



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 6059 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sisal s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei, con domicilio eletto presso Rodolfo Mazzei in Roma, via XX Settembre, 1;

***contro***

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato - Aams, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Banca Intesa Sanpaolo Spa;

***per l'annullamento***

a) della nota AAMS prot. n. 2012/29723/Giochi/Ena del 3 luglio 2012, con la quale l'amministrazione, con riferimento a quanto previsto dall'art. 14, comma 3, dell'Atto di Convenzione, ha richiesto a Sisal s.p.a. di comunicare i dati relativi alla raccolta dei Giochi Numerici a Totalizzatore Nazionale, realizzata nel diciottesimo e ultimo bimestre di riferimento (1° maggio – 30 giugno 2012);

b) della nota AAMS prot. n. 2012/30023/Giochi/Ena del 5 luglio 2012, con la quale l'amministrazione ha informato Banca Intesa Sanpaolo s.p.a., che Sisal s.p.a. non avrebbe raggiunto il livello minimo garantito della raccolta per ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello di stipula dell'atto di convenzione;

c) della nota AAMS prot. n. 2012/31509/Giochi/Ena del 12 luglio 2012, con la quale l'amministrazione, constatato che Sisal non avrebbe conseguito, nel bimestre maggio – giugno 2012, il livello minimo convenzionalmente garantito della raccolta per un ammontare pari ad euro 350.000.000,00, ha comunicato all'odierna ricorrente l'avvio del procedimento del corrispondente incameramento relativo alla garanzia prevista dall'art. 22, comma 3, dell'Atto di Convenzione, informandola altresì di avere già comunicato l'accaduto a Intesa Sanpaolo s.p.a., in qualità di fideiussore relativo alla garanzia di cui al detto articolo;

d) ove occorra e *in parte qua*:

1) del decreto direttoriale AAMS prot. n. 2007/23191/Giochi/Ena del 29 giugno 2007 di approvazione dello Schema di Atto di convenzione;

2) dell'Atto di convenzione per il rapporto di concessione per l'esercizio e lo sviluppo dei Giochi Numerici a Totalizzatore Nazionale, sottoscritto tra AAMS e Sisal s.p.a. in data 26 giugno 2009, laddove:

- all'art. 14, comma 3, prevede l'impegno del concessionario ad assicurare un livello minimo della raccolta, per ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello di stipula della convenzione, pari al valore indicato da Sisal s.p.a. nell'offerta economica (euro 350.000.000,00);
  - all'art. 22, 1° e 3° comma, stabilisce l'obbligo per il concessionario di presentare, all'atto della sottoscrizione della Convenzione, una garanzia fideiussoria o bancaria a prima richiesta avente ad oggetto il detto livello minimo della raccolta, per un importo pari ad euro 175.000.000,00 (50% del valore indicato nell'offerta economica);
  - infine, all'art. 27, 1° e 2° comma, lett. f) dispone che, in caso di mancato conseguimento dei livelli minimi di raccolta di cui all'art. 14, comma 3, l'amministrazione, successivamente alla formale contestazione al concessionario, può applicare una penale pari ad euro 500.000,00 per ogni milione di euro o frazione di euro, di mancata raccolta;
- 3) del Capitolato d'Oneri della procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio e dello sviluppo dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, laddove, agli artt. 12.3., lett. b), 12.5, lett. b) e 18.4, ha richiesto ai concorrenti di indicare, in sede di partecipazione alla gara, l'importo del livello minimo garantito delle raccolte ricompreso tra la base economica di euro 260.000.000,00 ed il valore massimo di euro 350.000.000,00, stabilendo altresì agli artt. 14.1, 14.2., e 14.4, l'obbligo per il candidato di impegnarsi a presentare idonea garanzia in ordine al rispetto del detto livello minimo, pari al 50% del valore indicato nell'offerta economica;
- 4) degli artt. 2.2 e 3.2 dell'Allegato E al Capitolato d'Oneri;
- 5) del punto 29) del Nomenclatore Unico delle definizioni;
- e) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque collegato o connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché non conosciuto dalla ricorrente;
- nonché per l'accertamento dell'insussistenza delle posizioni debitorie della ricorrente;
- nonché ancora:
- per l'annullamento dei seguenti atti, impugnati con motivi aggiunti:
- f) della nota AAMS prot. n. 2012/37460/Giochi/Ena del 9 agosto 2012, con la quale l'amministrazione, dopo aver confermato le contestazioni comunicate in precedenza, ha comunicato a Sisal s.p.a. la sospensione dei termini di conclusione del relativo procedimento ai sensi dell'art. 2, comma 7, l. n. 24/90, per l'acquisizione, a fini istruttori, delle informazioni necessarie all'esatta quantificazione delle somme dovute all'Erario;
- g) della nota AAMS prot. n. 2012/40566/Giochi/Ena del 10 settembre 2012, con la quale l'amministrazione ha contestato a Sisal s.p.a. il mancato raggiungimento del minimo garantito per il diciottesimo bimestre e, di conseguenza, richiesto il pagamento entro 30 giorni della relativa penale per una somma pari ad euro 16.500.000,00, con l'avvertimento che, in caso di mancato versamento del suddetto importo, procederà a parziale incameramento della garanzia di cui all'art. 22, 3° comma, della Convenzione;
- h) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque collegato o connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché non conosciuto dalla ricorrente;
- nonché ancora per l'annullamento degli atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo ed, infine, per l'accertamento dell'insussistenza delle posizioni debitorie della ricorrente in merito all'esatto adempimento della Convenzione stipulata in data 26 giugno 2009.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle amministrazioni intimato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 19 dicembre 2012 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

1. Con bando inviato alla G.U.C.E. il 29 giugno 2007, AAMS ha indetto, in applicazione dell'art. 1, comma 90, lett. a), legge 27 dicembre 2006, n. 296, una gara europea, da affidare a qualificati operatori italiani e stranieri, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la concessione in gestione novennale e per lo sviluppo dei Giochi Numerici a Totalizzatore Nazionale (di seguito "GNTN");

Secondo quanto stabilito dall'art. 12.3, lett. b) del Capitolato d'Oneri, l'offerta economica per la partecipazione alla gara in questione, doveva indicare, tra l'altro, l'importo del livello minimo garantito della raccolta dei GNTN, inteso come "importo della raccolta dei giochi numerici a totalizzatore nazionale che il Concessionario si impegna a garantire, per ciascuno dei diciotto bimestri relativi ai tre anni successivi all'avvio della concessione" (punto 29 del Nomenclatore unico delle definizioni).

Ai sensi degli artt. 12.5, lett.b), e 18.4, lett. a) del Capitolato d'Oneri, la base d'asta per l'offerta al rialzo del livello minimo garantito (nei termini suddetti) della raccolta, era data da un valore, riferito convenzionalmente al bimestre, che oscillava da un minimo di 260 milioni di euro, ad un massimo di 350 milioni di euro.

Tale prescrizione è altresì rafforzata dalla facoltà, attribuita ad AAMS, di applicare una penale (pari al 50% della mancata raccolta) in caso di mancato raggiungimento di tali volumi, nonché attraverso il rilascio di una fideiussione bancaria a prima richiesta a garanzia dell'obbligo di pagamento di detta penale.

La raccolta è organizzata dal Concessionario attraverso l'approntamento di una capillare rete distributiva di punti vendita che costituisce, secondo la ricorrente SISAL, lo specifico nonché principale obbligo assunto; la giocata è invece, effettuata da un soggetto terzo.

Il minimo garantito non si configurerebbe, pertanto, come un obbligo di risultato, bensì come una mera obbligazione "di mezzi".

Ciò sarebbe chiaramente desumibile dal fatto che l'obbligo del minimo garantito è previsto soltanto per i primi tre anni. Una volta realizzata la rete distributiva (unica attività sotto il pieno ed effettivo controllo del concessionario), la raccolta non potrà che dipendere da una serie mutevole di fattori, quali la congiuntura economica, l'efficacia delle campagne pubblicitarie etc..

La ragione di tale previsione convenzionale, si comprende, inoltre, considerando che circa il 50% dei corrispettivi delle giocate è destinato all'Erario, mentre il restante 50% è ripartito tra il concessionario (circa il 4%), la rete distributiva (circa l'8%), ed i premi per le giocate risultate vincenti (c.d. *payout*, circa il 38%).

In conformità a quanto stabilito dal Capitolato d'Oneri, l'art. 14, comma 3, dell'Atto di Convenzione, prevede che il Concessionario sia tenuto ad assicurare un livello minimo della raccolta dei GNTN per ciascuno dei 18 bimestri consecutivi a decorrere dal 1° giorno del mese successivo a quello di stipula dell'Atto di Convenzione, in misura pari al valore indicato dal medesimo nell'offerta economica.

In caso di mancato conseguimento di tali livelli minimi garantiti, AAMS ha facoltà di applicare una penale pari ad euro 500 mila per ogni milione di euro non raccolto (art. 27, commi 1 e 2, lett. f) della Convenzione).

A garanzia del corretto adempimento di tale obbligazione risarcitoria, il Concessionario era tenuto, al momento della sottoscrizione della Convenzione, a presentare una fideiussione bancaria a prima richiesta (art. 22, comma 3), di

valore esattamente pari a detta penale riferita ai volumi di un bimestre.

Tale garanzia, doveva avere validità per l'intero periodo di vigenza dell'obbligo di minimo garantito, ovvero, come detto, per i primi 36 mesi successivi all'avvio della Concessione (art. 22, comma 6).

La formulazione della clausola penale fa peraltro salva l'ipotesi che il Concessionario fornisca la prova, *ex art. 1218 c.c.*, della non imputabilità ad esso della mancata raccolta. E' a questo scopo che, in base all'art. 27, comma 1, della Convenzione, AAMS deve inoltrare una formale contestazione al concessionario in ordine al mancato conseguimento dei livelli minimi di raccolta.

Conformemente a quanto stabilito dall'art. 10, comma 1, della Convenzione, nei dieci giorni successivi alla predetta contestazione formale, e prima di procedere con l'escussione della garanzia, l'amministrazione è comunque tenuta a cercare con il Concessionario una soluzione bonaria. Prosegue la ricorrente evidenziando che, alla gara, hanno partecipato tre primari operatori nazionali del settore dei giochi e delle scommesse pubbliche (Sisal, Lottomatica e Snai).

All'esito della seduta pubblica del 26 gennaio 2008, Sisal è risultata aggiudicataria, con un punteggio complessivo di euro 99,32.

Con decreto direttoriale del 31 marzo 2008, AAMS ha quindi aggiudicato a Sisal, la concessione per l'esercizio e lo sviluppo dei GNTN e, in data 26 giugno 2009, è stata sottoscritta la relativa Convenzione.

Nell'offerta economica, Sisal aveva indicato, ai sensi dell'art. 12.3. lett. b) del Capitolato d'onori, un livello minimo garantito della raccolta, riferito convenzionalmente al bimestre, pari a 350 milioni di euro, ed ha quindi fornito la prescritta garanzia fideiussoria.

Il 1° luglio 2009, è stata avviata la concessione affidata a Sisal, la quale, per la raccolta delle giocate, si avvale di una rete distributiva composta, oggi, da più di 40.000 punti vendita fisici.

Il 30 giugno 2012 è scaduto il periodo di 36 mesi dell'avvio della Concessione, per il quale la disciplina di gara e poi di concessione hanno previsto l'obbligo di garantire un volume minimo di raccolta.

Tale volume di raccolta è riferito al bimestre, anche per esigenze di controllo ai fini dell'adozione degli eventuali correttivi ed azioni migliorative ritenute necessari.

Sisal sottolinea di avere raccolto, nel periodo di riferimento, un importo complessivo di circa 9,45 miliardi di euro, realizzando così una raccolta mediamente pari, se riferita a ciascun bimestre, a 525 milioni di euro, superiore di ben 175 milioni di euro all'obiettivo per bimestre.

A fronte di ciò, con nota del 3 luglio 2012, AAMS ha prima richiesto a Sisal i dati relativi all'ultimo bimestre di riferimento, poi, senza nemmeno attendere la risposta, ha informato Banca Intesa che avrebbe, a breve, escusso la fideiussione.

Con nota dell'11 luglio 2012, Sisal rappresentava all'amministrazione di essere stata penalizzata da una serie di problemi, ben noti alla stessa.

Evidenziava, inoltre, che la Convenzione doveva essere letta complessivamente e che, alla luce di tanto, l'obiettivo dei minimi promessi era stato raggiunto e superato.

Il giorno successivo (senza peraltro inoltrare alcuna contestazione formale, in ordine ad un eventuale mancato rispetto di quanto stabilito dall'art. 14, comma 3, dell'Atto di Convenzione, come invece richiesto dall'art. 22, comma 1, della Convenzione medesima), AAMS comunicava a Sisal l'avvio di un fantomatico procedimento relativo "all'incameramento della garanzia prevista dall'art. 22, comma 3, dell'Atto di Convenzione", in realtà non contemplato da alcuna disciplina, né normativa, né pattizia, e, comunque, senza nemmeno indicare quale sarebbe stato, in ipotesi, l'importo dovuto dal Concessionario.

Avverso siffatte determinazioni, con il ricorso principale, Sisal deduce:

I) PREMESSA LA SUSSISTENZA DELLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO AI SENSI DELL'ART. 113, COMMA 1, LETT. A) N. 2 DEL C.P.A.;

II) VIOLAZIONE DELL'ART. 10, COMMA 1, E 27, COMMI 1 E 2, LETT. F) DELLA CONVENZIONE PER OMESSA CONTESTAZIONE FORMALE DEL PRESUNTO INADEMPIMENTO AGLI OBBLIGHI DI CUI ALL'ART. 14, COMMA 3, DELLA CONVENZIONE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 7 E 8 DELLA L. N. 241/90 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, DI CUI ALL'ART. 97 COST. – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, PERPLESSITÀ, MANIFESTA ILLOGICITÀ, CONTRADDITTORIETÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA.

L'art. 27 della Convenzione prevede che, successivamente alla formale contestazione al Concessionario, AAMS, può applicare le penali previste, tra le altre, per il mancato conseguimento dei livelli minimi di raccolta di cui all'art. 14, comma 3.

Inoltre, ai sensi dell'art. 10, comma 1, della Convenzione è previsto che, entro dieci dalla contestazione da parte di AAMS della violazione, le parti si impegnino ad addivenire ad una soluzione bonaria della controversia insorta.

Nel caso di specie, AAMS avrebbe violato tali prescrizioni in quanto, da un lato, non ha effettuato alcuna contestazione formale, mentre, dall'altro, ha comunicato l'avvio di un fantomatico procedimento, relativo all'incameramento della cauzione, non previsto da alcuna disciplina, né normativa, né pattizia. Non sarebbero state comunque rispettate le ulteriori garanzie previste ai fini della partecipazione, in particolare mercé la comunicazione dell'importo dovuto a titolo di penale.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 14, COMMA 3, 22, COMMA 3, E 27, COMMI I E II, LETT. F) DELLA CONVENZIONE PER INSUSSISTENZA DI UN INADEMPIMENTO DI SISAL – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA L. N. 7 AGOSTO 1990, N. 241, E DEGLI ARTT. 1175, 1366, 1370, 1371 E 1375 C.C. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, DI CUI ALL'ART. 97 COST., NONCHÉ DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, PERPLESSITÀ, MANIFESTA ILLOGICITÀ, CONTRADDITTORIETÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Parte ricorrente ritiene di avere adempiuto a quanto prescritto dall'art. 14, comma 3, dell'Atto di convenzione. In sede di offerta economica, era stato chiesto al Concessionario di indicare i volumi minimi della raccolta che lo stesso prevedeva si sarebbero realizzati nei primi 36 mesi dall'avvio della Concessione. Sisal evidenzia che – rapportando i volumi di raccolta a tutti e 36 i mesi successivi all'avvio della Convenzione – la raccolta è stata, per ciascun bimestre, pari a 525 milioni di euro e quindi superiore di ben 175 milioni rispetto a quanto indicato in sede di gara, con un introito erariale aggiuntivo complessivo pari a 1,5 miliardi di euro.

In sostanza, ritiene di trovarsi nella stessa situazione di un mutuatario che abbia usufruito di una clausola di estinzione anticipata del mutuo. Pertanto, il comportamento di AAMS contrasterebbe:

- con il canone generale di correttezza nei rapporti negoziali di cui all'art. 1175, c.c.;
- con l'obbligo di interpretazione del contratto secondo buona fede (art. 1366 c.c.);
- con le disposizioni di cui agli artt. 1370 e 1371 c.c., relative all'interpretazione delle clausole dei moduli e formulari predisposti da uno dei contraenti;
- nonché, ancora, con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c..

Secondo parte ricorrente l'obbligo del Concessionario riguarda il volume complessivo della raccolta mentre le scadenze bimestrali hanno una mera funzione di verifica. In sostanza, l'obbligazione sarebbe stata completamente

adempita da Sisal ben prima del compimento del 18° bimestre;

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2, COMMA 2, SECONDO PERIODO, D.L. 25 MARZO 2010, N. 40 (CONV. IN L. 26 APRILE 2010, N. 73) E DELL'ART. 1, COMMA 78 N. 23) E COMMA 79, L. 13 DICEMBRE 2010, N. 220 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA L. 7 AGOSTO 1990, N. 241 E DEGLI ARTT. 1175, 1218, 1223, 1225, 1227, 1366, 1370, 1371 E 1375 C.C. PER NON IMPUTABILITÀ A SISAL DELL'INADEMPIMENTO DI CUI ALL'ART. 14, COMMA 3, DELLA CONVENZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DI CUI ALL'ART. 97 COST., NONCHÉ DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, PERPLESSITÀ, MANIFESTA ILLOGICITÀ, CONTRADDITTORIETÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Sisal ritiene comunque che l'inadempimento sia dovuto a cause che non le sono imputabili.

In tema, il Consiglio di Stato ha ritenuto più volte illegittima l'applicazione di penali irrogate secondo un meccanismo automatico in ragione del solo elemento oggettivo dell'inverarsi dell'inadempimento, in assenza di una situazione di responsabilità addebitabile in via colposa alla Concessionaria.

In tal senso si è mosso anche il Legislatore che, con l'art. 1, comma 78 n. 23, e comma 79 della l. n. 220/2010, in rubrica, ha fatto obbligo ai concessionari di sottoscrivere un atto integrativo delle convenzioni in essere per adeguarne i contenuti, tra gli altri, ai principi della “definizione di sanzioni, a titoli di penale, a fronte di inadempimenti imputabili al concessionario, anche a titolo di colpa”, nonché di “graduazione” delle penali stesse in funzione della gravità dell'inadempimento, nel rispetto dei principi di proporzionalità ed effettività della sanzione.

Parte ricorrente richiama, altresì, l'art. 2, comma 2, d.l. n. 40/2010.

Alla luce di tale quadro normativo è quindi certo che debba farsi rinvio al diritto comune in materia di imputabilità dell'inadempimento, prova del danno cagionato, congruità e proporzionalità della penale.

Sisal ritiene di avere dimostrato ad AAMS che il mancato conseguimento dell'obiettivo di raccolta nell'ultimo bimestre prescritto sia dovuto a cause non dipendenti dalla sua volontà bensì alla circostanza che alcune fondamentali iniziative, già previste dagli atti di gara, e, comunque, proposte fatte da Sisal ad AAMS per incentivare le giocate, non siano andate a buon fine.

La società si riferisce, in particolare:

- a) alla mancata autorizzazione ad avviare, nel giugno 2012, la campagna pubblicitaria relativa al Superenalotto denominata “Lasciatemi sognare”;
- b) alla mancata indizione del GNTN c.d. “Enalotto Telematico”;
- c) alla mancata revisione del c.d. “payout” del SuperEnalotto (cioè la quota di raccolta destinata al montepremi da ripartirsi tra i vincitori);
- d) ad ulteriori circostanze non riconducibili a Sisal, quali, la mancata autorizzazione del progetto di estrazione televisiva su Rete 4; il ritardo, da parte di AAMS, nel concedere le richieste autorizzazioni, l'autorizzazione da parte di AAMS di nuovi giochi simili a quelli già gestiti da SISAL a favore di Concessionari diretti concorrenti; infine, lo “sciopero della raccolta” indetto nel mese di giugno 2012 da parte dell'Associazione di categoria dei raccoglitori STS –Sindacato ricevitori sportivi.

In particolare, in data 29 maggio 2012, Sisal ha chiesto ad AAMS di essere autorizzata all'immediata messa in onda della campagna di comunicazione relativa al Superenalotto, denominata “Lasciatemi sognare”, già in precedenza approvata da AAMS e messa in onda nel febbraio 2012, con ottimi risultati. AAMS non ha tuttavia inviato alcun

risposta, in stridente contrasto con quanto previsto dall'art. 15, comma 3, della Convenzione, secondo cui il concessionario può effettuare, previa autorizzazione di AAMS, anno per anno ed a proprio carico, ulteriori investimenti di comunicazione ed informazione, "in aggiunta a quelli sopra previsti".

In tal modo, la ricorrente calcola che nel bimestre maggio – giugno 2012, sarebbe stato possibile realizzare un incremento della raccolta complessiva per un importo pari a 16,4 milioni di euro.

Sisal evidenzia ancora che, tra i giochi oggetto della concessione (art. 2.1. lett. b) del Capitolato d'Oneri e art. 2, comma 1, lett. b) della Convenzione; cfr. anche il Capitolato di sviluppo, par. 2.5.) rientra anche l'Enalotto telematico.

Tale gioco è stato oggetto di diverse comunicazioni e richieste inviate da Sisal, ma, allo stato, il decreto AAMS di approvazione e indizione del gioco, seppure previsto entro la fine del 2011, non è ancora stato pubblicato. Parte ricorrente calcola che, se il lancio del gioco fosse regolarmente intervenuto sin dall'inizio del 2012, la raccolta aggiuntiva stimata sarebbe stata di circa 6,3 milioni di euro.

Evidenzia, ancora, che il Capitolato di sviluppo aveva previsto espressamente un incremento del payout del Superenalotto. Se ciò, ad esempio, fosse avvenuto aumentandolo sino al 50% della raccolta, Sisal ipotizza che l'incremento della raccolta sarebbe stato pari a 56,4 milioni di euro.

Nel caso di specie, difetterebbe pure la prova dell'asserito danno riportato dall'amministrazione, laddove invece si sono realizzate (avendo riguardo all'intero periodo 1° luglio 2009 – 30 giugno 2012), entrate superiori a quelle preventivate.

La penale prevista dalla Convenzione è, comunque, incongrua e sproporzionata

A tal fine parte ricorrente evidenzia che, paradossalmente, ove la raccolta si fosse attestata, per tutti e 18 i bimestri, appena al di sopra del minimo, essa – pur a fronte di complessive, minori entrate erariali – non avrebbe potuto essere sanzionata.

5) IN ULTERIORE SUBORDINE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, DELLA L. 7 AGOSTO 1990, N. 241, E DEGLI ARTT. 1325 E 1381 C.C. – NULLITÀ DELLE CLAUSOLE DI CUI AGLI ARTT. 14, COMMA 3, E 27, COMMA 2, LETT. F) DELLA CONVENZIONE, IN QUANTO CONTRARIE AL PRINCIPIO DI ORDINE PUBBLICO CHE IMPONE DI CONTRASTARE IL FENOMENO DELLA C.D. LUDOPATIA NONCHÉ AGLI ARTT. 1325 E 1381 C.C. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DI CUI ALL'ART. 97 COST., NONCHÉ DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, PERPLESSITÀ, MANIFESTA ILLOGICITÀ, CONTRADDITTORIETÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Sisal evidenzia anzitutto come i giocatori siano soggetti "terzi" rispetto al concessionario, nei riguardi dei quali essa non può garantire alcunché. L'attività di gioco è poi un'attività sensibile e non può essere sollecitata oltre un certo limite (come dimostra oggi, la normativa di contrasto alla ludopatia, art. 1, comma 70, l. 13 dicembre 2010, n. 220 e art. 24, comma 23, d.l. 6 luglio 2011, n. 98). In sostanza, le clausole di cui in rubrica sarebbero nulle per violazione dei limiti di ordine pubblico tesi ad evitare il gioco eccessivo e la dipendenza dal gioco.

La ricorrente, in ossequio al principio di conservazione del negozio, di cui all'art. 1367 c.c., reputa perciò che l'unico modo per salvare dalla nullità le clausole di cui si discute, sia quello di considerarle come espressione di una obbligazione di mezzi e non già di risultato.

Secondo una ulteriore, subordinata prospettazione, l'obbligazione di Sisal sarebbe giuridicamente configurabile, al massimo, come "promessa del fatto del terzo", ai sensi dell'art. 1381 c.c..

In tale ipotesi il promittente si obbliga principalmente ad un "facere", e, con una seconda obbligazione, a

corrispondere un indennizzo se, nonostante i suoi sforzi, il risultato prospettato non si realizzi. Ovviamente, prosegue la ricorrente, il concetto di indennizzo non può essere assimilato a quello di risarcimento del danno. Sisal reputa altresì che, nelle fattispecie in esame, la mancata realizzazione del fatto altrui sia stata erroneamente assimilata dall'amministrazione ad un inadempimento (essendo la penale una forma di liquidazione anticipata del risarcimento del danno), laddove invece la somma dovuta avrebbe dovuto essere quantificata secondo canoni indennitari.

6) IN ULTERIORE ED ESTREMO SUBORDINE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA L. 7 AGOSTO 1990, N. 241 E DELL'ART. 1382 C.C. – ILLEGITTIMITÀ DELL'APPLICAZIONE DELLA PENALE DI CUI ALL'ART. 27, COMMA 2, LETT. F) DELLA CONVENZIONE PER MANIFESTA ECCESSIVITÀ DELLA STESSA CON RICHIESTA DI RIDUZIONE EQUITATIVA, AI SENSI DELL'ART 1384 C.C. – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DI CUI ALL'ART. 97 COST., NONCHÉ DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, PERPLESSITÀ, MANIFESTA ILLOGICITÀ, CONTRADDITTORIETÀ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA.

L'art. 1384 c.c. attribuisce al Giudice il potere di diminuire equamente l'entità della penale qualora l'obbligazione principale sia stata in parte eseguita e l'ammontare della penale sia manifestamente eccessivo. Nel caso di specie, Sisal evidenzia che il livello minimo garantito di raccolta è stato raggiunto per 17 bimestri su 18, con conseguimento di un utile erariale molto superiore a quello in origine preventivato. Ritiene pertanto che la penale debba essere congruamente rideterminata.

Si è costituita, per resistere, l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, depositando documenti e relazione.

Con motivi aggiunti depositati il 21 settembre 2012, Sisal ha esteso l'impugnazione agli atti, meglio indicati in epigrafe, con cui AAMS, dopo avere sospeso i termini di conclusione del procedimento in essere, per quantificare esattamente le somme dovute all'Erario, ha effettuato, in data 10 settembre 2012, una nuova contestazione del mancato raggiungimento del minimo garantito per il diciottesimo bimestre, e, conseguentemente, ha richiesto il pagamento entro 30 giorni della relativa penale, con l'ulteriore avvertimento che, in caso di mancato pagamento del suddetto importo, si sarebbe provveduto ad escutere la garanzia prestata.

Ha quindi ulteriormente dedotto:

- che anche alla luce dell'attività posta in essere dall'amministrazione a seguito della notifica del ricorso introduttivo, continuano ad essere violate le garanzie di partecipazione al procedimento; in particolare, sebbene Sisal abbia presentato osservazioni scritte già in data 13 luglio 2012, l'amministrazione non ha ritenuto di controdedurre alcunché e si è limitata a richiamare le disposizioni convenzionali in contestazione, venendo meno all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della l. n. 241/90;
- che gli atti impugnati con i motivi aggiunti sono comunque affetti da illegittimità derivata per i vizi che inficiano gli atti presupposti, e che vengono pertanto integralmente riproposti.

Resiste ai motivi aggiunti, oltre ad AAMS, anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Le parti hanno depositato memorie, conclusionali e di replica, in vista della pubblica udienza del 19 dicembre 2012, alla quale il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. In attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 90, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato ha esperito una procedura di gara pubblica in ambito comunitario per

l'affidamento in Concessione dell'Esercizio e dello Sviluppo dei Giochi Numerici a Totalizzatore Nazionale.

Tra gli elementi dell'offerta economica che hanno portato all'individuazione del soggetto aggiudicatario, era, tra l'altro, presente l'impegno di assicurare allo Stato un livello minimo garantito della raccolta del gioco, per ciascuno dei primi diciotto bimestri di durata della Concessione.

In particolare, ai sensi del par. 12.3 del Capitolato d'Oneri "il livello minimo della raccolta" viene definito come "il valore minimo da assicurare per ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal giorno 1 del mese successivo a quello di stipula dell'atto convenzione".

L'offerta economica si componeva, peraltro, anche del "compenso del concessionario", di una "somma *una tantum*" da destinare al perseguimento delle missioni istituzionali di AAMS, dell'importo dell'investimento annuale riguardante gli interventi di comunicazione ed informazione relativi ai giochi numerici a totalizzatore nazionale di cui all'art. 15, comma 2, dell'Atto di Convenzione.

Per quanto riguarda il minimo garantito, l'offerta di Sisal, risultata vincitrice, è stata pari a 350 milioni di euro.

L'Atto di Convenzione, per quanto qui interessa, prevede, all'art. 2 che "La concessione ha per oggetto le attività e le funzioni per l'esercizio e lo sviluppo dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, attraverso la conduzione della rete distributiva per la commercializzazione, ed in particolare, dei seguenti giochi: a) Enalotto; b) Enalotto telematico; c) qualunque ulteriore gioco numerico a totalizzatore nazionale che AAMS riterrà in qualsiasi momento di voler commercializzare per mezzo della rete distributiva, in particolar modo qualora i giochi originariamente concessi dovessero perdere l'iniziale remuneratività; d) i giochi opzionali e complementari [...]".

In base all'art. 10, comma 1, "Il concessionario è responsabile degli obblighi posti a suo carico. In questo caso le parti, espressamente e comunemente, convengono che, entro dieci giorni dal giorno in cui AAMS avrà provveduto alla contestazione formale della o delle violazioni, si impegnano ad addivenire ad una soluzione concordata della vertenza insorta. Ove, entro trenta giorni dal giorno in cui AAMS avrà provveduto alla formale contestazione della o delle violazioni, le parti non siano addivenute ad un accordo per la definizione delle controversia insorta, AAMS provvederà all'escussione della garanzia di cui al successivo articolo 22, comma 2, rilasciata a copertura degli obblighi violati dal concessionario".

L'art. 14, comma 3, stabilisce che "Il concessionario si impegna espressamente ed incondizionatamente ad assicurare un livello minimo garantito della raccolta dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, per ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal giorno 1 del mese successivo a quello di stipula dell'atto di convenzione, pari al valore indicato nell'offerta economica di euro 350.000.000,00 [...]".

L'art. 15 è dedicato agli "Impegni del concessionario relativamente allo sviluppo dei giochi numerici a totalizzatore nazionale".

Esso stabilisce, tra l'altro, che il concessionario si impegna a "realizzare gli impegni assunti nel capitolato di sviluppo [...] che recepisce i contenuti del progetto di sviluppo, in conformità all'art. 11.3, lett. c) del capitolato d'oneri" (art. 1, comma 1, lett. b). In base al comma 2, inoltre, "Il concessionario, per la realizzazione degli interventi di comunicazione ed informazione, si impegna espressamente a stanziare, a decorrere dall'avvio della concessione, un importo annuo, pari al valore percentuale della raccolta dell'anno precedente di 1,82% indicato nell'offerta economica. Tale importo non può comunque essere inferiore ad euro 10.000.000 (diecimilioni/00)".

Il concessionario quindi (comma 3), presenta alla valutazione di AAMS, entro il 30 settembre di ogni anno, il piano dei progetti e delle iniziative che intende adottare nell'esercizio successivo per la gestione dei giochi affidati in concessione. Il suddetto piano deve riportare i progetti di cui alla lettera b) del comma 1, nonché le iniziative di comunicazione ed informazione di cui al comma 2, con l'indicazione dei tempi di attuazione e dell'importo di spesa per le varie voci.

Il quarto capoverso, precisa, altresì che “Il concessionario può effettuare, previa autorizzazione di AAMS, anno per anno ed a proprio carico, ulteriori investimenti di comunicazione ed informazione, in aggiunta a quelle previsti”.

Ai sensi dell’art. 22 (“Garanzie per la corretta esecuzione degli obblighi e degli impegni oggetto di concessione”), costituisce “oggetto della seconda garanzia, denominata garanzia temporanea, da presentare all’atto della sottoscrizione della convenzione, il livello minimo garantito della raccolta dei giochi numerici a totalizzatore nazionale [...]” (comma 3).

Prescrive poi l’art. 27 (“Penali”) che “Fermi restando i casi di decadenza dalla concessione, previsti dall’Atto di Convenzione, AAMS, successivamente alla formale contestazione al concessionario, può applicare le penali previste al comma 2. Le penali non esonerano il concessionario da ogni eventuale responsabilità civile verso terzi né dall’ulteriore danno provocato agli interessi erariali” (comma 1).

Per quanto qui interessa, è previsto in particolare che “per il mancato conseguimento dei livelli minimi di raccolta dei giochi numerici a totalizzatore nazionale di cui all’art. 14, comma 3, è applicata una penale pari ad euro 500.000,00 (cinquecentomila/00) per ogni milione di euro di mancata raccolta” (comma 2, lett. f).

Giova infine richiamare anche i paragrafi 2.3 e 2.5. del Capitolato di sviluppo.

Il primo concerne gli “Interventi sulle formule dei Giochi attualmente commercializzati” e conferma, tra gli altri “l’obiettivo di intervenire sulla struttura del gioco per rendere più facile e frequente l’esperienza di vincita e mantenere attrattiva l’intera gamma dei premi, incluso il *jackpot*. A tal proposito saranno presi in considerazione due interventi strutturali sul gioco che necessitano di intervento politico – normativo: - la variazione del prezzo di combinazione [...] - [...] l’adeguamento del montepremi di SuperEnalotto [...]”.

Il par. 2.5 è dedicato ai GNTN telematici.

Viene precisato che le tre formule di gioco proposte in sede di offerta dal Concessionario “devono essere adeguate alla luce dell’evoluzione del mercato, del nuovo contesto normativo determinato dall’emanazione della citata legge di adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive e della legge di conversione del decreto – legge n. 39 del 28 aprile 2009, che ha fissato nuovi livelli di imposizione per i giochi *on – line* introdotti con l’occasione ( le proposte presentate in sede di gara non sono più attuali in termini di prezzo della giocata e di percentuale di raccolta destinata a montepremi)”.

1.1. Ciò posto, in via preliminare, relativamente alla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia in esame, il Collegio non può che rinviare alla giurisprudenza del Consiglio di Stato il quale, proprio in tema di concessioni di gioco pubblico, ha costantemente affermato che “la fase esecutiva di un rapporto convenzionale [...] in merito all’affidamento di un servizio pubblico, rientra con sicurezza nella sfera di cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell’art. 11, comma 5, della legge 7 agosto 1990, nr. 241 (nonché, oggi, anche dell’art. 133, comma 1, lettera a), nr. 2, cod. proc. amm.)” (così, da ultimo, sez. IV, sentenza 24 aprile 2012, n. 2433; cfr. anche le decisioni n. 9347 del 2010 e n. 4795 del 2010 della stessa Sezione), ulteriormente soggiungendo che “l’esistenza di un potere discrezionale del soggetto pubblico non vale di per sé a escludere che il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell’inadempimento del contratto, allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare (Consiglio di Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568). Il che implica, nella questione in esame, che parimenti devono trovare ingresso nella valutazione del giudice anche le regole di diritto comune in materia di imputabilità dell’inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa sanzione [...]”.

Vero è che, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, si rinvengono anche decisioni di segno contrario. Ad esempio, sempre con riguardo ad una concessione di esercizio di giochi pubblici con vincita in denaro, la stessa IV Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 20 giugno 2012, n. 3609), ha affermato che “Appartiene alla giurisdizione

ordinaria la controversia avente ad oggetto l'incameramento della cauzione sulla base di una specifica clausola contrattuale che attribuisca alla stazione appaltante la facoltà di escutere la polizza prestata a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali, senza necessità di diffida o di provvedimento giudiziario e senza possibilità per l'appaltatore e l'istituto assicuratore di opporre eccezioni.”

Le Sezioni Unite della Cassazione, anche da ultimo (sentenza 20 giugno 2012, n. 10149), hanno ricordato che “la L. n. 205 del 2000, art. 7, ha demandato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi comprese quelle riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale” e che tuttavia, “tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale (sent. 204/2004) nella parte che comprendeva nella nuova giurisdizione tutte le controversie in tema di pubblici servizi anziché solo quelle ‘relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi...’: perciò sostanzialmente ripristinandosi il criterio di riparto della L. n. 1034 del 1971, art. 5. Il quale infine è stato recepito senza sostanziali modifiche dal D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. c (cod. proc. amm.)”.

Siffatta ripartizione è stata sempre interpretata dalle Sezioni Unite nel senso che “le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario se non coinvolgono l'accertamento dell'esistenza o del contenuto della concessione, né la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante ovvero investano l'esercizio di poteri discrezionali - valutativi nella determinazione delle indennità o canoni stessi: piuttosto che l'accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali sia sull' ‘an’ che sul ‘quantum’ del corrispettivo (Cass. sez. un. 2006/15217 e 2006/22661 e 2007/411)”, concludendo perciò che “le controversie concernenti ‘indennità, canoni o altri corrispettivi’ riservate alla giurisdizione del giudice ordinario sono sostanzialmente quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra P.A. concedente e concessionario del bene o del servizio pubblico, contenuto in ordine al quale la contrapposizione tra le parti si presta ad essere schematizzata secondo il binomio ‘obbligo-pretesa’, senza che assuma rilievo un potere d'intervento riservato alla P.A. per la tutela d'interessi generali. Laddove se la controversia esula da tali limiti e coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio, il conflitto tra P.A. e concessionario si configura secondo il binomio ‘potere-interesse’ e viene attratto nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo (Cass. sez. un. 7861/ 2001; 22661/2006)”.

In definitiva, la vertenza appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, se, nell'ambito del “*petitum*” sostanziale del ricorso, sia richiesto, o meno, per la risoluzione del caso, un sindacato sui poteri esercitati dalla p.a. in seno al rapporto concessorio, precluso al giudice civile; qualora, invece, non vengano in discussione tali poteri ma si tratti, ad esempio, soltanto di individuare la disciplina utile per determinare il canone (in relazione allo specifico atto di concessione), il giudice sarà chiamato ad una attività meramente accertativa, rientrante nell'orbita della giustizia ordinaria (cfr., Cons. St., sez. VI, 3 novembre 1999, n. 1711; cfr. anche, Cass. civ., sez. un., 3 aprile 2009, n. 8113).

In particolare, ove le parti concordino circa l'oggetto e il contenuto del rapporto, le controversie che riguardino la mera quantificazione di indennità canoni e altri corrispettivi, esulano dalla giurisdizione esclusiva del g.a.. Se invece la controversia si incentra sulla qualificazione del rapporto concessorio, la vera materia del contendere non è la definizione del canone in sé perché essa, a ben vedere, costituisce soltanto la conseguenza di un modo di intendere il rapporto concessorio (TAR Lazio, sez. II<sup>a</sup>, 6 marzo 2009, n. 2361).

Questo è, a parere del Collegio, il caso di specie, in cui le parti non concordano circa l'esatta configurazione degli obblighi derivanti del rapporto concessorio, né, conseguentemente, sull'interpretazione della convenzione

accessiva, di talché, l'accertamento relativo all'esistenza, o meno, di un inadempimento di Sisal e della sua imputabilità nonché, infine, circa l'esistenza dei presupposti di applicazione della clausola penale inserita nell'Atto di Convenzione, presuppone, a monte, la corretta qualificazione del rapporto, quale conformato dall'esercizio dei poteri discrezionali della p.a. (cfr. Cons. St., sez VI, 27 giugno 2006, n. 4090).

2. Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene altresì di dovere esattamente inquadrare la natura del "livello minimo garantito di raccolta", che, ai sensi dell'art. 14, comma 3, della Convenzione, il Concessionario si è impegnato "espressamente ed incondizionatamente ad assicurare" per "ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal giorno 1 del mese successivo a quello di stipula dell'atto di convezione".

Infatti, la maggior parte delle argomentazioni spese da Sisal si fonda sulla circostanza che il minimo garantito costituirebbe (analogamente alla realizzazione e alla conduzione della rete distributiva) un obbligo di fare, in relazione al quale, atteso che la raccolta dipende da fattori intrinsecamente aleatori - quali la "propensione" al gioco del pubblico dei consumatori - dovrebbe predicarsi la natura di mera obbligazione c.d. di "mezzi"; con la conseguenza che, oltre la regolare conduzione della raccolta, secondo i livelli di servizio previsti nel capitolato tecnico, null'altro sarebbe da Sisal logicamente esigibile.

Orbene, è evidente la contraddizione logica insita in siffatto argomentare, posto che, accedendo alla prospettazione di parte ricorrente, i due impegni, quello relativo all'esercizio dei giochi, e quello relativo al "minimo garantito", verrebbero esattamente a coincidere.

In realtà - come reso evidente dal fatto che, in sede di gara, il minimo garantito era una componente non già dell'offerta tecnica, bensì di quelle economica - il livello minimo di raccolta offerto dall'aggiudicatario ha natura affine al canone di concessione, altro non essendo che il prezzo che un imprenditore del settore è disposto a corrispondere allo Stato per ottenere il diritto di gestire il servizio (lucrando, nel caso di specie, l'aggio nonché i compensi incrementali descritti nell'art. 24 dell'Atto di Convenzione).

Va soggiunto che, nonostante alcune peculiarità, anche il rapporto in esame può inquadrarsi nella nozione di concessione, di derivazione comunitaria, recepita nell'art. 30 del Codice dei Contratti pubblici, secondo cui "Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare".

Giova anche ricordare che è ormai fermo, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'orientamento secondo cui le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, bensì esclusivamente per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (Cons. Stato Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; id., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5359).

In tal senso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato appare allineata a quella più recente della Corte di Giustizia (Corte giust. com.eu, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, Eurawasser; id., 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, Acoset; id., 10 marzo 2011, in causa C-274/09, Stadler; id., 10 novembre 2011, in causa C-348/10, Norma-A SIA).

Secondo la Corte di Giustizia UE, il rischio di gestione deve essere inteso come esposizione all'alea del mercato che può tradursi, alternativamente o congiuntamente, nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di

uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nell'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nella responsabilità per danni legati a carenze di servizio (Corte giust. com. eu., sez. II, 10 novembre 2011, n. 348).

Anche nel caso in esame è evidente, ad esempio, che sul concessionario viene trasferito il rischio delle mutevoli dinamiche del mercato dei giochi pubblici.

La descrizione di tali dinamiche e della Strategia di sviluppo delle formule di gioco, pianificata da AAMS in aderenza al Progetto di sviluppo, presentato da Sisal in sede di partecipazione alla procedura di selezione, è contenuta nel Capitolato di Sviluppo, versato in atti dalla ricorrente.

In esso, si legge che, secondo AAMS, "lo scenario più probabile per i prossimi anni, sarà così articolato:

- crescita dei volumi complessivi, anche se con tassi inferiori rispetto agli ultimi anni;
  - ampliamento della gamma di prodotti offerti, caratterizzata da una sempre più elevata articolazione, per soddisfare tutte le possibili motivazioni di gioco;
  - maturità del consumatore, attento ad individuare i prodotti a più alta resa, in grado di restituire vincite frequenti, ma comunque sempre sensibile al sogno della grande vincita;
  - crescente concorrenzialità del mercato, per la quale i prodotti di gioco saranno sempre più parte del grande universo dei consumi possibili e si troveranno a dover competere non solo tra di loro, ma anche con prodotti esteri"
- (pag. 5).

In tale quadro, la previsione di un minimo garantito di raccolta per i primi tre anni dall'avvio della Concessione (e quindi di una proporzionale, sicura entrata erariale), costituisce, per così dire, il biglietto che il concessionario è disposto a pagare per entrare o consolidarsi nel mercato dei giochi pubblici. Di talché, la circostanza, particolarmente enfatizzata da Sisal, che il livello minimo garantito sia richiesto dallo Stato per i soli primi 18 bimestri decorrenti dall'avvio della Concessione (di durata novennale, salvo proroga), si spiega con l'esigenza di incentivare l'aggiudicataria, nei primi anni del rapporto di concessione, ad organizzare al meglio la rete distributiva per poi consentirle, nella fase successiva, di raggiungere l'equilibrio economico – finanziario e/o di remunerare il capitale investito, senza doversi preoccupare di garantire un introito minimo all'Erario.

Le considerazioni che precedono convincono il Collegio che – ove si riguardi l'art. 14, comma 3, in combinato disposto con l'art. 27, comma 2, lett. f), dell'Atto di Convenzione - il livello minimo di raccolta è sicuramente più assimilabile ad un "dare" (o meglio, all'obbligo di pagamento di un corrispettivo) che ad un "fare".

Ciò posto, occorre a questo punto verificare quale sia la struttura dell'obbligazione in esame.

Parte ricorrente reputa che essa consista non già nell'assicurare allo Stato un livello minimo di raccolta ogni due mesi, quanto nell'obbligo di raggiungere il livello complessivo dato dalla somma del minimo stabilito per ciascuno dei 18 bimestri decorrenti dal giorno 1 del mese successivo a quello della stipula dell'Atto di Convenzione.

In sostanza, il riferimento al bimestre avrebbe rilevanza soltanto al fine di "monitorare" l'andamento della raccolta, ma non entrerebbe nella struttura dell'obbligazione

Orbene, tale ricostruzione appare contraria al chiaro tenore letterale sia della clausola del Capitolato d'Oneri, in precedenza riportata, sia di quella dell'Atto di Convenzione, secondo cui l'impegno del concessionario riguarda "ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal giorno 1 del mese successivo a quello di stipula dell'atto di convenzione", per un importo pari al valore indicato nell'offerta economica.

E se può convenirsi che tale scadenza risponda (anche) ad un'esigenza di "monitoraggio", deve tuttavia escludersi che il riferimento al bimestre persegua esclusivamente finalità di verifica contabile. Con la formula in esame, lo Stato (e per esso AAMS) ha inteso infatti assicurarsi un regolare e costante flusso di cassa.

Giova soggiungere che l'evenienza di una raccolta superiore al minimo garantito, per alcuni o tutti i bimestri

previsti dall'Atto di Convenzione (come avvenuto nel caso di specie, in cui, nei primi 17 bimestri, la raccolta è stata superiore al livello minimo garantito), è del tutto indifferente rispetto all'obbligo assunto verso l'Erario, perlomeno in assenza di una previsione espressa che consenta di operare compensazioni tra bimestri.

Al riguardo, non giova a Sisal l'argomentazione incentrata sul raffronto tra la situazione in esame e quelle del mutuatario che si avvalga di una clausola di estinzione anticipata del mutuo.

L'estinzione anticipata di un mutuo è infatti possibile solo quando sia stata espressamente concordata dalle parti, mentre, nella fattispecie, come appena evidenziato, in alcuna parte della Convenzione si rinviene una disposizione che consenta a Sisal di sciogliersi anticipatamente dal vincolo del minimo, ovvero che, per converso, stabilisca, quale termine di scadenza per l'adempimento dell'obbligazione, quello del compimento del triennio.

La scadenza bimestrale dedotta in convenzione risponde, in definitiva, ad un interesse finanziario dello Stato, secondo un assetto negoziale che era ben chiaro sin dalla fase di selezione del Concessionario.

3. Nel merito, il primo gruppo di rilievi svolto da Sisal riveste natura procedimentale.

AAMS non avrebbe proceduto alla "contestazione", prevista dall'art. 27, comma 1, dell'Atto di Convenzione, né, comunque, avrebbe diversamente provveduto a dare comunicazione dell'avvio del procedimento di applicazione della penale. Non avrebbe, infine, nemmeno cercato di raggiungere la "soluzione concordata" prevista dall'art. 10, comma 1, dell'Atto di Convenzione.

3.1. Osserva il Collegio, che, effettivamente, in un primo momento, l'amministrazione ha agito in maniera non del tutto lineare. Infatti, invece di "contestare" formalmente l'inadempimento, secondo quanto prescritto dall'art. 27, comma 1, dell'Atto di Convenzione, ha ritenuto di dover avviare un "procedimento di incameramento" della garanzia prevista dall'art. 22, comma 3 (nota AAMS prot. 2012/31509/giochi/Ena del 12 luglio 2012), sia pure sulla scorta del mancato conseguimento da parte del Concessionario, nel bimestre maggio – giugno 2012, del minimo garantito.

In materia, occorre però evidenziare che, vertendosi in ordine ad atti non già di natura provvedimentoale, bensì paritetica, non trovano diretta applicazione le garanzie procedimentali previste dalla l. n. 241/90.

Nel caso di specie, secondo l'assetto convenzionale sopra sintetizzato, è esclusivamente previsto, in capo ad AAMS, un obbligo di contestazione, che, a parere del Collegio, l'amministrazione ha assolto sostanzialmente già con l'appena citata nota del 12 luglio 2012.

Va poi considerato che, successivamente, in data 9 agosto 2012 (nota prot. 2012/37460/Giochi/Ena), AAMS, richiamandosi alle "contestazioni" in precedenza comunicate, ha dapprima sospeso "i termini di conclusione del procedimento", e poi, a seguito dell'esatta quantificazione delle somme dovute all'Erario, richiesto il pagamento della penale prevista dall'art. 27, comma 2, lett. f) dell'Atto di Convenzione.

Nel frattempo, parte ricorrente, come dalla stessa evidenziato, aveva già avuto modo di rappresentare, con nota del 13 luglio 2012, le proprie controdeduzioni. Tuttavia, AAMS non era tenuta a "motivare" alcunché (almeno, non nel senso fatto proprio dall'art. 3 della l. n. 241/90), bensì soltanto ad esercitare correttamente i diritti e le prerogative stabilite nell'Atto di Convenzione. Di talché, il cuore della presente controversia, non è accertare se l'amministrazione abbia legittimamente provveduto, bensì se inadempimento vi sia e se, conseguentemente, sia dovuto il pagamento dell'importo stabilito a titolo di penale, dall'art. 27 dell'Atto di Convenzione.

Al riguardo, è invero abbastanza singolare che parte ricorrente invochi la mancata ricerca, da parte di AAMS, della soluzione bonaria prevista dall'art. 10, comma 1, dell'Atto di Convenzione.

In disparte il fatto che tale disposizione è testualmente riferita all'inadempimento degli obblighi relativi all'esercizio dei giochi e alla conduzione della rete e non a quello in contestazione (cfr. l'art. 22, comma 2), la ricerca di una soluzione concordata è impegno che, logicamente, grava su entrambe le parti e non già su una

soltanto di esse.

Nel caso di specie, inoltre, non risulta che Sisal si sia resa disponibile a ricercare tale soluzione (ovvero, per converso, che AAMS abbia ostacolato un'inclinazione in tal senso), mentre invece è certo che, subito dopo avere ricevuto la nota del 12 luglio 2012, la società ha immediatamente notificato il ricorso in esame, rivendicando l'insussistenza di qualsivoglia posizione debitoria.

4. Sul piano sostanziale, come già accennato, Sisal ritiene che, secondo una interpretazione in buona fede dell'Atto di Convenzione, non sussista inadempimento poiché, nei primi 17 bimestri, è stato raggiunto un livello complessivo di raccolta superiore all'obiettivo minimo che l'Erario ha inteso assicurarsi nel triennio.

Orbene, si è già in precedenza evidenziato che la scadenza bimestrale dedotta in convenzione risponde ad un interesse finanziario dello Stato (in particolare, all'esigenza di conseguire un regolare e costante flusso di cassa) che era stato palesato ai concorrenti sin dalla fase di selezione per l'affidamento della Concessione.

Si è anche premesso che sia la formulazione dell'art. 14, comma 3 della Convenzione, sia la corrispondente clausola del Capitolato d'Oneri, sono del tutto chiare nel riferire l'impegno del concessionario a "ciascuno dei diciotto bimestri consecutivi a decorrere dal giorno 1 del mese successivo a quello di stipula dell'atto di convenzione", per un importo pari al valore indicato nell'offerta economica.

Parte ricorrente, comunque, non ha saputo allegare disposizione alcuna (convenzionale, ovvero di fonte normativa), da cui sia possibile desumere che la cadenza bimestrale non sia stata prevista nel precipuo ed esclusivo interesse del creditore, ma soltanto al fine di verificare periodicamente la possibilità di conseguire l'obiettivo minimo di raccolta, riferito ad un "tetto" complessivo calibrato sull'intero triennio.

E' noto che, in tema di interpretazione del contratto, l'uso dei criteri ermeneutici sussidiari – in particolare del principio di conservazione e del comportamento successivo delle parti, da valutarsi alla luce del principio di buona fede oggettiva - è indispensabile soltanto quando, malgrado l'applicazione delle regole interpretative principali, il senso delle espressioni negoziali, nella loro formulazione letterale, appaia oscuro o ambiguo, sì da non consentire un'inequivoca interpretazione del contratto o delle sue clausole (Cass. civ. sez. III, 20 dicembre 20011, n. 27564).

Nel caso di specie, al contrario, il tenore dell'art. 14, comma 3, dell'Atto di Convenzione, è del tutto chiaro, iscrivendosi perfettamente nella logica delle obbligazioni di risultato, con la conseguente esclusione della necessità di ricorrere a clausole interpretative sussidiarie.

Parimenti non condivisibile si appalesa il richiamo operato da Sisal al criterio c.d. della *interpretatio contra stipulatorem* (artt. 1370 e 1371 c.c.), relativa alle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto ovvero ai "moduli" o "formulari" predisposti da uno dei contratti.

Vero è che anche in questo caso Sisal non ha potuto "negoziare" le clausole inserite nell'Atto di Convenzione, ma ciò deriva semplicemente dal fatto che nelle procedure di evidenza pubblica lo schema di atto di convenzione viene necessariamente predisposto dall'amministrazione a monte, per poi confluire negli atti di gara sulla base dei quali i concorrenti presentano le rispettive offerte.

Al riguardo, non va poi dimenticato che, anche nelle procedure di evidenza pubblica, le imprese hanno la possibilità di impugnare quelle clausole del disciplinare ovvero del capitolato d'oneri, che ritengano impeditive della partecipazione o che, comunque, incidano direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione (Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Per quanto occorrer possa si osserva che, nel caso di specie, la clausola dell'Atto di Convenzione, non solo corrisponde allo schema allegato agli atti di gara, ma recepisce anche quanto specificamente prescritto dal Capitolato d'Oneri, a fini della formulazione delle offerte economiche.

5. Venendo poi, alla questione dell'imputabilità dell'inadempimento, della sussistenza dei presupposti per

l'applicazione della penale disciplinata dall'art. 27, comma 2, lett. f) dell'Atto di Convenzione, nonché infine, della congruità dell'importo ivi previsto, il Collegio ricorda che la funzione tipica della clausola penale è quella di liquidare e limitare preventivamente il risarcimento del danno. La pattuizione di una clausola penale, quindi, non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, dovendo escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato da impossibilità della prestazione, derivante a causa a lui non imputabile (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2012, n. 7180).

Nella fattispecie, tuttavia, Sisal non ha compiutamente provato che l'inadempimento sia dipeso da cause a lei non imputabili bensì da fattori del tutto imprevedibili, ovvero da atti e comportamenti illeciti di AAMS, che hanno reso impossibile l'assolvimento dell'obbligazione.

Al riguardo, valga quanto segue.

5.1. Parte ricorrente ha invocato, in primo luogo, le norme di cui all'art. 1, comma 78, n. 23, e comma 79, della l. n. 220/2010 le quali hanno previsto, da un lato, l'aggiornamento dello schema-tipo di convenzione accessiva alle concessioni per l'esercizio e la raccolta non a distanza, ovvero attraverso rete fisica, dei giochi pubblici, per adeguarne i contenuti, tra gli altri, ai principi, della "definizione di sanzioni, a titolo di penali, a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione accessiva alla concessione imputabili al concessionario, anche a titolo di colpa" nonché della "graduazione delle penali in funzione della gravità dell'inadempimento e nel rispetto dei principi di proporzionalità ed effettività della sanzione"; dall'altro, hanno imposto ai soggetti concessionari di sottoscrivere l'atto di integrazione della convenzione accessiva al fine di adeguarne i contenuti anche ai suddetti principi.

L'art. 2, comma 2, d.l. n. 40/2010 (conv., con modificazioni, nella l. n. 73/2010), ha poi stabilito che "Le amministrazioni statali concedenti, attraverso adeguamenti convenzionali ovvero l'adozione di carte dei servizi, ivi incluse quelle relative alle reti fisiche di raccolta del gioco, assicurano l'effettività di clausole idonee a garantire l'introduzione di sanzioni patrimoniali, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non automaticità, a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa, la graduazione di tali sanzioni in funzione della gravità dell'inadempimento, nonché riduzione di meccanismi tesi alla migliore realizzazione del principio di effettività della clausola di decadenza dalla concessione, oltre che di maggiore efficienza, efficacia ed economicità del relativo procedimento nel rispetto del principio di partecipazione e del contraddittorio"

5.1.1. Nel caso di specie, non è stato stipulato alcun atto integrativo della Convenzione in essere, né, comunque, risulta che Sisal abbia sollecitato, in forza delle prefate disposizioni, una rielaborazione dell'art. 27, comma 2, dell'Atto di Convenzione.

Anche a volere ammettere che le norme medesime, costituiscano, di per sé, validi ausili interpretativi della Convenzione, la struttura delle penali ivi disciplinate, nella parte di interesse, appare al Collegio rispondente ai principi delineati dal Legislatore.

In primo luogo, è prevista una contestazione formale, proprio al fine di consentire alla parte (oggettivamente inadempiente) di provare l'esistenza di circostanze idonee ad escludere la sua responsabilità.

Quanto, poi, all'esigenza di graduazione, occorre attentamente considerare anche il tipo di vincolo negoziale che viene "rafforzato" attraverso la previsione della penale.

Nel contesto dell'art. 27 dell'Atto di Convenzione, risultano impegni per i quali le penali vengono applicate avuto riguardo "alla gravità e alla durata" della violazione (ad esempio, in relazione al mancato rispetto dei livelli di servizio), ovvero in proporzione alla durata del ritardo (nel pagamento di vincite o di rimborsi), nonché, ancora, in

proporzione “alla gravità dell’inadempimento” (è il caso del mancato rispetto delle prescrizioni relative alla gestione obbligatoria definite da AAMS nel provvedimento di decadenza dalla concessione).

Diversa invece è l’ipotesi, qui in rilievo, del mancato conseguimento dei livelli minimi di raccolta per cui è prevista (comma 2, lett. f), una penale pari ad euro 500.000,00 per ogni milione di euro, o frazione di milione di euro di mancata raccolta. Tale modulazione della penale appare in linea con la natura di obbligazione di risultato del livello minimo garantito di raccolta, quale in precedenza descritto, non necessitando, pertanto, di alcuna verifica, in concreto, della gravità dell’inadempimento.

5.2. Sisal ha poi cercato di “neutralizzare” la rilevanza dell’inadempimento all’obbligo di cui all’art. 14, comma 3, della Convenzione, prospettando circostanze che, per un verso, si atterrebbero quale “*factum principis*” impeditivo della realizzazione del programma negoziale, per l’altro, quali fattori sopravvenuti di alterazione dell’equilibrio contrattuale, di natura straordinaria e imprevedibile.

Sotto un ulteriore profilo, parte ricorrente ha poi evocato, quale esimente, il comportamento della stessa AAMS che, venendo meno ad obblighi suoi propri (vuoi in forza della Convenzione qui in esame, vuoi in forza di disposizioni normative), avrebbe parimenti reso impossibile la prestazione del Concessionario sua controparte contrattuale.

5.2.1. In ordine ad una possibile, anomala alterazione dell’originario equilibrio contrattuale, è agevole rilevare che, nelle fattispecie, non si registrano modifiche sostanziali né dello scenario economico né del quadro normativo nel cui ambito è maturato l’affidamento della Concessione.

A tanto, non è sicuramente sufficiente l’introduzione delle norme volte a contrastare il fenomeno della c.d. “ludopatia”.

Per quanto possa occorrere, il Collegio, ricorda che l’art. 1, comma 70 della l. 13.12.2010, n. 220, prescrive che “Con decreto interdirigenziale del Ministero dell’economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e del Ministero della salute sono adottate, d’intesa con la Conferenza unificata, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee d’azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo”.

In connessione con tale obbligo, vi è poi la previsione recata dall’art. 24, comma 23, del d.l. n. 98/2011, conv. in l. 111/2011, secondo cui “Ai fini del miglior conseguimento degli obiettivi di tutela del giocatore e di contrasto ai fenomeni di ludopatia connessi alle attività di gioco, il Ministero dell’economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, nell’ambito degli ordinari stanziamenti del proprio bilancio, avvia, in via sperimentale, anche avvalendosi delle strutture operative del partner tecnologico, procedure di analisi e verifica dei comportamenti di gioco volti ad introdurre misure di prevenzione dei fenomeni ludopatici”.

Le norme in esame impongono l’adozione di un vero e proprio piano di intervento, da adottarsi, entro un termine prestabilito, dalle amministrazioni nominativamente indicate, d’intesa con la Conferenza unificata. Tuttavia, allo stato, nonostante una sentenza di questa stessa Sezione, che ha imposto all’amministrazione di adottare tali Linee di azione (sentenza n. 7028 del 30 luglio 2012), le misure ivi previste non sono state ancora varate. Risulta, anzi, che la legge di stabilità 2013, abbia prorogato sino al 30 giugno 2013, il termine originariamente previsto (art. 1, comma 391, L. 24 dicembre 2012, n. 228).

Neppure rilevante è la circostanza che AAMS abbia autorizzato nuovi giochi simili a quelli già gestiti da Sisal in favore di concessionari diretti concorrenti. Non vi è, infatti, prova alcuna che tale evenienza sia stata resa possibile da norme sopravvenute rispetto a quelle vigenti al momento di stipula della Convenzione, né, comunque, che le autorizzazioni così rilasciate (peraltro, nemmeno specificamente individuate da Sisal) siano illecite o illegittime.

Per quanto occorrer possa, si ricorda che il settore in esame, quantomeno dal 2006, è aperto alla concorrenza, di talché Sisal non poteva legittimamente confidare nel mantenimento di posizioni di monopolio o di diritti di

esclusiva (cfr., al riguardo, l'art.1, comma 90, della l. n. 296/2006, secondo cui l'affidamento della concessione della gestione dei GNTN avrebbe dovuto realizzarsi evitando "il determinarsi di posizioni dominanti sul mercato nazionale del gioco").

5.3. Quanto alle pretese "colpe" di AAMS, il Collegio condivide il rilievo della difesa erariale secondo cui Sisal non ha dato dimostrazione alcuna del nesso di causalità eventualmente sussistente tra la mancata autorizzazione di alcune iniziative pubblicitarie e il mancato raggiungimento dell'obiettivo di raccolta pertinente all'ultimo trimestre.

Osserva, inoltre, che l'art. 15.3 dell'Atto di Convenzione, sopra riportato, riguarda non già gli investimenti e le iniziative di comunicazione previste nel Capitolato di sviluppo, bensì iniziative del Concessionario "ulteriori" e quindi eventuali, che la Convenzione medesima espressamente sottopone all'autorizzazione di AAMS.

Nel caso di specie, la ricorrente ha sostenuto che alla richiesta di autorizzazione della campagna pubblicitaria "Lasciatemi sognare", da realizzarsi nel mese di giugno 2012, AAMS avrebbe opposto un ostinato silenzio, e reputa altresì inconferente la spiegazione offerta dall'Avvocatura dello Stato secondo cui l'amministrazione ha dovuto tenere in debita considerazione le numerose interpellanze parlamentari intese a stigmatizzare la pubblicità nel settore giochi che hanno fatto seguito proprio alla prima campagna dello stesso genere, svolta nel mese di febbraio 2012.

Orbene, del silenzio opposto da AAMS alla richiesta di Sisal, non è invero possibile discutere in questa sede, in quanto parte ricorrente non ha mai conseguito, in sede giurisdizionale, l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione in merito alle iniziative di cui trattasi. Al riguardo, reputa il Collegio che l'art. 15, comma 3, dell'Atto di Convenzione, innesti nella disciplina contrattuale una tipica potestà amministrativa, trattandosi non soltanto di valutare la compatibilità delle iniziative pubblicitarie di Sisal con la disciplina della Concessione, ma anche la conformità delle stesse con le norme di carattere generale che regolano il settore. Pertanto, non essendovi certezza alcuna circa "l'illegittimità" del silenzio serbato da AAMS, non vi è nemmeno la possibilità di valutare tale silenzio quale circostanza che, da sola o in concorso con altre, abbia potuto innescare una serie causale autonoma, sufficiente ad influenzare negativamente l'andamento della raccolta.

5.4. Relativamente all'introduzione dell'Enalotto Telematico, è vero che, in base all'art. 2 dell'Atto di Convenzione, sopra riportato, il gioco in questione rientra, *ab origine*, nell'oggetto della Concessione. Ove però si legga tale previsione unitamente al Capitolato di sviluppo (par. 2.5) risulta evidente che, al momento in cui ha sottoscritto l'Atto di convenzione, Sisal era pienamente consapevole che l'operatività del gioco era legata alla necessità di adeguamento delle proposte fatte in sede di gara alla normativa sopravvenuta.

Al riguardo, l'Avvocatura dello Stato ha fatto presente che con decreto direttoriale del 10 ottobre 2011, concernente la "Disciplina dei Giochi numerici a totalizzatore nazionale di cui è prevista la sola raccolta a distanza", l'amministrazione ha fissato l'architettura della disciplina di gioco complessiva e generale per l'intera tipologia dei GNTN per i quali è prevista esclusivamente la raccolta a distanza. Nell'ambito di tale disciplina di primo livello, è prevista la disciplina di gioco di ciascun prodotto, la cui introduzione nell'ordinamento può avvenire previa presentazione di apposito progetto tecnico-commerciale proposto dal concessionario e approvato dall'amministrazione. Secondo quanto affermato dalla difesa erariale (e non efficacemente contrastato da Sisal), l'indizione dell'Enalotto Telematico si trova, allo stato, in una sorta di *impasse*, poiché Sisal, dopo avere presentato, nel mese di gennaio 2011, una proposta di massima, non ha fatto seguire il progetto di dettaglio.

Quanto, poi, alla risposta n. 27 resa in sede di gara da AAMS, con cui veniva assicurato ai concorrenti che la raccolta relativa all'Enalotto telematico avrebbe fatto parte del denominatore sulla base del quale calcolare il minimo garantito, essa deve comunque essere messa in relazione con il par. 2.5. del Capitolato di sviluppo, il quale attesta

che, di fatto, al momento in cui la Convenzione è stata sottoscritta, tale Gioco non era ancora operativo.

5.5 Anche per quanto riguarda l'aumento del *payout* del Superenalotto, risulta dall'esame del Capitolato di sviluppo (par. 2.3), come fosse ben chiaro sin dalla stipula dell'Atto di Convenzione, che esso avrebbe potuto conseguire solo ad un intervento "politico – normativo", e che su di esso, pertanto, Sisal non poteva logicamente confidare, non costituendo, come è evidente, l'oggetto di un vincolo sinallagmatico di AAMS.

5.6. E' singolare, poi, che Sisal invochi a giustificazione del proprio inadempimento, lo "sciopero della raccolta" indetto nel mese di giugno 2012 dal Sindacato ricevitori sportivi.

Gli stessi articoli di stampa versati in atti ("I ricevitori non sono i bancomat della Sisal!"), mettono quantomeno in dubbio l'argomentazione di parte ricorrente, secondo cui tale evento sarebbe da ascrivere a quelli non prevedibili o evitabili da parte di un operatore del settore mediamente diligente (cfr., sul punto, Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 2006, n. 10139, secondo cui l'astensione dei dipendenti dal lavoro in una controversia solo aziendale è, per l'imprenditore, liberatoria dalla responsabilità per la mancata esecuzione della prestazione contrattuale solo se si dimostri che la stessa è illecita o per la sua proclamazione o per il modo in cui è stata realizzata).

6. Sisal ha infine sostenuto che l'amministrazione non ha dato prova alcuna del pregiudizio inferito all'interesse pubblico, soprattutto ove si consideri che il livello minimo garantito, rapportato al triennio, è stato conseguito e superato.

6.1. La funzione della clausola penale è quella di liquidare e predeterminare la misura del risarcimento del danno, esonerando il creditore dalla prova dell'*an* e del *quantum* (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2011 n. 19358).

Secondo i principi civilistici pacificamente applicabili alla fattispecie (cfr. Cons. St. n. 2433/2012, cit.), AAMS non era pertanto tenuta a motivare alcunché in ordine al danno arrecato all'Erario.

7. In ulteriore subordine Sisal ha poi evidenziato come i giocatori siano soggetti "terzi" rispetto al Concessionario e che il comportamento di gioco, per la sua aleatorietà, non è suscettibile di essere dedotto in obbligazione, rendendo in tal modo illecito o impossibile l'oggetto della clausola relativa al conseguimento di un livello minimo garantito di raccolta.

L'attività di gioco è, comunque, un'attività "sensibile" e, pertanto, non potrebbe essere sollecitata oltre un certo limite, come oggi dimostrato dalla normativa sopravvenuta in materia di contrasto alla ludopatia. In sostanza, l'art. 14, comma 3, della Convenzione (unitamente all'art. 27, comma 2, lett. f), sarebbero nulli "per violazione dei limiti di ordine pubblico tesi ad evitare il gioco eccessivo e la dipendenza dal gioco".

7.1. Come già in precedenza evidenziato, la normativa di contrasto alla ludopatia di cui all'art. 1, comma 70, l. 13 dicembre 2010, n. 220, è, allo stato, una mera dichiarazione di intenti, non essendo ancora intervenute le linee di azione prescritte.

Nessun rilievo, possono poi spiegare nella presente controversia nemmeno le norme di cui agli artt. 5 e 7 del d.l. n. 13 settembre 2012, n. 158 (recanti ulteriori misure di prevenzione della ludopatia), in quanto entrate in vigore dopo i fatti per cui è causa.

Priva di fondamento è, poi, l'affermazione di Sisal secondo cui (soltanto) le clausole qui in contestazione, sarebbero nulle per contrarietà ai principi di ordine pubblico (asseritamente) vigenti in materia. Le norme surrichiamate, infatti, non configurano regole di comportamento generali, cui tutti i consociati debbano conformarsi, bensì dettano le linee di azione per il perseguimento di un interesse pubblico specifico che viene ad aggiungersi, senza alcun vincolo di primazia, a tutti gli altri interessi pubblici tuttora sottesi all'affidamento delle concessioni di gioco pubblico, quali la massimizzazione dei flussi finanziari e il contrasto al gioco illegale, che spetta all'amministrazione temperare.

D'altro canto, se il contrasto alla ludopatia fosse, come Sisal propone, un principio di ordine pubblico generale, la qualificazione di illiceità affliggerebbe non soltanto le clausole relative ai minimi garantiti, ma la causa stessa della concessione, determinandone la radicale nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c..

7.2. Parte ricorrente non può essere seguita nemmeno là dove sostiene che l'obbligazione relativa al livello minimo di raccolta, sarebbe giuridicamente configurabile, al massimo, come "promessa del fatto del terzo" ai sensi dell'art. 1381 c.c..

In tale ipotesi, come noto, il promittente si obbliga principalmente ad un "*facere*", e, con una seconda obbligazione, a corrispondere un indennizzo se, nonostante i suoi sforzi, il risultato prospettato non si realizzi.

Al riguardo, va ricordato che, come già più volte evidenziato, il minimo garantito è in realtà un'obbligazione di risultato, per certi versi assimilabile ad un canone concessorio, come reso evidente dal fatto che, in sede di gara, esso era una componente non già dell'offerta tecnica, bensì di quella economica. L'obbligo assunto dal concessionario non consiste, pertanto, nella promessa che un terzo (identificato ovvero identificabile) compia una determinata azione o assuma una determinata obbligazione, bensì:

- nell'organizzare e condurre la rete di raccolta (acquisendo, correlativamente, il diritto di gestirla e di lucrare l'aggio);
- nell'assicurare all'Erario, per ciascuno dei 18 bimestri decorrenti dalla stipula della Convenzione, il livello minimo di raccolta offerto in sede di gara.

7.3. Sisal ha chiesto, infine, che la penale venga ridotta, ai sensi dell'art. 1384 c.c., in quanto manifestamente eccessiva, avuto riguardo all'interesse dell'Erario, il quale dovrebbe ritenersi pienamente soddisfatto dagli ampi volumi di raccolta raggiunti nei primi 17 bimestri di durata della Convenzione.

7.3.1. Reputa il Collegio che l'interesse dell'Erario, quale cristallizzato nell'art. 14, comma 3, dell'Atto di Convenzione, non sia semplicemente quello di conseguire un obiettivo minimo complessivo di raccolta, ma anche quello di assicurare un regolare afflusso finanziario nelle casse dello Stato, a cadenze bimestrali. Pertanto, la penale in concreto congegnata (500.000 euro per ogni milione di mancata raccolta), è ragionevolmente proporzionale all'importanza che l'obbligazione in esame riveste, nell'economia negoziale, risolvendosi comunque, a ben vedere, nel dimezzamento dell'offerta economica dedotta in convenzione.

8. In definitiva, per tutto quanto appena argomentato, il ricorso e i motivi aggiunti debbono essere respinti.

La novità della fattispecie, induce però a compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio e gli onorari di difesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti di cui in premessa, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Stefano Toschei, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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