

N. 05336/2024REG.PROV.COLL.

N. 00014/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14 del 2021, proposto da “L’Eldorado” s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Severino Berardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l’Agenzia delle dogane e dei monopoli - Monopoli di Stato - Ufficio regionale Campania, Napoli - e il Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

il sig. Antonio Persico, rappresentato e difeso dall'avvocato Livia Grazzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

della signora Silvana Buonocore, rappresentata e difesa dall'avvocato Livia Grazzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 01308/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Agenzia delle dogane e dei monopoli - Monopoli di Stato - Ufficio Regionale Campania – Napoli, del Ministero dell'economia e delle finanze, del sig. Antonio Persico e della signora Silvana Buonocore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2024 il consigliere Rosario Carrano e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il sig. Persico Antonio, premesso di essere titolare della rivendita ordinaria n. 405 in Napoli, ha impugnato il provvedimento prot. n. 4123 del 15 aprile 2019, col quale il direttore dell’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ha autorizzato l’istituzione di una rivendita speciale di generi di monopolio in favore della società L’Eldorado s.r.l. presso l’omonima sala bingo, deducendo le seguenti censure:

1) violazione dell’art. 53 d.p.r. 1074/1958: la norma autorizza l’istituzione di rivendite speciali in altri luoghi – di cui all’art. 4, comma 2, lett. g) D.M. 38/2013 - per far fronte a specifiche esigenze di servizio solo nel caso in cui non possa sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino; l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, nel consentire l’istituzione della rivendita speciale presso la sala bingo L’Eldorado, non avrebbe preso atto della presenza della rivendita ordinaria gestita

dal ricorrente, essendo anche fornita di distributore automatico, nonché delle specifiche esigenze di mercato;

2) erronea applicazione dell'art. 4, comma 2, D.M. 38/2013: l'amministrazione non avrebbe considerato i criteri normativi, legislativi e regolamentari, vigenti per l'istituzione delle rivendite speciali, anche per effetto delle indicazioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato, 10 luglio 2018, n. 4208.

2. L'amministrazione non avrebbe, infatti, adeguatamente considerato che la rivendita ordinaria del ricorrente è posta a soli 68,10 metri dalla sala bingo e che a soli 270 e 400 metri insistono, rispettivamente, altre due rivendite ordinarie, con conseguente sovrapposizione funzionale che l'istituenda rivendita speciale avrebbe sulla rete distributiva esistente.

3) violazione dell'art. 22 L. n. 1293/1957; dell'art. 53 d.p.r. 1074/1958; dell'art. 4, commi 1 e 2, d.m. 38/2013; violazione dei principi generali stabiliti dall'art. 24, comma 42, D.L. 98/2011 convertito con modificazioni nella L. n. 111/2011 nonché dei principi riaffermati e sanciti nelle premesse del D.M. 38/2013.

3. Secondo la menzionata sentenza 10 luglio 2018, n. 4208 del Consiglio di Stato, le rivendite speciali hanno carattere "residuale" rispetto all'istituzione delle rivendite ordinarie ed al rilascio dei patentini.

3.1. L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli non sembra aver preso in adeguata considerazione i prospettati elementi di sovrapposizione, oggettivamente esistenti con la rivendita ordinaria gestita dal ricorrente, avuto anche riguardo al *deficit* istruttorio nel valutare la sussistenza delle particolari esigenze connesse all'apertura di una rivendita speciale del tipo "non nominato" di cui all'art. 4, comma 2, lett. g) d.m. 38/2013.

4. Il T.a.r., con la sentenza gravata, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, ha accolto il ricorso annullando il provvedimento impugnato, in quanto l'amministrazione *“non sembra avere considerato in misura adeguata ed approfondita il contesto esistente in zona”* (punto 2.2 della sentenza impugnata).

5. Con atto di appello, la società ha impugnato la sentenza deducendo plurime censure che possono essere sintetizzate come segue:

a) la clientela di una rivendita speciale è diversa da quella della rivendita ordinaria, in quanto la *“clientela delle rivendite speciali è specifica (non si tratta di medesima clientela)”* (punto 9, pag. 8 dell'appello);

b) *“l'istituzione di una rivendita speciale di tabacchi non postula il rispetto di requisiti minimi di distanza previsti per le rivendite ordinarie, potendo questo aspetto aver rilevanza solo in via discrezionale”*, alla luce della sentenza 10 luglio 2018, n. 4208 del Consiglio di Stato, in quanto *“nelle rivendite speciali, non ha importanza alcuna né la densità della popolazione della zona né la distanza rispetto ad altre rivendite di generi di monopolio, condizioni queste, invece, rilevanti solo tra e per le rivendite ordinarie”* (punto 10, pag. 9 dell'appello);

c) l'istituzione *“della rivendita speciale è avvenuta non solo in ragione della sentenza n.4208/18 del Consiglio di Stato, in ordine alle distanze, ma di una esigenza di servizio alla quale non si può sopperire con l'ausilio della rivendita ordinaria del ricorrente, bensì dalla necessità di garantire alla clientela stanziale della sala (che non è costituita dal calcolo dei soli avventori della sala bingo, ma anche dai clienti giornalieri per le attività di sala giochi e VLT)”* (punto 10, pag. 10 dell'appello);

d) il primo giudice avrebbe utilizzato *“parametri errati”* in quanto, oltre al numero dei clienti, *“non vi è cenno alcuno alla tipologia di esercizio, alle dimensioni, anzi vi sono delle errate applicazioni normative in riferimento alla questione delle distanze”* (punto 13, pag. 11 e

12 dell'appello), con travisamento del materiale probatorio e indebita sostituzione nel merito amministrativo (punto 14, pag. 12 dell'appello);

e) vizio di ultrapetizione, nella parte in cui ha richiamato la pronuncia del Consiglio di Stato del 10 luglio 2018, n. 4208 (punto 15, pag. 13 dell'appello).

5.1. In via istruttoria, ha chiesto l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio per verificare l'errata applicazione del criterio della distanza, avuto riguardo alla tipologia dell'esercizio, alle sue dimensioni e al numero dei clienti (pag. 13 dell'appello).

5.2. Con apposita memoria, si è costituita la parte appellata (sig. Antonio Persico), che ha chiesto il rigetto del ricorso.

5.3. Con distinto atto di intervento, si è costituita anche la sig. Silvana Buonocore, quale nuova titolare della rivendita di generi di monopolio n. 405, chiedendo il rigetto del ricorso.

5.4. Si è costituita anche l'amministrazione resistente (Agenzia delle Dogane e dei Monopoli) chiedendo il rigetto del ricorso.

6. All'udienza pubblica del 18 aprile 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. – La questione sottoposta all'esame del Collegio verte sull'impugnazione da parte del titolare di rivendita ordinaria del provvedimento che autorizza l'istituzione di una rivendita speciale all'interno di una sala bingo.

8. A tal riguardo, giova innanzitutto richiamare il quadro normativo di riferimento. Il decreto ministeriale del 21 febbraio 2013, n. 38 (Regolamento recante disciplina della distribuzione e vendita dei prodotti da fumo) prevede che la vendita al pubblico di tabacchi lavorati può avvenire a mezzo di rivendite, che si distinguono

in ordinarie e speciali, oppure attraverso il rilascio di patentini (art. 1, d.m. 21 febbraio 2013, n. 38).

L'istituzione delle rivendite ordinarie è consentita in presenza dei parametri previsti dal successivo art. 2 (Criteri per l'istituzione di rivendite ordinarie), quali la distanza minima rispetto alla rivendita più vicina già in esercizio (comma 2), il rapporto tra numero di rivendite e popolazione (comma 3), oltre alla produzione di un certo reddito minimo (comma 5).

Le rivendite speciali, invece, *“possono essere istituite per soddisfare le concrete e particolari esigenze”* del pubblico servizio ai sensi dell'art. 4 (Criteri per l'istituzione di rivendite speciali) *“quando, a giudizio dell'Amministrazione, mancano le condizioni per procedere alla istituzione di una rivendita ordinaria, ovvero al rilascio di un patentino”* (art. 22, legge 22 dicembre 1957, n. 1293, a cui l'art. 4 del regolamento rinvia), da valutare in ragione:

- a) dell'ubicazione degli altri punti vendita già esistenti nella medesima zona di riferimento;
- b) della possibile sovrapposizione della rivendita da istituire rispetto agli altri punti vendita già esistenti nella medesima zona di riferimento;
- c) del significativo pregiudizio economico che dalla nuova rivendita deriverebbe per quelle già esistenti nella medesima zona di riferimento (cfr. art. 4, comma 1, d.m. 21 febbraio 2013, n. 38, nella versione vigente *ratione temporis*, ossia antecedente alle modifiche di cui al d.m. 12 febbraio 2021, n. 51, che ha abrogato la lettera c) del medesimo art. 4, comma 1).

Lo stesso art. 4, poi, dispone che le rivendite speciali possono essere istituite nei seguenti luoghi *“purché abbiano esclusivo accesso dalla struttura ospitante e non siano dotate di ingressi diretti ed autonomi sulla pubblica via:*

a) stazioni ferroviarie;

b) stazioni automobilistiche e tranviarie;

c) stazioni marittime;

d) aeroporti;

e) caserme;

f) case di pena;

g) altri luoghi, diversi da quelli di cui alle lettere da a) a f), nonché da quelli di cui all'articolo 6, nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 2, sempre che l'ufficio competente dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli riscontri un'esigenza di servizio alla quale non può sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino, ivi inclusi, in particolare:

1) sale Bingo [...]” (art. 4, comma 2, d.m. 21 febbraio 2013, n. 38, nella versione antecedente alle modifiche di cui al d.m. 12 febbraio 2021, n. 51).

9. Pertanto, per l'istituzione delle rivendite speciali nelle sale bingo (come nella specie) occorre, in origine: a) il rispetto degli stessi parametri (tra cui la distanza e il rapporto alla popolazione) previsti per le rivendite ordinarie (art. 2, d.m. 21 febbraio 2013, n. 38); b) la sussistenza di un'esigenza di servizio alla quale non può sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino (art. 4, co. 2, lett. g), d.m. 21 febbraio 2013, n. 38).

10. Tuttavia, come è noto, con la sentenza 10 luglio 2018, n. 4208, questo Consiglio di Stato ha annullato il suddetto art. 4, co. 2, lett. g), nella parte in cui richiamava il precedente art. 2 (criteri per l'istituzione delle rivendite ordinarie), con la conseguenza di aver fatto venire meno il riferimento ai parametri ivi previsti in ordine alla distanza minima, al numero di abitanti e alla produttività minima ai fini dell'istituzione delle rivendite speciali.

11. – Ciò posto, nel caso di specie, il provvedimento autorizzativo è stato annullato dal T.a.r., il quale ha ritenuto che l'amministrazione, nel decidere l'istituzione di una rivendita speciale *“non sembra avere considerato in misura adeguata ed approfondita il contesto esistente in zona”* (punto 2.2 della sentenza impugnata).

12. In particolare, il primo giudice ha statuito che l'amministrazione *“avrebbe dovuto considerare che gli altri punti di vendita esistenti in zona risultavano ad una distanza non eccessiva, in particolare quello del ricorrente, posizionato a circa 100 metri (solo 68 metri, secondo le indicazioni del ricorrente medesimo), con preventivabili effetti di sovrapposizione nell'offerta alla potenziale clientela”*, soprattutto considerando *“i numeri che si riferiscono alla potenziale clientela”*, ossia *“una media di circa 56 avventori al giorno (plausibilmente non tutti fumatori), calcolati suddividendo il dato complessivo di 20.440 persone per 365 giorni”*, con la conseguenza che *“Il volume dei soggetti potenzialmente interessati appare, oggettivamente, poco significativa per giustificare l'implementazione della rete distributiva con l'istituzione di una rivendita speciale, avuto riguardo alla presenza, nella immediate adiacenze della sala Bingo della rivendita ordinaria del ricorrente, peraltro munita di distributore automatico”* (punto 2.4 della sentenza impugnata).

12.1. – Orbene, dall'esame della sentenza impugnata si evince come la *ratio decidendi* della decisione sia incentrata sul difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento (l'amministrazione *“non sembra avere considerato in misura adeguata ed approfondita il contesto esistente in zona”*: punto 2.2 della sentenza impugnata), avuto particolare riguardo agli altri punti vendita esistenti in zona ad una distanza non eccessiva (quello del ricorrente a circa 100 m, peraltro munito di distributore automatico), nonché i numeri della potenziale clientela della istituenda rivendita speciale (media di circa 56 avventori al giorno, plausibilmente non tutti fumatori),

trattandosi di circostanze non idonee a sorreggere l'autorizzazione di una rivendita come quella di specie.

13. – Tale motivazione non risulta scalfita dalle censure articolate nell'atto di appello, le quali, oltre ad essere in parte abbastanza ripetitive, sono incentrate sostanzialmente sull'inapplicabilità del requisito della distanza previsto per le rivendite ordinarie e sulla diversità della clientela tipica delle rivendite speciali.

13.1. A bene vedere, infatti, tali censure non colgono nel segno, in quanto ciò che viene in rilievo nel caso di specie non è né l'applicazione degli stessi requisiti di distanza previsti per le rivendite ordinarie, né l'identità o meno della clientela tra queste ultime e le rivendite speciali bensì, il rispetto o meno della prescrizione normativa secondo cui, ai fini dell'istituzione di una rivendita speciale occorre motivare in ordine alla sussistenza di *“un'esigenza di servizio alla quale non può sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino”* (cfr. art. 4, comma 2, lett.g), d.m. 21 febbraio 2013, n. 38).

14. Nel caso di specie, infatti, il primo giudice ha riscontrato un vizio di legittimità del provvedimento impugnato consistente nell'omessa considerazione di una effettiva esigenza di servizio idonea a giustificare l'istituzione di una rivendita speciale, avuto riguardo alla distanza dalle altre rivendite presenti in zona e al numero della potenziale clientela (peraltro, la parte appellante non ha nemmeno contestato specificamente in punto di fatto tali parametri utilizzati dal primo giudice).

Si tratta di un vizio qualificabile in termini di difetto di motivazione, che assume ancora maggior rilievo alla luce della giurisprudenza amministrativa in tema di istituzione di rivendite speciali in *“altri luoghi”*, tra cui le sale bingo.

15. Sul punto, infatti, questo Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che la citata pronuncia del 10 luglio 2018, n. 4208, sopprimendo l'estensione dei parametri delle rivendite ordinarie a quelle speciali *“non ha eliminato ma semmai rafforzato l'obbligo di motivazione posto a carico dell'amministrazione per l'autorizzazione della rivendita speciale”* (Cons. Stato, sez. VII, 16 novembre 2022, n. 10054).

16. In particolare, è stato precisato che *“Nel caso di specie, relativo all'ubicazione della richiesta rivendita speciale in una sala bingo, si è dato per scontato che, per ciò solo (per il fatto di essere ubicata in una delle tipologie di luoghi elencate dal citato art. 4, comma 2, lett g), del Regolamento), essa potesse essere assentita: omettendosi di valutare se il relativo bisogno potesse o meno essere soddisfatto dalle rivendite ordinarie esistenti (considerando la natura dell'installazione, il numero dei possibili utenti, l'ubicazione delle rivendite esistenti, ed ogni altro parametro utile).*

Il bisogno ulteriore o diverso che giustifica la rivendita speciale deve essere infatti valutato caso per caso: me deve essere comunque valutato, e di tale valutazione deve darsi congrua ed idonea motivazione” (Cons. Stato, sez. VII, 16 novembre 2022, n. 10054), pena la violazione della disposizione citata che subordina il rilascio alla previa valutazione della sussistenza di *“un'esigenza di servizio alla quale non può sopperirsi mediante rivendita ordinaria o patentino”* (art. 4, comma 2, lett g), d.m. 21 febbraio 2013, n. 38).

17. Inoltre, deve ritenersi del tutto infondata la censura relativa all'asserito travisamento del materiale probatorio con conseguente indebita sostituzione del giudice nel merito amministrativo (punto 14, pag. 12 dell'appello), fondata sull'assunto per cui in sentenza *“non vi è cenno alcuno alla tipologia di esercizio, alle dimensioni, anzi vi sono delle errate applicazioni normative in riferimento alla questione delle distanze”* (punto 13, pag. 11 e 12 dell'appello).

17.1. Invero, il mancato riferimento alla tipologia di esercizio o alle dimensioni del locale non assume alcuna rilevanza ai fini che qui interessano, in quanto il primo giudice si è limitato a ravvisare una illegittimità del provvedimento impugnato per difetto di motivazione, nei giusti limiti di un sindacato giurisdizionale di legittimità e non già di merito.

18. Infine, deve ritenersi del tutto inammissibile e infondata l'ultima censura contenuta in appello avente ad oggetto un asserito vizio di ultrapetizione, nella parte in cui la sentenza impugnata ha richiamato la pronuncia del Consiglio di Stato del 10 luglio 2018, n. 4208 (punto 15, pag. 13 dell'appello).

18.1. Oltre ad essere assolutamente generica, si tratta di una censura del tutto incomprensibile, in quanto non si riesce davvero a comprendere come possa costituire un vizio di ultrapetizione il mero richiamo ad un precedente giurisprudenziale, peraltro assolutamente pertinente al caso di specie.

In conclusione, quindi, l'appello deve essere rigettato.

19. – Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite nei confronti di Antonio Persico e Silvana Buonocore che si liquidano in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre al rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Rotondo, Presidente FF

Michele Conforti, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

Rosario Carrano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Rosario Carrano

IL PRESIDENTE

Giuseppe Rotondo

IL SEGRETARIO