

DE BERTI ■ JACCHIA

De Berti Jacchia Franchini Forlani  
studio legale

# **Il Consiglio di Stato rinvia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il giudizio sul bando di gara del gioco del Lotto**

*Roberto A. Jacchia*

*Antonella Terranova*

*Fabio Ferraro*

In data 12 giugno 2017 è stata pubblicata l'ordinanza del Consiglio di Stato con cui, su richiesta delle società *Stanley International Betting Limited* e *Stanleybet Malta Limited* ("Gruppo Stanley"), è stato rinviato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il giudizio sulla legittimità della gara indetta nel 2015 dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM) per l'assegnazione della concessione del gioco del Lotto<sup>1</sup>.

Due società del Gruppo Stanley si erano rivolte al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio per ottenere la rimozione delle misure, ritenute discriminatorie e distorsive, adottate dall'ADM con il bando relativo alla "procedura di selezione aperta per l'affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa"<sup>2</sup>. In particolare, si contestava la scelta di indire la gara secondo un modello di c.d. *monoproviding* esclusivo che, insieme ai requisiti qualificanti e squalificanti previsti, escludeva di fatto le società del Gruppo Stanley ed altri operatori del settore dalla contesa per il mercato; infatti, tale modello riservava la partecipazione alla gara ad un ristrettissimo numero di operatori di dimensioni straordinariamente elevate. Ed in effetti, partecipò un solo soggetto, il consorzio

---

<sup>1</sup> Consiglio di Stato (Sezione Quinta), 11.05.2017, Ordinanza n. 02808/2017, disponibile al seguente [LINK](#).

<sup>2</sup> Articolo 1, comma 653, della legge n. 190 del 2014 (cd. Legge di stabilità 2015): "... In vista della scadenza della concessione vigente, per garantire la tutela degli interessi pubblici nelle attività di raccolta del gioco, la gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, per la sua raccolta sia attraverso la rete dei concessionari di cui all'articolo 12 della legge 2 agosto 1982, n. 528, e successive modificazioni, nonché all'articolo 33, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, sia a distanza, e' affidata in concessione aggiudicata dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, nel rispetto dei principi e delle regole europee e nazionali, ad una qualificata impresa con pregresse esperienze nella gestione o raccolta di gioco, con sede legale in uno degli Stati dello Spazio economico europeo, munita di idonei requisiti di affidabilità morale, tecnica ed economica, scelta mediante procedura di selezione aperta, competitiva e non discriminatoria.

La procedura è indetta alle seguenti condizioni essenziali:

- a) durata della concessione di nove anni, non rinnovabile;
- b) selezione basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, quanto alla componente prezzo, base d'asta, per le offerte al rialzo, di 700 milioni di euro;
- c) versamento del prezzo indicato nell'offerta del concorrente risultato primo in graduatoria nella misura di 350 milioni di euro, all'atto dell'aggiudicazione, nell'anno 2015, nella misura di 250 milioni di euro nell'anno 2016, all'atto dell'effettiva assunzione del servizio del gioco da parte dell'aggiudicatario, e nella misura residua nell'anno 2017, entro il 30 aprile di tale anno;
- d) facoltà per il concessionario aggiudicatario di utilizzare la rete di telecomunicazioni per prestazioni, dirette o indirette, di servizi diversi dalla raccolta del gioco del Lotto e degli altri giochi numerici a quota fissa purché compatibili con la raccolta stessa a giudizio dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli;
- e) aggio per il concessionario pari al 6 per cento della raccolta;
- f) obbligo di aggiornamento tecnologico del sistema della rete e dei terminali di gioco secondo standard qualitativi che garantiscano la massima sicurezza ed affidabilità, secondo il piano d'investimento che costituisce parte dell'offerta tecnica;
- g) obbligo per il concessionario di versamento annuale all'erario delle somme comunque eventualmente non investite secondo il piano di cui alla lettera f);
- h) obbligo per ciascun concorrente di effettuare, all'atto della partecipazione alla procedura selettiva, un versamento a favore della predetta Agenzia pari all'importo dei compensi di cui al comma 654, con diritto alla restituzione esclusivamente per quelli diversi dall'aggiudicatario..."

*Lottoitalia Srl* guidato da *Lottomatica SpA*, pur essendo il Lotto uno dei più importanti giochi numerici nazionali.

Era stato, inoltre, prospettato che la *lex specialis* fosse stata costruita “su misura” per la medesima *Lottomatica*, che aveva beneficiato per quasi un ventennio dell’affidamento diretto della concessione e del suo rinnovo tacito, in virtù dell’allora controversa possibilità di affidare concessioni traslative di pubblici poteri senza procedura concorsuale.

Specificamente, davanti al TAR era stato contestato che

- a) la previsione di un modello *monoproviding* esclusivo risultava fortemente discriminatoria, sia perché il gioco del Lotto beneficia di una disciplina speciale che non trovava giustificazione in esigenze di interesse generale e non soddisfaceva i requisiti di proporzionalità, necessità e coerenza, sia perché le restrizioni della concorrenza che tale modello portava con sé non erano giustificabili neppure da interessi erariali, in quanto un modello *multiproviding* sarebbe risultato più redditizio per le casse dello Stato. Pertanto, la previsione del *monoproviding* di cui all’articolo 1, comma 653, della Legge di Stabilità 2015 risultava incompatibile con il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi riconosciuti dagli articoli 49 e ss. e 56 e ss. del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), in quanto ostacolava l’accesso al mercato dei nuovi operatori;
- b) il medesimo articolo 1, comma 653, della Legge di Stabilità 2015 altresì violava il principio di uguaglianza previsto dall’articolo 3 Cost., in quanto veniva riservata al concessionario uscente del servizio una condizione più favorevole rispetto a quella dei soggetti attivi in altri settori caratterizzati da un modello *multiproviding*. Tale disparità di trattamento non era giustificabile, poiché l’obiettivo di tutela dell’ordine pubblico e dei consumatori poteva essere ugualmente realizzato attraverso un modello *multiproviding*. Inoltre, tale previsione risultava in contrasto con i principi della libertà di iniziativa economica di cui all’articolo 41 Cost. e di concorrenza di cui all’articolo 117, comma 2, lett. e), Cost., in quanto la contesa per la concessione era stata così sottratta al libero mercato;
- c) il bando di gara aveva, poi, previsto una base d’asta irragionevole e sproporzionata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, come indicati nei punti 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 del capitolato d’oneri, andando a riservare di fatto la partecipazione ad un numero eccezionalmente ristretto di operatori (addirittura su base mondiale). Ciò non solo andava, ancora una volta, a violare il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, ma era anche in contrasto con la disciplina posta dalla Direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione<sup>3</sup>;

---

<sup>3</sup> Il Considerando 63 della Direttiva prevede che “... La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi e la loro applicazione agli operatori economici è essenziale per garantire a questi l’effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. In

- d) talune disposizioni del bando interferivano, inoltre, in maniera direttamente discriminatoria con le attività del Gruppo Stanley nel settore dei giochi e delle scommesse, prevedendo valutazioni ampiamente discrezionali dell'ADM, ed in via di fatto dissuadendo le sue società dal partecipare alla gara<sup>4</sup>. Per partecipare, infatti, il Gruppo Stanley avrebbe dovuto rinunciare all'esercizio della propria attività transfrontaliera di scommesse tramite i Centri di Trasmissione Dati (CTD), con cui opera in Italia, nonostante questi siano stati ritenuti da oltre un decennio pienamente legittimi sia dalla Corte di Giustizia che dalla Corte di Cassazione;

---

*particolare, la possibilità concessa ai candidati di far ricorso alle capacità di altri soggetti può essere un fattore determinante per consentire la partecipazione delle PMI. È quindi opportuno stabilire che i criteri di selezione debbano riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto, debbano essere indicati nel bando di concessione e non possano impedire a un operatore economico, salvo in circostanze eccezionali, di far ricorso alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con essi, qualora l'operatore dimostri all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie...". Inoltre, il considerando 67 della Direttiva dispone che "... È necessario che i requisiti tecnici e funzionali definiti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori permettano l'apertura delle concessioni alla concorrenza. Tali requisiti dovrebbero definire le caratteristiche cui devono rispondere i lavori e/o i servizi oggetto della concessione e potrebbero fare riferimento allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o servizi richiesti, purché siano collegati all'oggetto della concessione e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. Lo specifico processo di produzione potrebbe comprendere requisiti relativi all'accessibilità per le persone con disabilità o ai livelli di prestazione ambientale. Detti requisiti tecnici e funzionali dovrebbero figurare nei documenti di gara e rispettare i principi di parità di trattamento e di trasparenza. Dovrebbero essere redatti in modo da evitare di restringere artificialmente la concorrenza, in particolare mediante requisiti che favoriscano uno specifico operatore economico rispecchiando le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dovrebbero prendere in esame le offerte comprendenti lavori e/o servizi, incluse le forniture accessorie a tali lavori e servizi, che siano conformi in modo equivalente alle caratteristiche richieste..."*

<sup>4</sup> Si vedano in particolare il punto 9.1, lett. b) del capitolato d'oneri, che prevede l'obbligo di dichiarare, tra l'altro, di non aver commesso "... violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui è stabilito intendendosi per gravi le violazioni che comportano l'omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore a quello indicato all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 e successive modificazioni ed integrazioni..." e l'articolo 30 dello Schema di Convenzione, dove si afferma che, tra i casi che possono determinare la decadenza della concessione, rientrano "... ogni ipotesi di reato per il quale sia stato disposto il rinvio a giudizio e che ADM, in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario..." (art. 30.2, lett. h), nonché ogni ipotesi in cui "... il concessionario viola la normativa in materia di repressione del gioco anomalo, illecito e clandestino ed, in particolare, quando in proprio od attraverso società controllate o collegate ovunque ubicate, commercializzi sul territorio italiano altri giochi assimilabili al gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa senza averne il prescritto titolo ovvero ad altri giochi vietati dall'ordinamento italiano..." (art. 30.2, lett. k)

- e) l'ADM aveva, infine, violato il principio di trasparenza in relazione alla devoluzione a titolo gratuito della rete del concessionario a fine concessione, laddove avrebbe almeno dovuto attendere la sentenza della Corte di Giustizia relativa alla Causa C-375/14, *Laezza*, avente ad oggetto la legittimità di un'analogha disciplina che trovava applicazione al settore delle scommesse, poi pronunciata in data 28 gennaio 2016<sup>5</sup>.

Il TAR del Lazio aveva tuttavia respinto il ricorso, affermando che “... *il gioco del Lotto differisce notevolmente dagli altri giochi (concorsi a pronostici, videolotterie e scommesse), sia perché è l'unico gioco in cui lo Stato assume il rischio d'impresa, sia perché si caratterizza per la distinzione della fase della raccolta delle giocate, garantita da oltre 33mila ricevitorie, capillarmente diffuse su tutto il territorio nazionale, dalla fase della “gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato”, affidata ad un solo concessionario...*”. Secondo il TAR, tali differenze avrebbero giustificato “... *la scelta legislativa del modello monoproducing per la gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato, sia perché la scelta del modello multiproviding renderebbe comunque necessaria la presenza di un “superconcessionario” (o, quantomeno, la costituzione di un'apposita struttura di collegamento presso l'ADM) per coordinare le attività dei diversi concessionari del servizio e per lasciare indenne l'Amministrazione da eventuali responsabilità derivanti da inadempimenti di tali soggetti, con conseguente aggravio degli oneri per l'Erario, sia perché il modello monoproducing crea una minore competizione all'interno del mercato e, quindi, realizza una logica di governo responsabile (non competitivo) del gioco...*”<sup>6</sup>.

Contro la sentenza del TAR, era stato presentato appello dinanzi al Consiglio di Stato, con sostanziale riproposizione dei motivi di primo grado e con richiesta di rinviare alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali. Il Consiglio di Stato (così come il TAR) ha riconosciuto l'interesse e la legittimazione del Gruppo Stanley di opporsi al bando nonostante non avesse partecipato alla selezione, ritenendo ammissibile la contestazione immediata del modello adottato, nonché dei requisiti speciali, ritenuti escludenti, da questo previsti. Pertanto, alla luce delle censure dedotte e ritenuta la rilevanza delle questioni comunitarie ai fini della decisione della causa, il Consiglio di Stato ha sospeso il procedimento avanti a sé e si è rivolto alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 267, III comma, TFUE, sottoponendo le seguenti questioni pregiudiziali, così come suggerite dalle società del Gruppo Stanley:

“... A) *se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina come quella posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti attuativi, che prevede un modello di*

---

<sup>5</sup> CGUE 28.01.2016, causa C-375/14, *Rosanna Laezza*, disponibile al seguente [LINK](#).

<sup>6</sup> Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 21.04.2016, Sentenza n. 04651/2016, disponibile al seguente [LINK](#).

*concessionario monoproducing esclusivo in relazione al servizio del gioco del Lotto, e non già per altri giochi, concorsi pronostici e scommesse;*

*B) se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad un bando di gara che prevede una base d'asta di gran lunga superiore ed ingiustificata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, del tipo di quelli previsti dai punti 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 del capitolato d'onere della gara per l'assegnazione della concessione del gioco del Lotto;*

*C) se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - deve essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina che prevede l'imposizione di un'alternatività di fatto fra divenire assegnatari di una nuova concessione e continuare ad esercitare la libertà di prestazione dei diversi servizi di scommessa su base transfrontaliera, alternatività del tipo di quella che discende dall'art. 30 dello Schema di Convenzione, così che la decisione di partecipare alla gara per l'attribuzione della nuova concessione comporterebbe la rinuncia all'attività transfrontaliera, nonostante la legittimità di quest'ultima attività sia stata riconosciuta più volte dalla Corte di Giustizia ...".*

L'ordinanza rappresenta in modo esauriente lo stato dell'arte in tema di rinvio pregiudiziale obbligatorio ad opera dei giudici nazionali di ultima istanza a norma dell'art. art. 267, III comma, TFUE. Rileva, infatti, il Consiglio di Stato che le questioni proposte non soltanto erano "... all'evidenza rilevanti per la decisione della causa ...", ma altresì che per esse non era "... applicabile la cosiddetta teoria dell'atto chiaro, in base alla quale il giudice nazionale non deve nemmeno operare il rinvio pregiudiziale, qualora il contenuto della norma comunitaria che intende applicare si ponga agli occhi dell'interprete con un'evidenza tale da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio, (cfr., per tutte, Corte Giust. CE, 6 ottobre 1982, C-283/81, Cilfit), situazione che non si verifica nel caso di specie ...".

Inoltre, il Consiglio di Stato correttamente osserva che "... come è noto, il mancato rinvio pregiudiziale al di fuori dell'ipotesi dell'atto chiaro ... costituisce nel nostro ordinamento nazionale, un caso di responsabilità del giudice ex legge 27 febbraio 2015, no. 18 che ha modificato l'art. 2, comma 3 Legge 13 aprile 1988, n. 117 sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati e ha introdotto il comma 3-bis al predetto art. 2, prevedendo proprio la fattispecie di mancato rinvio alla Corte di Giustizia ...".

L'iter procedurale della Corte di Giustizia prevede una fase scritta, seguita da una fase orale e dalla presentazione delle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Successivamente la Corte si pronuncerà con una tempistica attualmente prevedibile intorno a due anni.