione impugnatoria proposta avverso gli atti di gara deduce parte ricorrente i seguenti motivi di censura:

I – Illegittimità propria per violazione di legge (art. 10, comma 9-octies, del decreto legge n. 16 del 2012) ed illegittimità derivata delle prescrizioni di cui all'art. 4.1, lettera o), delle Regole Amministrative. Illegittimità comunitaria dell'art. 24, comma 25, del decreto legge n. 98 del 2011 per violazione degli artt. 43 e 49 CE, del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza, nonché del principio di certezza del diritto e del principio di proporzionalità.

Nel riferire il contenuto della disposizione recata dall'art. 4.1, lettera o), delle Regole Amministrative, che ricalca l'art. 24, comma 25, del decreto legge n. 98 del 2011, evidenzia parte ricorrente come, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 401 del 1989, siano previste pene detentive a carico di chi eserciti attività di raccolta di scommesse senza concessione, autorizzazione o licenza di polizia, prevedendo l'art. 88 del TULPS che tale licenza sia rilasciata solo ai titolari di concessione ai sensi della normativa nazionale.

Rappresentano, quindi, le ricorrenti di trovarsi nella condizione di soggetti privi di concessione che non possono ottenere, conseguentemente, la licenza di Polizia, incorrendo nell'ipotesi di reato di cui all'art. 4 della legge n. 404 del 1989.

Nell'affermare parte ricorrente come l'incompatibilità con il diritto comunitario del sistema di licenza di Polizia rilasciata solo previo ottenimento della concessione sia stata accertata sia dalla giurisprudenza amministrativa che da quella penale, denuncia come il bando e le Regole Amministrative della contestata gara non pongano alcun rimedio al problema della incompatibilità tra attività transfrontaliere esercitate in Italia attraverso Centri Trasmissioni Dati e il sistema basato sulle concessioni, autorizzazione e licenze.

Sostiene parte ricorrente come l'allineamento alle sentenze Placanica e Costa-Cifone non potrebbe ritenersi realizzato per effetto del mancato richiamo al reato di cui all'art. 4 della legge n. 401 del 1989 tra le ipotesi che

determinano la preclusione alla partecipazione alla gara, trattandosi di disciplina che troverebbe applicazione anche in assenza di uno specifico richiamo, denunciando l'illegittimità del bando nella parte in cui non viene disposta l'espressa disapplicazione del citato art. 4, la cui rilevanza verrebbe confermata attraverso il richiamo all'art. 416 c.p., in violazione della sentenza Costa-Cifone e dell'art. 10, comma 9-octies del decreto legge n. 16 del 2012 che impone l'indizione di una gara al fine di adeguare le regole nazionali di selezione ai principi stabiliti in detta sentenza.

II - Illegittimità delle prescrizioni di cui all'art. 23 dello Schema di Convenzione per violazione di legge (art. 10, comma 9-octies, lettera d), del decreto legge n. 16 del 2012) e per violazione degli artt. 43 e 49 CE, del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza, nonché del principio di certezza del diritto e del principio di proporzionalità.

Illustra parte ricorrente la previsione, contenuta nell'art. 23, comma 2, lettera a) dello Schema di Convenzione, ai sensi della quale la decadenza è pronunciata “ per ogni ipotesi di reato per il quale sia stato disposto il rinvio a giudizio e che AAMS, in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario”,

di cui afferma l'indeterminatezza così da rendere impossibile per gli operatori di conoscere a priori i casi in cui potranno essere sottoposti a decadenza in caso di rinvio a giudizio, lasciando tale previsione all'Amministrazione l'arbitrio di individuare le fattispecie rilevanti sulla base di parametri generici.

Si duole, inoltre, parte ricorrente, della prevista ipotesi di decadenza per i casi “di violazione accertata dagli organi competenti della normativa in materia di repressione delle scommesse e del gioco anomalo, illecito e clandestino, nonché per frode in competizione sportiva nonché nei casi di grave violazione della normativa in materia antimafia e di antiriciclaggio”, lamentando l'indeterminatezza delle fattispecie da cui consegue l'incameramento delle garanzie prestate, con conseguente danno patrimoniale, in presenza peraltro di accertamenti effettuati da autorità amministrative e non giurisdizionali.

La necessaria certezza in ordine alle ipotesi che possono determinare la decadenza dalle concessioni non potrebbe farsi derivare dalle risposte dell'Amministrazione ai quesiti formulati, nel dettaglio illustrate da parte ricorrente.

Si tratterebbe, secondo parte ricorrente, di disposizioni incompatibili con i principi affermati nella sentenza Costa-Cifone, alla luce dei quali le cause di decadenza devono essere chiare, precise e prevedibili

III - Illegittimità delle prescrizioni di cui all'art. 23 dello Schema di Convenzione per violazione di legge (art. 10, comma 9-octies, lettera d), del decreto legge n. 16 del 2012) e per violazione degli artt. 43 e 49 CE, del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza, nonché del principio di certezza del diritto e del principio di proporzionalità.

Denuncia parte ricorrente il contrasto della 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, contrastando tale norma con il principio affermato nella sentenza Costa-Cifone, secondo cui 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.

IV – Illegittimità derivata delle prescrizioni di cui agli artt. 2.2 e 12 delle Regole Amministrative e gli artt. 3 e 16 dello Schema di Convenzione. Illegittimità comunitaria in parte qua dell'art. 10, comma 9-octies, del decreto legge n. 16 del 2012 e dell'art. 24 del decreto legge n. 98 del 2011 per violazione degli artt. 43 e 49 CE, del principio di parità di trattamento, dell'obbligo di trasparenza, nonché del principio di certezza del diritto e del principio di

proporzionalità.

Lamenta parte ricorrente come la durata delle concessioni, la cui scadenza è prevista al 30 giugno 2016, determini una disparità di trattamento rispetto alle precedenti concessioni a fronte di identità di attività e di investimenti, rendendo i nuovi concessionari meno competitivi, i quali sarebbero penalizzati, in violazione dei principi affermati dalla sentenza Costa-Cifone, anche in ragione dell'incremento dell'importo delle garanzie fideiussorie da prestare.

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, le parti resistenti ne sostengono, con articolate controdeduzioni e sulla base della compiuta ricognizione del quadro di riferimento, l'infondatezza, con richiesta di corrispondente pronuncia.

Ha spiegato atto di intervento ad adiuvandum la BETSOLUTION LTD, chiedendo l'annullamento degli atti di gara.

Ha spiegato intervento ad opponendum la società GALASSIA GAME S.r.l. eccependo, con articolate deduzioni, l'inammissibilità del ricorso per mancata presentazione, da parte della società ricorrente, della domanda di partecipazione alla selezione, sostenendo comunque l'infondatezza del ricorso.

Con memorie successivamente depositate sia parte ricorrente che parte resistente hanno controdedotto a quanto ex adverso sostenuto, ulteriormente argomentando ed insistendo, ciascuna di esse, nelle proprie richieste.

Anche l'interventore ad adiuvandum ha depositato ulteriore memoria.

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

#### DIRITTO

Con il ricorso il esame, le società ricorrenti, di diritto maltese, operanti nel settore dei giochi e delle scommesse sulla base di titolo abilitativo rilasciato nel Paese di appartenenza, propongono azione impugnatoria avverso gli atti della procedura di gara indetta per l'affidamento di 2.000 concessioni di diritti per l'esercizio di giochi pubblici, indetta ai sensi dell'art. 10, commi 9-octies e 9- novies, del decreto legge n. 16 del 2012.

L'impianto ricorsuale muove dall'assunto in base al quale le società ricorrenti non avrebbero potuto partecipare alla selezione indetta con i gravati atti in ragione delle clausole e delle disposizioni, ivi contenute, che costituirebbero irragionevoli e sproporzionate barriere all'ingresso degli operatori del settore in quanto riproduttive di disposizioni normative in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, già ritenute in contrasto con il diritto dell'Unione.

Attraverso la contestazione di talune delle previsioni che disciplinano la gara ed il rapporto concessorio instauratosi a seguito dell'eventuale affidamento dei diritti per l'esercizio dei giochi, avuto particolare riguardo all'esclusione dalla partecipazione come disciplinata dall'art. 24, comma 5, del decreto legge n. 98 del 2011 – ricalcata dall'art. 4.1, lettera o) delle Regole Amministrative - alle previste cause di sospensione, di revoca e di decadenza dal rapporto, alla prevista durata delle concessioni, agli oneri ricadenti sui nuovi concessionari con riguardo alle garanzie fideiussorie richieste, veicola parte ricorrente la ricostruzione in termini discriminatori della portata della censurata disciplina, perpetuando essa pregresse violazioni del diritto dell'Unione già accertate a danno dei nuovi aspiranti al titolo concessorio appartenenti ad altri Stati membri dell'Unione, i quali non potrebbero, in ragione delle modalità operative che ne caratterizzano l'attività, quali quelle delle società ricorrenti, partecipare alla selezione.

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 prescindersi da una breve ricognizione del complessivo quadro di riferimento attraverso l'illustrazione della portata delle decisioni della Corte di Giustizia, di cui parte ricorrente assume il mancato rispetto, 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 società ricorrenti, della legittimazione ad agire.

Se la disamina delle questioni proposte, anche ai fini della verifica della sussistenza dell'interesse ad agire in capo alle società ricorrenti, transita attraverso la ricognizione della portata delle pronunce della Corte di Giustizia intervenute in ordine alla compatibilità della normativa italiana in materia di giochi e scommesse con i principi del Trattato – e segnatamente, con gli artt. 43 e 49 del Trattato CE, ora artt. 49 e 56 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – tale disamina deve essere coordinata con taluni cenni descrittivi dei tratti caratteristici delle società ricorrenti e delle modalità di loro 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 valenza immediatamente escludente delle contestate disposizioni che potrebbe 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 le società ricorrenti, di diritto maltese, svolgono in Italia la propria attività nel mercato dei servizi di gioco e scommesse, con la modalità transfrontaliera, sulla base delle autorizzazioni rilasciate dai competenti organi del Paese di appartenenza, mediante operatori a sé contrattualmente legati, denominati Centri Trasmissione Dati (*hic inde* CTD o Centri), ubicati presso locali aperti al pubblico.

Tale attività viene esercitata in Italia 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 Costa-Cifone citata, 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 delle società ricorrenti, in territorio italiano, di attività di raccolta di gioco e scommesse attraverso i CTD 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, 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 società ricorrenti, della legittimazione attiva, contestata dalle Amministrazioni resistenti costitutesi in giudizio 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 delle società ricorrenti, della domanda di partecipazione alla contestata procedura selettiva per l'affidamento delle concessioni di cui trattasi.

Tale verifica deve essere condotta con riferimento a ciascuna delle censure dedotte, differenziandosi la posizione di cui le società ricorrenti sono titolari in relazione alle disposizioni contestate e riferendosi tali disposizioni, per quanto si andrà ad esporre, a distinte fasi della procedura di selezione, con refluyente incidenza sulla possibilità di riscontro del loro carattere di immediata lesività della posizione vantata dalle ricorrenti e, conseguentemente, sulla legittimazione processuale come sostanziata dall'interesse attuale e concreto alla relativa impugnazione.

La disamina della sussistenza 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.

4 – Poste tali coordinate, nel solco dell'indagine volta al riscontro del carattere immediatamente lesivo delle previsioni contestate dalle ricorrenti 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, vengono innanzitutto in rilievo le censure proposte avverso le prescrizioni di cui all'art. 4.1, lettera o), delle Regole Amministrative.

Prevede tale disposizione, nell'ambito dei requisiti di partecipazione da indicare nella domanda, che “ai sensi dell'articolo 24, comma 25, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, il titolare dell'impresa o il rappresentante legale o

negoziale ovvero il direttore generale o il soggetto responsabile di sede secondaria o di stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, non risultino condannati, anche con sentenza non definitiva, ovvero non risultino 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; le stesse cause ostative valgono anche per i soggetti partecipati, anche indirettamente, in misura superiore al 2% (due per cento) del capitale o patrimonio, da persone fisiche che risultino condannate, anche con sentenza non definitiva, ovvero imputate, per uno dei predetti delitti.”

Al riguardo, rappresentano le ricorrenti di trovarsi nella condizione di soggetti privi di concessione che non possono ottenere la licenza di Polizia, incorrendo quindi nell'ipotesi di reato di cui all'art. 4 della legge n. 404 del 1989, stabilendo l'art. 88 del TULPS che l'autorizzazione di polizia sia rilasciata solo ai titolari di concessione ai sensi della normativa nazionale e prevedendo l'art. 4 della legge n. 401 del 1989 pene detentive a carico di chi eserciti attività di raccolta di scommesse senza concessione, autorizzazione o licenza di polizia.

Venendo in rilievo una disposizione relativa ai requisiti di partecipazione alla selezione direttamente applicabile alle società ricorrenti – le quali operano in Italia senza concessione e sono quindi destinatarie della citata norma incriminatrice - il ricorso deve ritenersi ammissibile nella parte in cui si riferisce a tale capo di impugnazione, sussistendo la legittimazione processuale anche in assenza di domanda di partecipazione alla selezione.

La disposizione viene censurata da parte ricorrente alla luce dell'affermata incompatibilità del sistema di licenza di Polizia per lo svolgimento di attività di gioco e scommesse, che presuppone il previo ottenimento della concessione, con il diritto comunitario, come accertata sia dalla giurisprudenza amministrativa che da quella penale.

La disciplina di gara, secondo parte ricorrente, non avrebbe quindi posto rimedio al problema della incompatibilità tra attività transfrontaliere esercitate in Italia attraverso Centri Trasmissioni Dati e il sistema basato sulle concessioni, autorizzazioni e licenze, in violazione della sentenza Costa-Cifone e dell'art. 10, comma 9-octies del decreto legge n. 16 del 2012, che impone l'indizione di una gara al fine di adeguare le regole nazionali di selezione ai principi stabiliti in detta sentenza.

I rilievi di parte ricorrente conoscono le ragioni della loro infondatezza alla luce della ricognizione della corretta portata delle sentenze della Corte di Giustizia di cui si denuncia l'intervenuta violazione.

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 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, Läära; 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 Läära 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 svolge la propria attività in Italia attraverso i CTD i quali 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 di Giustizia, con riferimento alle sanzioni penali, ha ravvisato un ingiustificato ostacolo alla partecipazione alla gara Bersani da parte 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 soggetti riconducibili all'operatore (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 esponenti aziendali o titolari di CTD di un operatore illegittimamente escluso dalle precedenti gare in virtù di una disciplina contraria ai principi del Trattato, senza che venga in alcun modo scalfito il sistema concessorio - autorizzatorio cui l'ordinamento nazionale sottopone l'attività di gioco, 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 della Stanley 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* attraverso i CTD al diritto interno italiano, né viene introdotta un'esenzione per gli operatori appartenenti ad altri Stati membri dall'assoggettamento alla disciplina interna di carattere concessorio.

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 dalle precedenti gare non possano derivare conseguenze sul piano penale.

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 delle società ricorrenti 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 hanno 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 stranieri alla normativa nazionale, anche penale.

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, precisando come la violazione dei principi del Trattato e l'incompatibilità delle norme incriminatrici possa 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."

Discende dalle precedenti considerazioni che la contestata previsione contenuta nelle Regole Amministrative, laddove preclude la partecipazione alla selezione ai soggetti che, come le società ricorrenti, siano destinatari di procedimenti penali per violazioni delle norme dettate in materia di gioco, ivi compresi i reati di cui all'art. 4 della legge n. 401 del 1989 in quanto operanti in Italia senza licenza di polizia e senza concessione, non si pone in contrasto con la portata delle sentenze comunitarie intervenute in materia, e segnatamente con le sentenze Placanica e Costa-Cifone, le quali, per quanto qui di interesse, si limitano a stabilire la non punibilità degli operatori che siano stati illegittimamente esclusi dalle precedenti gare.

La norma incriminatrice nazionale non trova applicazione soltanto allorchè il soggetto svolga senza autorizzazione di pubblica sicurezza attività organizzata di intermediazione per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive in favore di un allibratore straniero che non abbia potuto ottenere in Italia le concessioni o le autorizzazioni richieste dalla normativa nazionale a causa del rifiuto dello Stato italiano di concederle loro, in violazione del diritto comunitario.

Al di fuori di questo specifico caso non sussiste alcun contrasto, o anche solo una situazione di non conformità, tra le norme interne di cui all'art. 88, T.U.L.P.S. ed all'art. 4, comma 4 bis, della legge n. 401 del 1989, ed i principi generali tema di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

Contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, quindi, nessuna misura doveva essere adottata al fine di rimediare all'affermata incompatibilità tra il sistema concessorio-autorizzatorio con il diritto comunitario, stante l'insussistenza, alla luce di quanto sopra illustrato, di tale incompatibilità - mai riscontrata dalla Corte di Giustizia

– discendendo da tali considerazioni l'immunità dalle proposte censure della impugnata previsione recata dalle Regole Amministrative.

4 – Sotto altro profilo, si duole parte ricorrente delle prescrizioni di cui all'art. 23 dello Schema di Convenzione, ai sensi del quale la decadenza è pronunciata “ per ogni ipotesi di reato per il quale sia stato disposto il rinvio a giudizio e che AAMS, in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario”e per i casi “di violazione accertata dagli organi competenti della normativa in materia di repressione delle scommesse e del gioco anomalo, illecito e clandestino, nonché per frode in competizione sportiva nonché nei casi di grave violazione della normativa in materia antimafia e di antiriciclaggio”.

Al riguardo, sostiene parte ricorrente l'indeterminatezza delle contestate previsioni, tale da rendere impossibile per gli operatori di conoscere a priori i casi in cui potranno essere sottoposti a decadenza, la cui valutazione sarebbe rimessa all'arbitrio dell'Amministrazione, e da cui consegue l'incameramento delle garanzie prestate con conseguente danno patrimoniale, affermando l'incompatibilità di tali prescrizioni con i principi affermati nella sentenza Costa-Cifone, alla luce dei quali le cause di decadenza devono essere chiare, precise e prevedibili.

Con riferimento a tale capo di domanda deve preliminarmente procedersi alla verifica della sussistenza, in capo alle odierne ricorrenti, dell'interesse all'azione, non avendo esse presentato domanda di partecipazione alla selezione.

Pur aderendo il Collegio 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, non può non rilevarsi come 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 preclusione alla partecipazione alla selezione può ritenersi discendere dalle contestate cause di decadenza, la scelta delle ricorrenti 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 a fronte della necessità, in caso di aggiudicazione, di rinunciare allo svolgimento delle proprie attività attraverso i CTD o di incorrere nelle previste cause di decadenza laddove non vi sia cessazione di tali attività.

In particolare, con riferimento alla causa di decadenza prevista dall'art. 23, comma 2, lettera k), relativa alle violazioni accertate dagli organi competenti della normativa in materia di repressione delle scommesse e del gioco anomalo, illecito e clandestino, rileva il Collegio come la circostanza che le ricorrenti - in quanto esercitanti in territorio italiano l'attività transfrontaliera in materia di scommesse senza essere in possesso di concessione né di autorizzazione di Polizia, attraverso i propri CTD, con modalità diverse da quelle previste dalla disciplina italiana ed in violazione della normativa in materia di repressione del gioco irregolare - incorrerebbero nella descritta causa

di decadenza dalla concessione, non è idonea a radicare in capo alle stesse l'immediato interesse all'impugnazione, dal momento che la decadenza opererebbe solo successivamente all'aggiudicazione della concessione, non potendo farsi derivare il carattere immediatamente lesivo della contestata previsione, con corrispondente legittimazione alla sua immediata impugnazione a prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, dalla sussistenza, in capo alle ricorrenti, dei presupposti per la declaratoria della decadenza dall'aggiudicazione eventualmente conseguita.

A diversamente ritenere, le condizioni previste dalla regolamentazione di gara quali requisiti 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 – verrebbero trasposte alla fase di qualificazione e, quindi, di partecipazione alla procedura.

Né il carattere di immediata lesività delle cause di decadenza, come riferite alla situazione in cui versano le ricorrenti, può trovare fondamento nella citate pronunce comunitarie, le quali non hanno sancito il contrasto comunitario, sul punto, dell'ordinamento italiano, né la legittimità del *modus operandi* che caratterizza l'attività delle ricorrenti nell'ordinamento italiano.

Ben potrebbero, quindi, le ricorrenti, al fine di non incorrere nella prevista causa di decadenza, dismettere l'attività esercitata in Italia attraverso i propri CTD ed operare sulla base di un legittimo titolo concessorio ed autorizzatorio, previa partecipazione alla gara, così regolarizzando la propria posizione.

Il carattere lesivo della contestata previsione deve essere correttamente ricondotto, pertanto, ad una autonoma scelta delle ricorrenti, dalla quale solo consegue l'applicazione della prevista causa di decadenza, alla quale sfuggirebbero attraverso la regolarizzazione della loro posizione.

Sussiste, quindi, la prevedibilità degli effetti della previsione contestata, coerentemente con le indicazioni rese dalla giurisprudenza comunitaria, di cui in precedenza si è dato conto, non essendo conseguentemente ravvisabile il lamentato contrasto di tale previsione con la giurisprudenza richiamata.

Anche con riferimento alla diversa 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 ritenersi la sussistenza della legittimazione ad agire, attenendo la stessa alla fase di esecuzione e di gestione del rapporto contrattuale e non avendo alcun riflesso di tipo preclusivo sulla fase di partecipazione alla selezione e di 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 le società ricorrenti fossero gravate 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 declaratorio 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 arbitrarietà 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.

5 – Denuncia, ancora, parte ricorrente il contrasto della 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 il contrasto di tale norma con il principio affermato nella sentenza Costa-Cifone, secondo cui 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 società 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.

7 – Con altro profilo di censura, lamenta parte ricorrente come la durata delle concessioni, la cui scadenza è prevista al 30 giugno 2016, determinerebbe una disparità di trattamento rispetto alle precedenti concessioni a fronte di identità di attività e di investimenti, rendendo i nuovi concessionari meno competitivi in quanto penalizzati, in violazione dei principi affermati dalla sentenza Costa-Cifone, anche in ragione dell'incremento dell'importo delle garanzie fideiussorie da prestare.

Al riguardo, osserva il Collegio che trattasi, all'evidenza, di previsione che 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 non possa anticiparsi la 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 - come condizionata dalla durata delle concessioni da affidare - facendovi confluire indistintamente sia le previsioni relative alla partecipazione alla gara che quelle applicabili al successivo rapporto concessorio, le quali ultime, pur se condizionanti la valutazione dell'utilità e convenienza della partecipazione alla gara e della successiva assunzione della veste di concessionario, non assumono immediata valenza lesiva laddove suscettibili di incidere negativamente su tale valutazione di convenienza e di utilità.

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 conducano ad un giudizio di non convenienza 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.

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 laddove la prevista durata possa incidere in senso negativo sul calcolo della convenienza della partecipazione alla gara, la contestata ridotta durata delle concessioni non è idonea a determinare l’antieconomicità della partecipazione – che asseritamente dovrebbe implicare la legittimazione processuale – 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, il che 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 temperati 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 le ricorrenti siano già operanti nel mercato italiano attraverso le proprie reti fisiche di locali aperti al pubblico, risultando per l'effetto particolarmente agevole, per le stesse, l'avviamento e l'esercizio dell'attività in veste di concessionario avvalendosi dei propri Centri 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.

Non è, inoltre, riscontrabile la denunciata discriminazione a favore dei precedenti concessionari, non essendovi alcuna garanzia che gli stessi risultino aggiudicatari delle nuove concessioni e non contenendo la *lex specialis* alcuna previsione di privilegio per gli stessi, venendo in rilievo una procedura aperta a tutti i soggetti che già esercitano attività di raccolta di gioco in uno degli Stati dello Spazio economico europeo.

8- In conclusione, alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, il ricorso deve essere in parte rigettato e dichiarato inammissibile per il resto.

9 - 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. 8332/2012 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.)

