

N. 06488/2023 REG.PROV.COLL.

N. 02229/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2229 del 2022, proposto dalla

Michele Surace e Bingo S.r.l. Unip., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Giacobbe e Matilde Tariciotti e con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Roma, via Po, n. 10;

contro

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli e Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati *ex lege* presso gli Uffici della stessa, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

ASCOB – Associazione Concessionari Bingo, non costituita in giudizio;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Seconda, n. 12493/2021 del 3 dicembre 2021, resa tra le parti, con cui è stato respinto il ricorso R.G. n. 3333/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (quale successore dell'AAMS) e del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti gli scritti difensivi delle parti;

Vista l'istanza della difesa erariale di passaggio della causa in decisione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2023 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi per la società appellante gli avv.ti Matilde Tariciotti e Luca Giacobbe;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Visti gli artt. 79 e 80 c.p.a., 295 c.p.c.;

Considerato:

- che con l'appello in epigrafe la Michele Surace e Bingo S.r.l. Unip. (d'ora in poi: Società), titolare di concessione del gioco del "Bingo" rilasciatale nel 2001, rinnovata nel 2007 e scaduta nel 2013 e operante, pertanto, in regime di c.d. proroga tecnica, in attesa della gara per la riattribuzione delle concessioni del settore, ha impugnato la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n. 12493/2021 del 3 dicembre 2021, chiedendone la riforma;

- che la sentenza appellata ha respinto il ricorso proposto dalla Società contro la circolare dell'Agenzia delle Dogane dell'8 gennaio 2018, la quale, in attuazione dell'art. 1, comma 1047, della l. n. 205/2017 (Finanziaria 2018) ha comunicato ai concessionari del "Bingo": a) l'aumento, dal 1° gennaio 2018, delle somme mensili dovute per proseguire in proroga la gestione delle concessioni da € 5.000,00 a € 7.500,00 per ogni mese o frazione superiore a quindici giorni e da € 2.500,00 a € 3.500,00 per ogni frazione inferiore a quindici giorni; b) il rinvio al 30 settembre 2018 del termine per l'indizione della gara per riassegnare le concessioni in scadenza negli anni 2013-2018;

- che la ricorrente aveva lamentato la sproporzione e l'illegittimità del regime a cui era sottoposta, tenuto conto del permanere del divieto, introdotto in precedenza, di partecipare alla gara per i titolari di concessione scaduta che non avessero accettato di accedere al regime di c.d. proroga tecnica e del divieto di trasferimento dei locali per tutto il periodo della proroga tecnica;
- che nel ricorso erano state sollevate questioni di costituzionalità della normativa primaria che hanno portato alla rimessione della causa alla Corte costituzionale, la quale, però, ha dichiarato le questioni stesse infondate con sentenza n. 49/2021 del 29 marzo 2021;
- che dopo la pronuncia della Corte costituzionale è rimasta aperta la questione del divieto di trasferire i locali, la quale, però, è stata ritenuta infondata dal primo giudice, sia perché il divieto non è posto dalla l. n. 205/2017 (e quindi la sua legittimità non incide sulla legittimità di tale legge), sia perché esso riguarda tutte le imprese titolari di concessioni ormai scadute (senza ostacolarne alcune), sia per l'esigenza di preservare gli esiti dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza Unificata il 7 settembre 2017, volta a tutelare, tramite la distanza delle sale giochi dai "luoghi sensibili", l'interesse primario della salute mediante il contrasto della ludopatia;
- che è rimasta aperta, altresì, la questione della compatibilità comunitaria della normativa nazionale in ragione dell'indeterminatezza della durata del regime transitorio, la quale, però, è stata a sua volta disattesa dal T.A.R. precipuamente per ragioni processuali, cioè perché nel ricorso l'illegittimità della disciplina era stata prospettata soltanto sotto il profilo dell'aumento degli importi dovuti – il profilo disatteso dalla Corte costituzionale – e non anche sotto quello dell'indeterminatezza temporale della proroga, formulato per la prima volta nell'ultima memoria versata in atti, cosicché la questione non rivestiva carattere

pregiudiziale rispetto alla decisione della controversia. Il primo giudice ha, inoltre, ritenuto nel merito legittimo il regime della proroga *ex lege*, estesa dall'art. 1, comma 1130, della l. n. 178/2020 al 31 marzo 2023;

- che da ultimo il T.A.R. ha respinto le censure inerenti i vizi propri della circolare impugnata, aventi a oggetto, in sintesi, il preteso difetto di pubblicizzazione della stessa;

Considerato, inoltre:

- che nell'appello la Società contesta l'*iter* argomentativo e le conclusioni della sentenza di prime cure, richiamando alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale n. 49/2021 per lamentare come da essi si ricaverebbe la fondatezza della questione di incompatibilità comunitaria del regime della proroga tecnica e contestando le motivazioni, anche di tenore processuale, adottate dalla sentenza per disattendere tale questione (in sintesi: essa avrebbe contestato reiteratamente l'assoluta incertezza in ordine alla materiale indizione della gara, quindi la questione della compatibilità comunitaria del regime di proroga, a causa della sua indeterminatezza temporale, sarebbe pregiudiziale rispetto alla decisione della causa);

- che pertanto l'appellante reitera la richiesta di rimessione alla Corte di Giustizia UE della questione della compatibilità comunitaria del regime di proroga reiterata delle concessioni scadute, il quale non consentirebbe alle imprese di prevedere gli effetti da questa discendenti, né di individuare un termine ultimo certo di indizione delle procedure di gara;

- che con distinto motivo l'appellante contesta altresì le motivazioni della sentenza di primo grado in ordine alla legittimità del divieto di trasferimento dei locali (anche in virtù del mancato recepimento con decreto ministeriale dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata nel 2017, la quale, per conseguenza,

sarebbe rimasta “sulla carta”) e chiede la rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia altresì della questione della compatibilità comunitaria dei limiti al trasferimento delle sale “*Bingo*”;

- che si sono costituiti in giudizio l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, quale successore *ex lege* dell’Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) e il Ministero dell’Economia e delle Finanze, depositando successiva memoria e concludendo per l’improponibilità, l’inammissibilità e, comunque, l’infondatezza dell’appello;

- che nell’ultima memoria l’appellante, dopo avere richiamato la proroga al 31 dicembre 2024 delle concessioni scadute, disposta dall’art. 1, comma 124, della l. n. 197/2022, ha formulato richiesta di sospensione impropria del processo, per essere stata (già) sollevata in termini del tutto analoghi la questione di compatibilità comunitaria della normativa di settore (in relazione al precedente art. 1, comma 934, della l. n. 208/2015) dall’ordinanza di questo Consiglio, Sez. IV, n. 1071/2023 del 31 gennaio 2023, che ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia UE;

- che la difesa erariale ha depositato note difensive di contenuto sostanzialmente adesivo all’istanza di sospensione impropria anche alla luce delle ordinanze (nn. 10261, 10263 e 10264 del 21 novembre 2022) con le quali questa Sezione ha rimesso alla Corte di Giustizia UE questioni di compatibilità comunitaria della disciplina di cui all’art. 1, comma 1047, della l. n. 205/2017;

- che la difesa erariale ha altresì depositato istanza di passaggio della causa in decisione senza previa discussione;

- che all’udienza pubblica del 20 giugno 2022 sono comparsi i difensori dell’appellante; di seguito la causa è stata trattenuta in decisione;

Ritenuto che l’istanza di sospensione c.d. impropria debba essere positivamente delibata;

Considerato, infatti:

- che con ordinanza n. 10261/2022 del 10 novembre 2022 questa Sezione ha disposto, ai sensi dell'art. 267, comma 2, *TFUE*, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, rimettendo a tale organo, in relazione all'art. 1, comma 1047, della l. n. 205/2017 (*id est*: la medesima normativa interna di cui si discute nella presente causa), i seguenti quesiti:

I. *“Se la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché i principi generali desumibili dal Trattato, e segnatamente gli artt. 15, 16, 20 e 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, l’art. 3 del Trattato dell’Unione Europea e gli artt. 8, 49, 56, 12, 145 e 151 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea debbano essere interpretati nel senso che essi trovano applicazione a fronte di concessioni di gestione del gioco del Bingo le quali siano state affidate con procedura selettiva nell’anno 2000, siano scadute e poi siano state reiteratamente prorogate nell’efficacia con disposizioni legislative entrate in vigore successivamente all’entrata in vigore della direttiva ed alla scadenza del suo termine di recepimento”;*

II. *“nel caso in cui al primo quesito sia fornita risposta affermativa, se la direttiva 2014/23/UE osta ad una interpretazione o applicazione di norme legislative interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali da privare l’Amministrazione del potere discrezionale di avviare, su istanza degli interessati, un procedimento amministrativo volto a modificare le condizioni di esercizio delle concessioni, con o senza indizione di nuova procedura di aggiudicazione a seconda che si qualifichi o meno modifica sostanziale la rinegoziazione dell’equilibrio convenzionale, nei casi in cui si verificano eventi non imputabili alle parti, imprevisi ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo, finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio delle concessioni”;*

III. “Se la direttiva 89/665/CE, quale modificata dalla direttiva 2014/23/UE, osta ad una interpretazione o applicazione di norme nazionali interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali che il Legislatore o l’Amministrazione pubblica possano condizionare la partecipazione alla procedura per la riattribuzione delle concessioni di gioco all’adesione del concessionario al regime di proroga tecnica, anche nell’ipotesi in cui sia esclusa la possibilità di rinegoziare le condizioni di esercizio della concessione al fine di ricondurle in equilibrio, in conseguenza di eventi non imputabili alle parti, imprevisi ed imprevedibili, che incidono in modo significativo sulle condizioni normali di rischio operativo, finché perdurino tali condizioni e per il tempo necessario per eventualmente ripristinare le condizioni originarie di esercizio delle concessioni?”;

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

V. “Se gli artt. 49 e 56 del TFUE e i principi di certezza ed effettività della tutela giuridica, nonché il principio del legittimo affidamento ostino ad una interpretazione o applicazione di norme nazionali interne, o prassi applicative sulla base delle norme stesse, tali che il Legislatore o l’Amministrazione pubblica possano condizionare la partecipazione alla procedura per la riattribuzione delle concessioni di gioco all’adesione del concessionario al regime di proroga tecnica, anche nell’ipotesi in cui sia esclusa la possibilità di rinegoziare le condizioni di esercizio della

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

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

- che analogo rinvio pregiudiziale è stato effettuato dalla Sezione con l’ordinanza n. 10263/2022, di pari data;

- che con ordinanza n. 10264/2022, anch’essa del 21 novembre 2022, questa Sezione ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell’art. 267 TFUE, in relazione sempre all’art. 1, comma 1047, della l. n. 205/2017, il seguente ulteriore quesito:

“Se la direttiva 2014/23/UE, ove ritenuta applicabile e, in ogni caso, i principi generali desumibili dagli artt. 26, 49, 56 e 63 del TFUE come interpretati e applicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con particolare riguardo al divieto di discriminazioni, al canone di proporzionalità ed alla tutela della concorrenza e della libera circolazione dei servizi e dei capitali, ostino all’applicazione di norme nazionali per cui il legislatore nazionale o l’amministrazione pubblica possano, durante la cd “proroga tecnica” più volte rinnovata nell’ultimo decennio nel settore delle concessioni di gioco, incidere unilateralmente sui rapporti in corso, introducendo l’obbligo di pagamento di canoni concessori, originariamente non dovuti, ed aumentando, successivamente a più riprese i medesimi canoni, sempre determinati in misura fissa

per tutti i concessionari a prescindere dal fatturato, apponendo anche ulteriori vincoli all'attività dei concessionari come il divieto di trasferimento dei locali e subordinando la partecipazione alla futura procedura per la riattribuzione delle concessioni all'adesione degli operatori alla proroga medesima”;

- che, inoltre, con ordinanza n. 1071/2023 del 31 gennaio 2023 la Sezione IV di questo Consiglio ha effettuato analogo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, rimettendole, in relazione all'art. 1, comma 934, della l. n. 208/2015 (cioè la normativa immediatamente precedente a quella dettata dall'art. 1, comma 1047, della l. n. 205/2017), i seguenti quesiti:

“A. Se la normativa nazionale, sopra riportata (id est: l'art. 1, comma 636 della l. n. 147/2013 e le disposizioni che ad esso si sono susseguite e in particolare l'art. 1, comma 934, della l. n. 208/2015, che ha incrementato il canone dovuto dai concessionari in regime di c.d. proroga tecnica e introdotto il divieto di trasferimento dei locali), viola le libertà europee di stabilimento e di impresa, in quanto: i) determina un aumento del canone che prescinde dalla valutazione delle dimensioni delle imprese; ii) impone l'accettazione della proroga e del suddetto aumento del canone, aggravato dal divieto di cessione dei locali, quale irragionevole condizione per potere partecipare alle successive gare che vengono anch'esse indefinitivamente posticipate;

B. Qualora si dia risposta positiva al primo quesito, si dubita che la suddetta restrizione possa ritenersi giustificata per la asserita sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, indicato nell'esigenza di assicurare un allineamento temporale dell'avvio delle procedure di gara;

C. Qualora, nondimeno, si ritenesse che vi sia un motivo imperativo di interesse generale, se ugualmente sono stati violati: i) il principio di proporzionalità, perché la misura restrittiva non è adeguata, idonea e proporzionata in senso stretto all'obiettivo pubblico formalmente indicato; ii) il principio di concorrenza per il mercato, perché la scelta di prorogare le concessioni e di posticipare

l'avvio delle gare impedisce agli operatori di settore l'esercizio della libertà di impresa, quantomeno sotto il profilo della necessaria programmazione e pianificazione delle attività";

- che le questioni pregiudiziali poste con le tre ordinanze ora elencate assumono carattere dirimente anche ai fini della decisione dell'appello sottoposto all'esame di questo Collegio;

- che in particolare, da un lato, pur avendo l'ordinanza di questo Sezione n. 10261/2022 cit. limitato esplicitamente il rinvio alla situazione degli operatori economici, titolari di concessioni scadute, che si sono trovati a svolgere la propria attività *"in condizioni di esercizio incise in maniera significativa dalle chiusure e dalla sospensione delle attività imposte dall'Autorità per contrastare la diffusione della crisi pandemica da COVID-19"* e che si sono visti negare dalla P.A. la possibilità di qualunque intervento modificativo delle condizioni di esercizio delle concessioni (ai fini di un loro riequilibrio), con esclusione della situazione dei concessionari titolari di concessioni scadute, operanti in regime di c.d. proroga tecnica in condizioni ordinarie di esercizio delle concessioni (v. parag. 14), nondimeno la predetta ordinanza ha espresso dubbi e riserve su questioni che sono dirimenti anche ai fini della presente controversia e in particolare:

a) ha dubitato della circostanza che la giustificazione sottesa all'introduzione, a partire dall'art. 1, comma 636, della l. n. 147/2013, del c.d. canone di proroga tecnica (il contemperamento del principio in base al quale le concessioni pubbliche vanno attribuite e riattribuite, dopo la loro scadenza, secondo procedure di selezione concorrenziale, con l'esigenza di perseguire, in materia di concessioni di gioco per la raccolta del *Bingo*, il tendenziale allineamento temporale di tali concessioni) sia compatibile a livello europeo rispetto alle misure in concreto attuate e reiterate dal Legislatore, sotto i profili della necessità, indispensabilità, congruità, proporzionalità, utilità del mezzo rispetto allo scopo prefissato: ciò, alla

luce del fatto che potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione degli artt. 49 e 56 TFUE leggi, interpretazioni o applicazioni o prassi applicative tali da consentire alla P.A. *“di condizionare la partecipazione del concessionario alla procedura per la riattribuzione delle concessioni, alla sua adesione al regime di proroga tecnica alle condizioni dianzi illustrate”* (cioè senza alcuna possibilità di riequilibrio/rinegoziazione);

b) ha dubitato della compatibilità *“con il rispetto del generale principio di tutela dell'affidamento”* di *“una disciplina nazionale (quale quella che rileva nell'ambito della controversia principale) la quale prevede a carico dei gestori delle sale Bingo il pagamento di un oneroso canone di proroga tecnica su base mensile non previsto negli originari atti di concessione, di ammontare identico per tutte le tipologie di operatori e modificato di tempo in tempo dal legislatore senza alcuna dimostrata relazione con le caratteristiche e l'andamento del singolo rapporto concessorio”*;

- che, d'altro lato, le ordinanze n. 10264/2022 cit. (in relazione alla normativa interna rilevante anche nel presente giudizio), e n. 1071/2023 cit. (quest'ultima in relazione, invece, alla normativa – art. 1, comma 934, della l. n. 208/2015 – immediatamente antecedente a quella qui in esame) sollevano le medesime questioni evidenziate dall'odierna appellante e, in specie, le questioni della compatibilità con il diritto europeo della disciplina interna:

I) sulla necessaria accettazione del regime di proroga, quale condizione per poter partecipare alle successive gare per la riattribuzione delle concessioni;

II) sull'aumento dei canoni, via via incrementati dal Legislatore senza tenere conto dell'andamento effettivo, nel corso degli anni, della raccolta di gioco;

III) sulla posticipazione continua del termine per l'indizione delle gare, con conseguente lamentata lesione del principio di certezza del diritto, alla luce dello stravolgimento del calcolo di convenienza compiuto dalla Società al momento di aderire alla proroga (e ciò anche a causa dell'incremento dei canoni);

IV) sul divieto di cessione dei locali (che, sebbene non introdotto dalla l. n. 205/2017, non è stato da detta legge rimosso e permane anche nel vigente quadro normativo pur a fronte dell'inoperatività dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata);

- che da quanto fin qui esposto si ricava l'applicazione al presente giudizio dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza n. 28 del 15 ottobre 2014 sulle ipotesi di c.d. sospensione impropria, *ex art.* 295 c.p.c., per la pendenza della questione di pregiudizialità sollevata in una diversa causa, in conformità al principio di economia dei mezzi processuali e a quello di ragionevole durata del processo;

- che, in specie, la necessità di applicare il pertinente diritto unionale alla stregua dell'interpretazione fornita dal Giudice europeo in fattispecie analoghe a quella ora in esame, in cui si è in attesa di una pronuncia sovranazionale potenzialmente rilevante ai fini della soluzione della controversia interna, rende opportuno sospendere il giudizio, rinviandone la trattazione a data successiva alla decisione della causa pregiudiziale (cfr. C.d.S., Sez. VI, ord. 2 maggio 2023, n. 4356);

Ritenuta pertanto, per tutto quanto esposto, la sussistenza dei presupposti per procedere, ai sensi degli artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c., alla sospensione (c.d. impropria) del presente giudizio, atteso che dalla decisione sulle questioni pregiudiziali eurounitarie sollevate con le ordinanze di questa Sezione nn. 10261/2022 e 10264/2022 e dall'ordinanza della Sezione VI n. 1071/2023 dipende anche la decisione della presente controversia;

Ritenuto, per conseguenza, di dover rinviare la trattazione della causa ad un'udienza successiva alla definizione delle questioni in sede europea (sia di quelle sollevate da questa Sezione nelle ordinanze appena elencate, sia di quelle sollevate

dalla Sezione VI con l'ordinanza n. 1071 cit.), la cui fissazione dovrà essere chiesta dalle parti interessate ai sensi dell'art. 80, comma 1, c.p.a.;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione VII sospende il giudizio sino alla pronuncia (o alle pronunce) della Corte di Giustizia UE sui rinvii pregiudiziali specificati in motivazione.

Riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2023, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO