



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 27 marzo 2019

NUMERO AFFARE 00257/2019

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze - Ufficio legislativo - Finanze.

“Documentazione di gara per la procedura di selezione per l'affidamento in concessione della raccolta, esclusivamente in rete fisica, di scommesse su eventi sportivi, anche ippici, e non sportivi, ivi inclusi le scommesse su eventi simulati ed i concorsi pronostici su base sportiva ed ippica ai sensi dell'articolo 1, comma 932 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 e dell'articolo 1, comma 1048, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 – richiesta di parere”;

LA SEZIONE

Vista la nota n. 1780 del 19 febbraio 2019 con la quale l'Ufficio legislativo - Finanze del Ministero dell'economia e delle finanze ha trasmesso la relazione, siglata dal Ministro, dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con la quale si chiede il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Paolo Carpentieri;

Premesso:

1. Con il quesito in esame il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato, ai sensi dall'art. 7 del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16 (*Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento*), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, sulla documentazione di gara per la procedura di selezione per l'affidamento in concessione della raccolta, esclusivamente in rete fisica, di scommesse su eventi sportivi, anche ippici, e non sportivi, ivi inclusi le scommesse su eventi simulati ed i concorsi pronostici su base sportiva ed ippica ai sensi dell'articolo 1, comma 932 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 e dell'articolo 1, comma 1048, della legge 27 dicembre 2017, n. 205.
2. Il Ministero ha sottolineato che tale procedura selettiva si prefigge l'importante obiettivo di delineare una nuova rete di raccolta di gioco pubblico nello specifico settore delle scommesse ippiche e sportive, atteso che tutte le concessioni di tale settore sono di fatto scadute il 30 giugno 2016 e hanno operato in regime di proroga in base dapprima al comma 933 del citato articolo 1 della legge n. 208 del 2015 e, successivamente, in regime di proroga onerosa in base al pure citato comma 1048 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205.
3. Dopo aver fornito una breve ricostruzione storica di questo segmento di mercato dei giochi pubblici e aver ripercorso le tappe salienti del modello concessorio italiano adottato in questo settore, con la sostituzione del modello tradizionale dell'agenzia con i nuovi centri di accettazione multi-gioco denominati “negozi” e “corner”, il Ministero ha rappresentato l'opportunità di

ridisegnare la rete di raccolta del gioco in modo chiaro, preciso e proporzionato, anche ai preminenti fini di tutela del consumatore e di prevenzione di fenomeni criminali, a seguito dello stratificarsi delle concessioni assegnate nel corso del tempo e del susseguirsi delle numerose battaglie giudiziarie anche di rilevanza europea sui criteri di assegnazione di tali concessioni.

4. Il Ministero ha inoltre evidenziato che negli ultimi anni si è assistito al proliferare di normative regionali e comunali, spesso difformi tra loro, che hanno generato una vistosa frammentazione del quadro regolatorio, ragion per cui il legislatore (articolo 1, comma 936, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, legge di stabilità per il 2016) ha previsto la definizione in sede di Conferenza unificata, entro il 30 aprile 2016, delle caratteristiche dei punti di vendita di raccolta del gioco pubblico, nonché dei criteri per la loro distribuzione e concentrazione territoriale al fine di garantire i migliori livelli di sicurezza per la tutela della salute, dell'ordine pubblico e della pubblica fede dei giocatori e di prevenire il rischio di accesso dei minori di età (intese da recepirsi con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le Commissioni parlamentari competenti). La successiva legge n. 205 del 27 dicembre 2017, all'articolo 1, comma 1049, ha poi previsto che, *"al fine di consentire l'espletamento delle procedure di selezione di cui ai commi 1047 e 1048, le regioni adeguano le proprie leggi in materia di dislocazione dei punti vendita del gioco pubblico all'intesa sancita in sede di Conferenza unificata in data 7 settembre 2017"*. Sennonché, aggiunge il Ministero, non risulta che le Regioni interessate abbiano adeguato le proprie leggi alla citata intesa. Poiché il predetto comma 1048 prevede un termine per l'indizione della gara, fissato al 30 settembre 2018 (con proroga onerosa delle concessioni in essere fino all'aggiudicazione delle nuove concessioni e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2019), il Ministero ha ritenuto necessario avviare comunque l'*iter* per l'indizione della procedura di selezione procedendo a richiedere il prescritto parere a questo Consiglio sugli atti di gara, precisando che in ogni caso non sono stati previsti vincoli a livello di distribuzione territoriale.

5. Il Ministero, sulla premessa che le concessioni per l'esercizio e la raccolta dei giochi con partecipazione e vincita in denaro sono state ritenute dalla giurisprudenza dell'ultimo decennio concessioni di servizi connotate dal fatto che la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, ha dunque riferito di aver tenuto conto, nella redazione degli atti della procedura aperta, delle novità ordinamentali introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ritenendo, in base all'articolo 164, comma 2, del predetto d.lgs. n. 50 del 2016, di applicare, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del suddetto codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

6. Ha poi precisato che i requisiti soggettivi dei candidati sono stati individuati in base alla norme specifiche di settore, quali, in particolare, l'articolo 1, comma 78, della legge 13 dicembre 2010, n. 220 e l'articolo 24, commi 24, 25 e 26, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, in ragione delle peculiarità degli interessi pubblici coinvolti nel campo del gioco con vincita in denaro.

7. Ha quindi qui trasmesso, per l'acquisizione del parere, la documentazione della procedura selettiva, composta dei seguenti atti: il bando di gara, il capitolato d'onori per l'assegnazione della concessione e la stipula della convenzione, il capitolato tecnico, lo schema di convenzione, il nomenclatore contenente la definizione di alcuni termini tecnici utilizzati per una migliore comprensione delle regole di partecipazione e degli oneri da assumere (specificando di non aver trasmesso gli schemi di domanda e i moduli per presentare l'offerta, atteso che i medesimi costituiscono documenti standard per facilitare la partecipazione e che in ogni caso questo Consiglio in sede consultiva ha ritenuto non necessario esaminare in analoghe richieste di parere, da

ultimo nella gara sui giochi numerici a totalizzatore).

Considerato:

1. L'art. 7 del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16 (*Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento*), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, stabilisce che “*Il Ministro dell'economia e delle finanze, su richiesta dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato acquisisce obbligatoriamente il parere del Consiglio di Stato per i profili di legittimità relativi: a) agli schemi degli atti di gara per il rilascio di concessioni in materia di giochi pubblici; b) agli schemi di provvedimento di definizione dei criteri per la valutazione dei requisiti di solidità patrimoniale dei concessionari, con riferimento a specifiche tipologie di gioco e in relazione alle caratteristiche del concessionario*”.

Successivamente all'entrata in vigore della norma speciale del 2012, che prevede il parere obbligatorio di questo Consiglio sugli schemi degli atti di gara per il rilascio di concessioni in materia di giochi pubblici, il settore delle procedure selettive per l'affidamento di concessioni di servizi (quali effettivamente devono considerarsi quelle in oggetto) ha subito numerose e importanti modifiche normative, culminate, da ultimo, come bene ricordato dall'amministrazione richiedente, nell'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al già richiamato d.lgs. n. 50 del 2016, che ha già a sua volta ricevuto numerose correzioni, modifiche e integrazioni. In questo contesto, in particolare, è emerso e si è viepiù rafforzato il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha inglobato le funzioni della preesistente AVCP e che presiede alla “*Governance*” del settore (così è rubricato il titolo II della parte VI del codice del 2016), con numerose funzioni (art. 213 stesso codice), tra le quali la predisposizione di (comma 2) “*linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati*” e il supporto alle stazioni appaltanti “*anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi*”, favorendo “*lo sviluppo delle migliori pratiche*”. L'Autorità, inoltre, gestisce la “*Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*” e si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Gestisce altresì il “*Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”. Svolge, infine, numerosi compiti di vigilanza.

Il parere del Consiglio di Stato sui contratti pubblici, già previsto dall'art. 5 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, è stato limitato, in via generale, dall'art. 17, commi 25 ss., della legge n. 127 del 2007 ai soli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri.

La norma speciale dell'art. 7 del decreto-legge n. 16 del 2012 deve dunque essere letta e applicata, coerentemente al mutato contesto ordinamentale, nel senso che il parere *per i profili di legittimità* del Consiglio di Stato deve concentrarsi sull'impostazione complessiva degli schemi degli atti di gara per il rilascio di concessioni in materia di giochi pubblici, sulla loro coerenza rispetto al quadro normativo di riferimento, nonché sulla soluzione di eventuali nodi interpretativi e/o specifici quesiti sui quali l'amministrazione competente provveda a segnalare l'esigenza di particolari approfondimenti, con esclusione di una revisione analitica, nel testo e nei contenuti, delle singole previsioni e prescrizioni recate dalle diverse clausole, anche tecniche e di dettaglio, di cui si compone la complessa e nutrita documentazione che va a formare la disciplina della procedura (e, tramite lo schema di convenzione accessiva alla concessione, dello stesso rapporto concessorio da instaurarsi con i soggetti aggiudicatari).

2. Questo Consiglio ha già provveduto a esprimere il proprio parere su analoghe procedure selettive per l'affidamento in concessione della raccolta del gioco pubblico (ad es, parere reso dalla sez. II n. 1757/2014 del 29 maggio 2014 relativo alla *Documentazione di gara per il rilascio di n. 228 concessioni esercizio gioco del bingo – d.m. 31 gennaio 2000, n. 29 - art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147*; parere reso sulla gara per i giochi numerici a totalizzatore,

richiamato nella stessa relazione dell'Agenzia). Parallelamente al presente affare (n. 257 del 2019), la Sezione, nella stessa adunanza del 27 marzo 2019 ha trattato un'analoga richiesta di parere (affare n. 258 del 2019), sempre del Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle dogane e dei monopoli, relativo alla documentazione di gara per il rilascio di 210 concessioni per l'esercizio del gioco del bingo (legge 27 dicembre 2013, n. 147 e successive modificazioni ed integrazioni introdotte dalla legge n. 205 del 2017, legge di stabilità 2018).

L'Agenzia delle dogane e dei monopoli ha del resto ormai maturato una specifica e consolidata esperienza nella predisposizione di analoghi atti e documenti di gara e nella indizione e gestione delle conseguenti procedure, esperienza arricchita, come evidenziato anche nella relazione illustrativa, da un nutrito contenzioso giurisdizionale. È dunque verosimile che i documenti oggi portati al parere di questo Consiglio si instradino lungo il solco già arato e ampiamente sperimentato di precedenti esperienze e possano costituire (in una parte cospicua) una sostanziale riedizione di atti e documenti già in passato adottati.

Occorre, pertanto, preliminarmente, che il Ministero referente e l'Agenzia provvedano a estrapolare dai numerosi pareri già resi – nonché dalle numerose, precedenti procedure già espletate - una sintesi unitaria che possa fungere da guida nella redazione dei testi, provvedendo, se del caso, a evidenziare a questo Consiglio i punti che possono ritenersi in tal senso già scrutinati e favorevolmente vagliati da questo Consiglio (o, comunque, conformi a precedenti prescrizioni e/o suggerimenti contenuti in precedenti pareri) rispetto ai punti che, invece, siano innovativi e/o non già trattati, o sui quali l'amministrazione intenda motivatamente innovare o discostarsi rispetto ai precedenti, nonché, analogamente, i punti che siano già stati con successo sperimentati e introdotti in precedenti procedure e che non siano stati oggetto di impugnative o siano stati giudicati non illegittimi in sede contenziosa. In tal modo, anche per un'evidente esigenza di economia dei mezzi giuridici e in linea con la corretta dimensione da restituire al parere di legittimità previsto dall'art. 7 del decreto-legge n. 16 del 2012, secondo quanto sopra chiarito al paragrafo 1, la disamina di questo Consiglio potrà concentrarsi sulle sole parti dell'ampia documentazione di gara che esigano riflessioni e approfondimenti giuridici, potendo, tutte le restanti parti già vagliate e testate favorevolmente in precedenza, essere considerate come acquisite e non meritevoli di ulteriore trattazione.

3. Conseguentemente, anche alla luce di alcuni rilievi che saranno anticipati nei prossimi paragrafi, che richiedono, come si dirà, opportuni approfondimenti e motivate risposte da parte dell'amministrazione, la Sezione potrà esprimersi in questa sede solo in termini interlocutori, rinviando l'espressione del parere conclusivo all'esito di questa interlocuzione e sulla base di una ragionata riedizione degli atti, per le parti che lo richiederanno, e di una rinnovata relazione dell'amministrazione, nei sensi e nei termini che si vanno a precisare.

4. Tanto precisato e chiarito circa l'ambito di esplicazione e il tipo di valutazione propri del presente parere, si forniscono qui di seguito alcune considerazioni, riguardanti l'impostazione generale degli atti sottoposti a parere e le problematiche principali che emergono già a un primo esame della documentazione.

5. La Sezione innanzitutto rileva, sulla scorta di quanto correttamente fatto presente nella relazione, che la gran parte dei contenuti del bando e degli altri documenti di gara risulta in sostanza predeterminata già a livello primario (legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 932 che, tra l'altro e ad esempio, fissa la durata novennale non rinnovabile della concessione, il numero di negozi e punti gioco da mettere a gara, le basi d'asta - 32.000 e 18.000 euro -, la platea dei partecipanti; legge 13 dicembre 2010, n. 220, art. 1, commi 77 e 78, che definiscono nel dettaglio lo schema-tipo di convenzione accessiva alle concessioni per l'esercizio e la raccolta non a distanza, ovvero comunque attraverso rete fisica, dei giochi pubblici, determinando in modo analitico requisiti e obblighi dei concessionari; decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111, art. 24 - *Norme in materia di gioco* -, che impone per le società di capitali concessionarie nel settore dei giochi pubblici di riferire la documentazione

prevista dal regolamento anche ai soci persone fisiche che detengono, anche indirettamente, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 2 per cento, nonché ai direttori generali e ai soggetti responsabili delle sedi secondarie o delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, *etc.*). La disciplina di rango primario è stata peraltro favorevolmente vagliata dalla Corte costituzionale che, con sentenza 31 marzo 2015, n. 56, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 79, nonché dei precedenti commi 77 e 78, in quanto richiamati dal comma 79, sollevata in riferimento agli artt. 3, 41, primo comma, e 42, terzo comma, della Costituzione.

6. Corretta e del tutto condivisibile risulta poi la scelta dell'amministrazione, sicuramente già sotto questo profilo sperimentata con successo, di innestare la suindicata normativa speciale sul tronco della disciplina comune, in quanto compatibile, del codice dei contratti pubblici, correttamente usato dall'Agenzia per integrare le parti degli atti di gara che non fossero già predeterminate dalle norme speciali.

7. Emergono, tuttavia, alcuni aspetti problematici, sui quali occorre richiedere un adeguato approfondimento, che dovrà essere sviluppato non solo dall'Agenzia, ma anche dal Ministero, nei suoi organi e uffici reputati più adeguati e competenti al riguardo.

7.1. Rapporti con le autonomie territoriali. Le Regioni – ha riferito l'Agenzia - non avrebbero legiferato (o, comunque, regolato la materia per quanto di loro competenza), benché la legge 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, comma 1048 (modificato dall'art. 1, comma 1097, della legge 30 dicembre 2018, n. 145) e comma 1049, parlando di “*corretto assetto distributivo . . . anche a seguito dell'intesa sancita in sede di Conferenza unificata*”, abbiano previsto che “*le regioni adeguano le proprie leggi in materia di dislocazione dei punti vendita del gioco pubblico all'intesa sancita in sede di Conferenza unificata in data 7 settembre 2017*”, e ciò “*al fine di consentire l'espletamento delle procedure di selezione di cui ai commi 1047 e 1048*”. L'intesa del 7 settembre 2017 – rep. atti n. 103/CU – alla quale non è poi seguito il decreto ministeriale di recepimento, sentite le Commissioni parlamentari competenti, pure previsto dallo stesso comma 936 dell'art. 1 della legge n. 208 del 2015, reca (punto 1) indicazioni di riduzione dell'offerta di gioco, sia dei volumi che dei punti vendita, attraverso la riduzione degli apparecchi AWP attivi (*Amusement With Prizes: slot machine* che erogano vincite in denaro), con un programma di riduzione del numero di tali apparecchi ripartito per Regione, la sostituzione per rottamazione degli AWP con le AWPR (da remoto) entro il 31 dicembre 2019 e il dimezzamento in tre anni dei punti di vendita del gioco pubblico; rinvia, inoltre, alle leggi regionali e ai regolamenti comunali (punto 2) la definizione di un sistema di regole relative alla distribuzione territoriale e temporale dei punti gioco. Enuncia, quindi – punti 3) e 4) -, gli obiettivi di innalzare il livello qualitativo dei punti di gioco e dell'offerta attraverso nuove regole di concessione certificata delle licenze di vendita del gioco e di innalzare il sistema dei controlli.

Ora, non si comprende dagli atti se e in che modo i contenuti di questa intesa siano stati valutati e tenuti presenti nella redazione dei documenti di gara, nei quali non sembrano invero richiamati. Né si forniscono delucidazioni sulle ragioni della mancata adozione del decreto ministeriale, che pure spetta alla competenza del Ministero referente, né si forniscono informazioni circa lo stato dell'arte, le ragioni del ritardo e/o le eventuali diverse scelte amministrative che presiedono eventualmente alla decisione di soprassedere all'emanazione di tale decreto e perché esso possa esser ritenuto non necessario. Né si forniscono elementi di valutazione, pur necessari, riguardo alla ritenuta non ostatività, ai fini della procedura di gara, della mancanza di tali atti, che pure paiono essere in qualche modo configurati dalla legge come presupposti per l'indizione delle gare.

Nella relazione si rappresenta l'urgenza dell'indizione della procedura, stante il termine di legge (entro il 30 settembre 2018) e il termine di proroga delle concessioni in essere (fino all'aggiudicazione delle nuove concessioni e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2019). Premesso che il primo termine non può considerarsi perentorio, in mancanza di una qualificazione esplicita in tal senso nella norma di legge, ed assume, dunque, un carattere esclusivamente acceleratorio e di

ordine dell'azione amministrativa, mentre il secondo termine sarebbe in astratto suscettibile di un'eventuale proroga, ove ciò si rendesse necessario (salve le valutazioni dell'amministrazione riguardo ad eventuali profili anticoncorrenziali e anticomunitari che fossero insiti in una tale scelta), appare comunque necessario che il Ministero fornisca più approfondite e complete valutazioni riguardo ai profili ora evidenziati, concernenti la possibilità di procedere in assenza di decreto ministeriale di recepimento dell'intesa sancita in Conferenza unificata, in assenza delle leggi regionali attuative previste dalla legge e, in ogni caso, se e in che misura i soli contenuti dell'intesa possano sopperire alle suddette mancanze e, in caso positivo, se e in che modo essi debbano essere considerati e inclusi nei documenti di gara (oppure perché si possa ritenere legittimo escluderne ogni rilevanza e applicabilità in questa sede).

7.2. Inadeguata disciplina della rete dei punti di vendita. In connessione (e, forse, in dipendenza) di quanto esposto al precedente par. 7.1, non si comprende come i 10.000 "diritti" (negozi) e i 4.000 "diritti" (punti gioco) previsti nella procedura di gara debbano "atterrare" sul territorio: come, in sostanza, la rete o le reti territoriali di questi punti di vendita debbano obbedire a un qualche criterio distributivo, tra le regioni e all'interno delle regioni, per aree territoriali, in modo da evitare eccessive concentrazioni in alcune aree e condizioni di assenza di servizio in altre. Non v'è dubbio sul fatto che uno dei punti problematici che sembrano emergere riguarda proprio il rapporto con i Comuni e la nota tendenza degli enti locali a introdurre in via amministrativa limiti di concentrazione e limiti distanziali da aree sensibili (sulla legittimità dei limiti distanziali cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1806, di conferma di TRGA Bolzano 19 gennaio 2017, n. 19; Tar Lazio, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 2556). Tali problematiche non sembrano state prese in adeguata considerazione nei documenti di gara, se non per il profilo (anch'esso per altri versi problematico, come si dirà più innanzi) della riduzione al 30% dell'obbligo di attivazione dei punti di vendita aggiudicati e della limitazione delle cause di revoca per sospensione dell'attività, al fine di consentire ai concessionari un "margine di manovra" per far fronte a possibili misure limitative comunali. Manca, invece, nei documenti trasmessi, ogni indicazione, sia pure di massima, che possa orientare circa la distribuzione dei punti di vendita e la progettazione della rete territoriale non costituisce oggetto dell'offerta tecnica ed è rinviata alla fase successiva all'aggiudicazione (a differenza di ciò che accade nella parallela procedura relativa all'affidamento dei punti di raccolta del gioco del bingo - affare 258/2019, dove è previsto - cap. 7.3., lettere n) e o) - che i partecipanti debbano impegnarsi nella domanda di partecipazione ad allestire per il collaudo, entro il termine perentorio di 150 giorni dalla data di pubblicazione dell'elenco degli aggiudicatari, la sala completamente attrezzata e funzionante secondo quanto stabilito dalle regole tecniche, nonché una dichiarazione di impegno ad avviare l'attività oggetto di concessione presso la sala entro 15 giorni dalla data di stipula della convenzione). Solo nello schema di convenzione - artt. 14, 15 e 22 - si dice qualcosa sulla rete dei punti di vendita (rispetto dei divieti locali di ubicazione, limiti distanziali, licenza di pubblica sicurezza art. 88 TULPS, obbligo di comunicazione dei cambi di ubicazione e dei cambi di gestore, obbligo di attivazione costante di almeno il 30 per cento dei "diritti", ossia dei negozi/punti di vendita; contratti tipo tra concessionari e gestori; rilascio da parte di ADM di un'autorizzazione per ciascun punto di vendita sulla base di una dichiarazione del concessionario della sussistenza per ciascun punto di vendita dei requisiti specifici previsti dalla documentazione di gara; in realtà la documentazione di gara nulla di specifico prevede al riguardo). Ma non è previsto alcun obbligo dei candidati di fornire in sede di gara un qualche elenco della rete di vendita territoriale.

Non adeguatamente chiarito risulta altresì il profilo delle caratteristiche tecniche dei punti di vendita, che pure costituisce in parte l'oggetto dell'intesa sancita in Conferenza unificata con le autonomie territoriali il 30 aprile 2016, richiamata sopra al punto 7.1, intesa nella quale, come si è visto, sono indicati taluni obiettivi (ad es., riduzione degli apparecchi AWP attivi, sostituzione degli AWP con le AWPR, innalzamento del livello qualitativo dei punti di gioco e dell'offerta attraverso nuove regole di concessione certificata delle licenze di vendita del gioco) che non sembrano privi di rilievo e di possibili ricadute applicative anche a livello di predisposizione degli atti di gara e di

predefinizione degli impegni e degli obblighi dei partecipanti, aspiranti concessionari.

Anche su questi punti, che appaiono molto delicati e importanti, la Sezione ritiene che l'amministrazione debba svolgere un adeguato approfondimento per ulteriormente riferire.

8. Requisiti per la partecipazione. Riguardo ai requisiti soggettivi per la partecipazione alla procedura selettiva, fermo restando quanto già sopra positivamente rilevato in ordine alla scelta di fare riferimento prioritario al codice dei contratti pubblici, oltre che alle norme speciali di settore, come si rileverà anche per la gara relativa alla concessione della raccolta del gioco del "bingo" (affare 258/2019), occorre pervenire a un'unitaria formulazione di tali requisiti, per quanto possibile chiara e semplice, che potrebbe, a scelta, o riprodurre pedissequamente o richiamare gli artt. 80 ss. del codice dei contratti pubblici e aggiungere le regole speciali di settore, desunte essenzialmente dalla legge n. 220 del 2010 e dal decreto-legge n. 98 del 2011, indicando puntualmente la relativa fonte normativa. È auspicabile un'unica formulazione valida per entrambe le gare (salve motivate differenze oggettive). Occorrerà, inoltre, nell'auspicabile riformulazione delle parti degli atti di gara concernenti l'indicazione dei requisiti di partecipazione (e delle connesse cause di esclusione) che l'amministrazione presti la massima attenzione alla corrispondenza delle singole clausole al testo normativo e alla prevalente interpretazione e applicazione giurisprudenziale degli eventuali profili che si sono rivelati problematici e hanno generato contenziosi. Occorrerà altresì che l'amministrazione, in linea con quanto qui già rilevato in via generale al par. 2, provveda a focalizzare eventuali scostamenti, o aggiunte o modificazioni che, rispetto al testo delle norme (e alla interpretazione comune e prevalente della giurisprudenza), sia suo intendimento di dover inserire, così da consentire a questo Consiglio di poter compiere gli adeguati e opportuni approfondimenti in modo mirato e pertinente.

9. Appaiono inoltre meritevoli di approfondimenti e/o di chiarimenti i seguenti punti che sin d'ora pare utile sottoporre all'attenzione di codesto Ministero al fine di accelerare la definizione della fase consultiva.

9.1. Nell'avviso di gara, al punto II.2.5), circa i criteri di aggiudicazione, dove si parla di "*offerta economicamente più vantaggiosa*", sembra preferibile l'uso della locuzione "*offerta economicamente più elevata*" (così del resto avviene nel cap. 13.7 del capitolato d'onere), poiché, in realtà, l'unico criterio di selezione delle offerte è costituito dall'aumento sulla base d'asta: nella sostanza, la tipologia di criterio di aggiudicazione prescelto nella fattispecie non è quella, caratterizzata da elementi valutativi discrezionali, denominata, nel codice dei contratti pubblici, come criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ma piuttosto quella, interamente vincolata, del massimo rialzo sulla base d'asta.

9.2. Sempre nell'avviso di gara, al punto III.1), si prevede, quale condizione di partecipazione alla procedura, l'assolvimento totale delle somme dovute ad ADM. Tale previsione, che non sembra predefinita in norma primaria, suscita perplessità e andrebbe probabilmente ricondotta nell'alveo delle previsioni generali dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici (*idem* dicasi per il cap. 5 del capitolato d'onere).

9.3. Il punto III.1.1) dell'avviso di gara richiede l'iscrizione CCIAA; sembra utile specificare che l'iscrizione debba avere un oggetto conforme (o coerente) con il servizio cui si riferisce la concessione, come avviene nel disciplinare di gara per la concessione dei punti di raccolta del bingo, di cui all'affare n. 258/2019, dove, al punto 3.3, secondo periodo, è richiesto espressamente che "*Le società di capitali così costituite dovranno inoltre avere nell'oggetto sociale il riferimento esplicito all'esercizio dell'attività affidata in concessione*". Un chiarimento appare necessario anche riguardo alla previsione che il requisito di essere "*operatore di gioco*" "*può essere posseduto anche per il tramite di società controllanti o controllate*": la previsione che l'iscrizione alla CCIAA debba essere con un oggetto conforme alla concessione si rivela viepiù opportuna anche al fine di evitare che il requisito di operatore di gioco posseduto dalla controllante possa consentire di partecipare a una società controllata che si trovi ad operare in un settore tutt'affatto diverso da quello del gioco.

9.4. Nel capitolato d'oneri si rileva un uso promiscuo dei termini "raccolta", "vendita", "esercizio", "commercializzazione" delle scommesse o prodotti di gioco pubblici, che sarebbe utile chiarire nel nomenclatore unico. Si invita, inoltre, l'amministrazione a valutare la possibilità di adoperare, in luogo della formula "*capitolato d'oneri per l'assegnazione della concessione e la stipula della concessione*" una diversa formulazione, ove possibile corrispondente a quella che si intenderà adoperare nella gara per l'assegnazione delle concessioni per la raccolta del gioco del "bingo".

9.5. Nel cap. 3.4 del capitolato d'oneri è prevista l'immodificabilità della compagine dei partecipanti fino alla costituzione della società di capitali successiva all'aggiudicazione. Nel disciplinare della gara relativa alla concessione della raccolta del gioco del "bingo" (affare n. 258/2019) è opportunamente specificato "*in conformità a quanto previsto dall'art. 48 co. 9 del D.Lgs n. 50/2016*". Nell'ottica, sopra evidenziata, di pervenire a una omogeneizzazione dei testi, sarebbe opportuno introdurre tale precisazione anche in questa sede.

9.6. Cap. 4 del capitolato d'oneri. Requisiti per la partecipazione. Come già si è osservato sopra, al paragrafo 8 e come si rileverà anche per la gara "bingo" (affare 258/2019), occorre riprodurre pedissequamente (o richiamare) gli artt. 80 ss. del codice contratti e aggiungere le regole speciali di settore, desunte essenzialmente dalla legge n. 220 del 2010 e dal decreto-legge n. 98 del 2011, indicando puntualmente la relativa fonte normativa. È auspicabile un'unica formulazione valida per entrambe le gare (salve motivate differenze oggettive).

9.7. Nel cap. 4.1 del capitolato d'oneri, circa i requisiti per la partecipazione, compare la specificazione (al quarto rigo) "*nonché di quelli indicati nella domanda*"; tale specificazione sembra postulare che nello schema di domanda siano indicati e richiesti requisiti ulteriori e diversi rispetto a quelli elencati (si riterrebbe, in via esaustiva) nel cap. 4 in esame; sarebbe preferibile per ragioni di chiarezza e di certezza delle regole che tutti i requisiti di partecipazione sia in effetti indicati nel capitolato, con esclusione di altre e diverse previsioni contenute nello schema di domanda.

9.8. Nel cap. 6, punto 6.2 del capitolato d'oneri si prevede che ADM si riserva di selezionare le richieste di chiarimento alle quali dare risposta. Tale previsione appare eccessivamente ampia.

9.9. Cap. 8.3 del capitolato d'oneri. Il secondo periodo sembra postulare che ciascuna offerta debba includere necessariamente una quota di diritti da esercitare negli esercizi di somministrazione, con preclusione della possibilità di offerta per soli punti di gioco non abbinati agli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande. Occorre al riguardo un chiarimento.

9.10. Nel cap. 13.5 del capitolato d'oneri pare opportuno specificare che la pubblicazione dei soggetti ammessi sul sito adm.gov.it vale anche i fini della decorrenza dei termini ai fini del così detto rito "superaccelerato" previsto dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

9.11. Capitoli 14.4 e 15.1: l'amministrazione dovrebbe valutare l'opportunità di prevedere la facoltà per la stazione appaltante di concedere una proroga del termine di 90 giorni per la presentazione di tutta la documentazione da parte dell'aggiudicatario. Tutta la tempistica ivi prevista rischia di essere troppo rigida e vincolante. Si comprende la finalità di allineare "in partenza" tutte le nuove concessioni, ma occorre prevedere il potere di concedere proroghe motivate, per evitare l'insorgere di dubbi interpretativi e difficoltà applicative in caso di ritardi giustificati.

9.12. Capitolo 15.1: obbligo del concessionario di attivare solo il 30% dei diritti. Si sono già prese in considerazione le ragioni di questa previsione: nella relazione si riferisce che "*La disposizione è modificata rispetto ai testi precedentemente adottati per consentire il libero esercizio nell'attivazione dei diritti aggiudicati, ovviamente nei limiti di quanto previsto dalla convenzione. Si è ritenuto in particolare, in questa come in altre disposizioni, di prevedere l'obbligo di attivazione e mantenimento di diritti solo in una piccola percentuale — individuata nel 30% dei diritti aggiudicati — eliminando anche l'obbligo di raccolta e il divieto di sospensione dell'attività nella restante parte. Ciò ovviamente per consentire un contemperamento tra le esigenze di raccolta del gioco pubblico e le difficoltà che potrebbero insorgere da normative regionali e locali*". Si tratta di

una motivazione che sconta, come già evidenziato sopra, al par. 7.2, una forse non adeguata trattazione del tema dei criteri distributivi e localizzativi dei punti di vendita, ma che pone evidenti perplessità riguardo al criterio di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, postulando, evidentemente, siffatta previsione, un risultato complessivo della procedura che può apparire minimale e sottodimensionato rispetto all'obiettivo, che pure deve essere preso in considerazione, insieme a quello del progressivo contenimento del numero di punti di vendita in funzione "anti-ludopatia", di assicurare volumi adeguato di introiti per l'erario (analoghe considerazioni devono valere per la corrispondente previsione contenuta nell'art. 14, comma 1, lettera e), dello schema di convenzione).

9.13. Cap. 16 del capitolato d'oneri. La formulazione dell'ivi previsto scorrimento della graduatoria per la concessione ad altri soggetti in graduatoria delle concessioni rinunciate o non attivate, con implicito divieto di cessione per un anno dall'aggiudicazione, appare criptica e di difficile comprensione. Occorrerà riformularla in termini più chiari, anche in relazione all'art. 10 dello schema di convenzione.

10. Alcune, prime indicazioni correttive possono essere qui anticipate anche riguardo al capitolato tecnico e allo schema di convenzione.

10.1. In primo luogo, occorre ribadire, anche riguardo a questo documento, che risulta mancante in esso ogni indicazione sulla distribuzione territoriale e sulla localizzazione dei punti di vendita. Nulla è chiesto al riguardo neanche nella "relazione tecnica" che il partecipante deve presentare (punti 4 e 4.1). Si rinvergono elementi utili in merito solo negli artt. 14 e 22 dello schema di convenzione.

10.2. Nel punto 3.1 del capitolato tecnico viene introdotto per la prima volta l'obbligo di dotarsi di almeno 50 diritti (almeno 50 punti di vendita) per potersi collegare con il totalizzatore nazionale, dovendosi in alternativa avvalere in appoggio di un altro concessionario. Appare opportuno che questa condizione sia evidenziata anche nel bando e nel capitolato d'oneri, in quanto potenzialmente incidente sulla formulazione dell'offerta.

10.3. Nel punto 3.2.1 la "dotazione minima" è riferita solo al negozio di gioco. Non si comprende se si intenda in tal modo escludere la necessità di una dotazione minima per il punto di gioco o se si tratti di un refuso.

10.4. Nell'art. 5 dello schema di convenzione – rubricato "*Altri obblighi e adempimenti del gestore*" – è introdotta una serie di obblighi stringenti in capo al concessionario, che trovano fonte normativa nella legge 220 del 2010 (art. 1, comma 78) e nei decreti dell'Agenzia da tale articolo previsti. Occorre che di tali atti-fonte sia fatto espresso richiamo nel corpo di tale articolo, in generale o con specifico e puntuale riferimento a ciascuna, singola previsione. Sarebbe comunque opportuno richiamare puntualmente le fonti normative (e amministrative generali) che autorizzano questi obblighi, evidenziando eventuali "aggiunte" o "integrazioni" apportate nello schema di convenzione. Sarebbe da valutare altresì l'opportunità, per completezza e chiarezza degli atti, che dell'esistenza di tali obblighi vi sia avvertenza esplicita anche nel così detto "capitolato d'oneri per l'assegnazione della concessione", trattandosi, anche in questo caso, di informazioni e di dati che possono incidere sulla formulazione dell'offerta, dei quali, dunque, il soggetto partecipante deve avere chiara conoscenza sin dall'esame del disciplinare di gara.

10.7. L'art. 6 dello schema di convenzione, rubricato "*Responsabilità economica del concessionario*", prevede in sostanza la manleva da ogni responsabilità di ADM e la rinuncia a ogni pretesa risarcitoria. Occorre al riguardo che l'amministrazione riferisca se una tale clausola (che non pare contemplata dalla norma primaria, almeno non nell'art. 1, commi 77 e 78 della legge n. 220 del 2010), sia già utilmente inserita e applicata in precedenti procedure e se abbia dato luogo a contestazioni o contenziosi.

10.8. Art. 9: "*Modifiche della titolarità della concessione e della composizione societaria*". Anche in questo caso, trattandosi di obblighi che derivano dalla legge 220 del 2010 e annessi decreti

interdirigenziali, sembra utile, per la chiarezza delle regole, che di tali atti-fonte sia fatta espressa menzione, anche nel capitolato d'oneri, come già detto al par. 10.6.

10.9. Art. 10. *Cessione dei diritti*. Tale previsione, che va letta in combinato con il cap. 16 del capitolato d'oneri (cfr., qui, par. 9.13), richiede una riformulazione più chiara e di più diretta comprensione.

10.10. Art. 11. *Trattamento del personale dipendente*. Occorre un approfondimento sulla conformità di tale previsione – che tende comprensibilmente a preservare ADM da ogni possibile coinvolgimento, anche sussidiario, nella responsabilità nei confronti dei dipendenti dei concessionari (e dei “sub-concessionari”, ossia dei gestori dei punti di vendita) – rispetto alle previsioni degli artt. 105, commi 8 ss., e 30, commi 5 e 6, del codice dei contratti pubblici, nonché rispetto agli arresti della giurisprudenza sulla possibilità che i crediti insoddisfatti dei lavoratori dipendenti possano essere fatti valere sugli eventuali crediti vantati dal concessionario nei confronti del concedente.

10.11. Art. 14, comma 1, lettera e): il concessionario si impegna a tenere aperto almeno il 30% dei punti di vendita. Si veda quanto rilevato al par. 9.12.

10.12. L'art. 15 dello schema di convenzione (“*Rapporti con i gestori dei negozi di gioco o punti di gioco*”) introduce forti clausole limitative dell'autonomia negoziale dei privati, riguardo ai rapporti tra concessionario ed esercenti i singoli punti di vendita. Il punto merita di essere approfondito, anche con eventuale richiamo di previsioni, normative o amministrative generali, che tali limitazioni contemplino e che possano in tal modo supportare la legittimità di siffatta disposizione.

10.13. Art. 19. *Canone di concessione*. Premesso che non si ravvisano ragioni di illegittimità nella previsione di un canone ragionevole e proporzionato, che è in qualche modo insito nel modello della concessione traslativa, si formulano invece rilievi sulla chiarezza e immediata comprensibilità del testo, che deve essere migliorato. Nella relazione si precisa che “*è stata prevista la possibilità di detrarre annualmente, 1/9 dell'importo maggiorato offerto rispetto alla base d'asta e fino a concorrenza di tale importo*” in considerazione del “*mutato assetto ordinamentale e [al]l'evoluzione tecnologica [che] hanno comportato una riduzione e semplificazione dei servizi di collegamento tra i sistemi di elaborazione*”. “*Basandosi sul parallelismo tra l'importo richiesto in sede di aggiudicazione e il canone che, in assenza di norma primaria, è previsto per l'esercizio del diritto aggiudicato, il meccanismo opera detrando dall'importo dovuto, la somma in aumento - rapportata annualmente ad 1/9 - che i concessionari hanno offerto in fase di gara*”. Tale ragionamento deve però tradursi in una clausola dello schema di convenzione che sia di immediata e inequivoca comprensione. Una analoga clausola andrebbe indicata anche nel capitolato d'oneri, poiché si tratta di una previsione che può incidere sulla stessa calibratura dell'offerta economica da parte dei partecipanti e che presenta, dunque, un rilievo che va al di là della mera disciplina del rapporto concessorio.

10.14. L'art. 20 - *Compenso complessivo del concessionario* – dovrebbe recare in sostanza un riepilogo dei diritti e degli aggi riconosciuti al concessionario dalle singole norme speciali istitutive delle diverse tipologie di gioco. L'accuratezza e completezza della trascrizione resta demandata ovviamente alla cura dell'amministrazione. Nella relazione si afferma che “*La lettera c) va rivista a seguito di emanazione del provvedimento di cui all'articolo 1, comma 1055 della legge n. 205 del 2017*” (si tratta delle scommesse ippiche a totalizzatore). Occorre al riguardo un chiarimento.

10.15. Art. 22. *Autorizzazione all'attività di raccolta*. L'articolo prevede che ADM deve autorizzare l'apertura di ogni singolo punto di vendita indicato dal concessionario. Non è indicata tuttavia la tempistica attuativa di tale previsione, a valle della concessione. Non è chiaro se il concessionario può procedere presentando di volta in volta, diluiti nel tempo, i singoli punti di vendita che intende attivare (posto che ha l'obbligo di attivare almeno il 30%) o se deve presentare entro una data certa (non indicata) il suo “progetto” di rete di vendita e sottoporlo ad autorizzazione ADM. Come già rilevato *sub* par. 7.2, sarebbe stato forse meglio disciplinare questo passaggio – non banale – in sede

di capitolato d'oneri, per chiarire se, come e quando il partecipante deve presentare la rete (che avrebbe, essa sì, potuto costituire oggetto di valutazione e di punteggio in una vera offerta economicamente *più vantaggiosa* – e non solo *più elevata*). Non risulta inoltre chiarito come le procedure autorizzative dei punti di vendita si combinino con il registro informatizzato dei distributori ed esercenti di gioco istituito presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli dall'art. 52-*bis* del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (norme antiriciclaggio) inserito dall'art. 1, comma 1060, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, a decorrere dal 1° gennaio 2018.

Il rinvio al capitolato tecnico, contenuto nel comma 4, appare poi inconferente, poiché nel capitolato tecnico non vi sono previsioni utili né riguardo alla distribuzione territoriale, né circa le caratteristiche dei punti di vendita.

10.16. Artt. 24 (*Penali*) e 25 (*Revoca e decadenza*). La Sezione rileva favorevolmente che le sanzioni sono state opportunamente graduate e proporzionate a seconda dell'entità dell'infrazione (come raccomandato, sia pur a proposito della gara "bingo", nel parere delle sez. II di questo Consiglio n. 1757/2014 del 29 maggio 2014) e che i casi di revoca e di decadenza appaiono ben delineati, in coerenza con il tipo di provvedimento (come da capo IV-*bis* legge n. 241 del 1990), e ben procedimentalizzati.

11. Nella stessa giornata del 27 marzo 2019 di adunanza della Sezione è pervenuta in segreteria una nota, datata 20 marzo 2019, della società Stanleybet Malta Limited, con sede in 103 Strait Street, Valletta VLT 1436, Malta, recante ad oggetto "*Parere consultivo del Consiglio di Stato in merito all'indicenda procedura ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento delle concessioni delle scommesse in rete fisica*", nella quale la ora detta società, dichiarandosi "*operatore comunitario di gioco e scommesse autorizzato in numerosi Stati Membri, ed in possesso degli idonei requisiti economici, tecnici e morali*", ha svolto alcune osservazioni in merito allo schema del bando e degli atti di gara per il nuovo affidamento delle concessioni delle attività di scommesse in rete fisica, paventando "*il rischio che le previsioni della nuova procedura concorsuale si traducano in ulteriori vantaggi per gli incumbent — già in regime di proroga — e, al contempo, in nuove asimmetrie in pregiudizio delle imprese di altri Stati Membri che intendono accedere al mercato*". Si ritiene utile dunque acquisire le valutazioni di codesta amministrazione anche sui profili evidenziati dalla predetta società con la nota citata, che verrà trasmessa in uno al presente parere.

12. In conclusione, ritiene la Sezione di doversi esprimere in questa sede solo in sede interlocutoria richiedendo all'amministrazione referente di procedere alla rielaborazione dei testi secondo le indicazioni qui fornite e di provvedere a svolgere gli approfondimenti e a rendere i chiarimenti richiesti, sospendendo nelle more di tali adempimenti l'espressione del parere definitivo.

P.Q.M.

Sospende la pronuncia del richiesto parere nelle more degli adempimenti dell'amministrazione.

L'ESTENSORE

Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

Maria Cristina Manuppelli

