

N. 04645/2012REG.PROV.COLL.
N. 02937/2012 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 2937 del 2012, proposto da:

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione
Autonoma dei Monopoli di Stato, rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura gen. dello Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n.
00143/2012, resa tra le parti, concernente restituzione ai

concessionari della cauzione in misura sino al 0.5% della raccolta di gioco inerenti all'anno 2011 e 2012 - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2012 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, impugna la sentenza 5 gennaio 2012 n. 143, con la quale il TAR per il Lazio, sez.

II:

- ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso proposto, in particolare, avverso il decreto dell'A.A.M.S. (Amministrazione autonoma Monopoli di Stato) 29 aprile 2011, contenente le modalità di restituzione ai concessionari della cauzione in misura fino allo 0,50 della raccolta di gioco per l'anno 2011 (v. pag. 11 sent.);

- ha rigettato il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso il

successivo decreto 27 luglio 2011, relativo alle medesime modalità di restituzione della cauzione in misura percentuale della raccolta di gioco inerente gli anni 2011 e 2012.

La controversia in esame riguarda, in sostanza, la legittimità dei provvedimenti con i quali sono stati individuati i criteri e le modalità di restituzione ai concessionari della rete telematica per la gestione degli apparecchi da divertimento e intrattenimento, del deposito cauzionale dagli stessi versato per gli anni 2011 e 2012. La società appellante è, appunto, concessionaria del servizio pubblico inerente la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito, in base ad atto concessorio del 15 luglio 2004.

In particolare, oggetto della controversia è il decreto 27 luglio 2011 (sostitutivo anche del precedente, impugnato con il ricorso instaurativo del giudizio in I grado), con il quale l'amministrazione ha determinato le condizioni e le modalità della restituzione ai concessionari del deposito cauzionale versato per gli anni 2011 e 2012, stabilendo:

- per l'anno 2011, la restituzione del deposito fino ad un massimo dello 0,10 % delle somme giocate in relazione all'aggiornamento del 7% dei PDA (punti di accesso) con il sistema di georeferenziazione entro il 31 dicembre 2011;
- per l'anno 2012, la restituzione dello 0,40% del deposito a fronte dell'aggiornamento con la tecnologia di georeferenziazione di tutti i PDA, entro il 31 dicembre 2012.

La sentenza appellata, operata una ricognizione della normativa regolante il rapporto concessorio in esame, afferma:

- “la fonte normativa legittimante l’introduzione dell’obbligo di aggiornamento dei PDA che consenta la trasmissione al sistema centrale della loro esatta dislocazione geografica deve essere rinvenuta nell’art. 1, co. 81, della legge n. 220 del 2010 (cd. legge di stabilità per il 2011)”;
- tale norma, che ha la finalità “di ottenere una accurata ricognizione della distribuzione sul territorio degli apparecchi di gioco allo scopo di effettuare un efficace controllo volto al contrasto del gioco illecito e dell’evasione fiscale nel settore del gioco, costituisce il fondamento normativo legittimante il contestato intervento con il quale è stato introdotto l’obbligo di dotare i PDA con un sistema di georeferenziazione che consente di identificare il numero degli apparecchi presenti in ciascun esercizio commerciale, fornendo alla rete telematica informazioni sulla dislocazione geografica degli stessi, associando ad ogni apparato PDA le coordinate che consentano l’individuazione della loro posizione geografica”. Ciò risulta, dunque, “coerente con la volontà del legislatore”;
- l’introduzione del sistema di georeferenziazione dei PDA, in quanto “funzionalmente riconducibile” alle previsioni dell’art. 1, co. 81, l. n. 220/2010, è “pienamente conforme all’art. 14 della convenzione di concessione, laddove consente variazioni delle attività indicate nel capitolato tecnico che si rendano necessarie a seguito di modifiche

normative”;

- né risulta violato l'art. 19 della convenzione, il quale “non individua un limite economico oltre il quale non possono essere imposti investimenti per adeguamenti o variazioni migliorative al rapporto concessorio”. Tale norma, nello stabilire in 10 euro per ciascun apparecchio collegato alla rete telematica la somma da accantonare annualmente in un apposito fondo di bilancio, “costituisce, in sostanza, un importo certo e predeterminato da mettere a disposizione su un apposito fondo di bilancio per adeguamenti tecnologici in via cautelativa, finalizzato a creare una riserva economica”;

- ne consegue che agli investimenti necessari per adeguamenti tecnologici “può essere fatto fronte sia attraverso il ricorso al fondo di accantonamento che attraverso il meccanismo della restituzione del deposito cauzionale, e solo in relazione a quest'ultimo deve effettuarsi la valutazione dell'equilibrio del rapporto economico - finanziario del rapporto concessorio” (e nel caso di specie non risulta provata “l'avvenuta alterazione del sinallagma contrattuale”);

- la scelta di un sistema di georeferenziazione specifico (tramite GPS), anziché lasciare libertà di scelta ai concessionari di utilizzare un diverso sistema (nella specie, GPRS), è stata effettuata dal partner tecnologico SOGEI “sulla base di valutazioni aventi carattere eminentemente tecnico le quali, nei limiti del consentito sindacato giurisdizionale in tale ambito, non appaiono manifestamente erronee

o illogiche”.

Avverso tale decisione, vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a) error in iudicando; carenza dei presupposti normativi e violazione dei principi di proporzionalità connessi ai nuovi e più gravosi oneri economici imposti al concessionario; ciò in quanto l’art. 1, co. 81, l. n. 220/2010 “si limita a prevedere un programma straordinario di controlli, ed in tal senso (e quindi solo in tal senso) da pieni poteri ad AAMS”, mentre “la scelta di introdurre a carico del concessionario dispendiose innovazioni tecnologiche, attraverso la cd. georeferenziazione, è invece una modalità che si pone al di fuori della convenzione e soprattutto della norma invocata”. In definitiva, “non si comprende come si possa pensare che una norma che si limita soltanto a prevedere a carico di AAMS – GDF¹ – SIAE alcuni controlli in vari locali, possa essere interpretata e trasformata nel senso di consentire l’imposizione a carico del concessionario di una nuova modifica tecnologica, di cui non vi è traccia alcuna nel predetto art. 1, co. 81 legge n. 220/2010”. A ciò va aggiunto che, nel corso degli anni (v., per la descrizione della vicenda normativa, pagg. 17 – 19 appello), “i concessionari hanno praticamente subito dal 1 gennaio 2007 un aumento del canone di concessione AAMS (passato dal 0,3 % al 0,8%) mitigato dalla contestuale trasformazione di tale aumento in un deposito cauzionale, ossia in una somma che rimane di pertinenza del concessionario e che va ad esso restituita a fine

anno, previa verifica del rispetto degli obblighi di investimento finalizzati al raggiungimento dei richiesti livelli di servizio” (e se così non fosse esso non potrebbe essere svincolato annualmente se non a fronte di investimenti di pari importo), di modo che “il deposito cauzionale non è affatto un compenso ma una restituzione”;

b) error in iudicando, nella parte in cui non si valuta il motivo di ricorso relativo al mancato rispetto del termine del 30 novembre 2010 (fissato dall’art. 8-bis della convenzione) per l’adozione del decreto per l’anno 2011, termine posto “a garanzia ed a salvaguardia del concessionario e della sua possibilità di adottare procedure con adeguata ed aziendalmente sostenibile programmazione operativa”;

c) error in iudicando, in relazione alla illogicità della imposizione della tecnologia GPS: difetto di motivazione; ciò in quanto “proprio perché trattavasi di una scelta di carattere tecnico AAMS avrebbe dovuto al momento dell’assunzione del decreto del luglio 2011 attrezzarsi adeguatamente per stabilire quale fosse la soluzione più adeguata a permettere il miglior conseguimento degli obiettivi di legge senza gravare i concessionari di inutili oneri aggiuntivi ed ancora se non fosse preferibile, in sede di emissione delle prescrizioni tecniche da sottoporre ai concessionari, limitarsi ad indicare l’obiettivo della georeferenziazione, rilasciando ai concessionari la scelta del modo con cui realizzarlo”; né il sistema GPS prescelto è “più funzionale o più sicuro della geolocalizzazione tramite GPRS” (v., in part., pagg. 27 – 37 appello).

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, che hanno concluso richiedendo in ogni caso il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

All'udienza di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è fondato e deve essere accolto, per le ragioni di seguito esposte, con conseguente riforma della sentenza appellata.

Occorre, innanzi tutto, precisare, ai fini dell'esatta ricognizione del *decisum* in I grado, e del conseguente ambito del presente appello, che il precedente grado di giudizio è stato instaurato (ed il *thema decidendum* individuato), in relazione ad un primo ricorso introduttivo (di impugnazione del decreto 29 aprile 2011) e ad un secondo ricorso per motivi aggiunti (di impugnazione del decreto 27 luglio 2011).

Orbene, come si evince dalla motivazione della sentenza (v. pag. 11), il primo ricorso – ancorchè ciò non sia stato riportato nel dispositivo (che deve essere tuttavia letto alla luce della motivazione)– è stato dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse; mentre il successivo ricorso per motivi aggiunti è stato rigettato, stante la sua ritenuta infondatezza.

Ne consegue che il *thema decidendum* attuale (come definito dal ricorso in appello e dalla pronuncia di reiezione di cui alla sentenza di I grado), riguarda, in sostanza (per il tramite della verifica di

correttezza della sentenza impugnata), la legittimità (o meno) del decreto 27 luglio 2011 (e degli ulteriori atti impugnati con il medesimo ricorso per motivi aggiunti).

Su tale oggetto del decidere, non influisce la successiva emanazione dell'atto 27 aprile 2012 (v. nota di replica appellante 14 giugno 2012), con il quale sono stati fissati (e modificati) taluni obiettivi per la georeferenziazione 2012, in quanto – in ciò condividendo le osservazioni dell'appellante – tale decreto non incide sulla materia del contendere, assumendo esso “rilevanza autonoma solo quanto all'abbassamento del livello dell'operazione per il 2012 e, quindi, rispetto alla futura attività richiesta ai concessionari” (pag. 3, nota di replica cit.).

Altrettanto ininfluyente appare, ai fini del decidere (ed in punto di interesse ad agire dell'appellante, ovvero – recte – della ricorrente in I grado), la non intervenuta impugnazione del distinto decreto 27 luglio 2011 n. 2011/30011, indicato dall'amministrazione (v. note difensive 15 maggio 2012, pag. 4), senza che peraltro venga articolata formale eccezione.

3. L'art. 1, comma 530, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, prevede:

“Entro il 1° luglio 2006 e secondo modalità definite con provvedimenti del Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato:

a) gli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, lettera a), del testo

unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, sono installati esclusivamente in esercizi pubblici, commerciali o punti di raccolta di altri giochi autorizzati dotati di apparati per la connessione alla rete telematica di cui all'articolo 14-bis, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 640, e successive modificazioni, che garantiscano la sicurezza e l'immodificabilità della registrazione e della trasmissione dei dati di funzionamento e di gioco. I requisiti dei suddetti apparati sono definiti entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente legge;

b) il canone di concessione previsto dalla convenzione di concessione per la conduzione operativa della rete telematica di cui all'articolo 14-bis del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 640 del 1972, è fissato nella misura dello 0,8 per cento delle somme giocate a decorrere dal 1° gennaio 2007);

c) l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, a decorrere dal 1° gennaio 2007, riconosce ai concessionari della rete telematica un compenso, fino ad un importo massimo dello 0,5 per cento delle somme giocate, definito in relazione:

1) agli investimenti effettuati in ragione di quanto previsto dalla lettera a);

2) ai livelli di servizio conseguiti nella raccolta dei dati di funzionamento degli apparecchi di gioco”.

Il riportato art. 1, co. 530, l. n. 266/2005, è stato oggetto di

interpretazione autentica ad opera dell'art. 1-ter, comma 2, d.l. 25 settembre 2008 n. 149, conv. in l. n. 184/2008, in base al quale:

“2. L'articolo 1, comma 530, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che l'importo dello 0,5 per cento di cui alla lettera c) del predetto comma costituisce importo aggiuntivo e distinto dal canone di concessione fissato contrattualmente nello 0,3 per cento, il cui totale è dato dallo 0,8 per cento di cui alla lettera b) del medesimo comma. Tale importo dello 0,5 per cento è dovuto, a decorrere dal 1° gennaio 2007, a titolo di deposito cauzionale a garanzia dell'effettuazione degli investimenti e del conseguimento dei livelli di servizio di cui ai numeri 1) e 2) della citata lettera c), ed è restituito ai concessionari, ai sensi di tale ultima lettera, alle condizioni e nella proporzione in cui gli investimenti e i livelli di servizio risultano effettivamente conseguiti. Le conseguenti condizioni applicative sono regolate con appositi decreti dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e contenute in atti integrativi delle convenzioni accessive alle concessioni, che i concessionari sottoscrivono entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Per l'attuazione di quanto disposto, l'amministrazione ha successivamente emanato i decreti 22 giugno 2009 (per l'anno 2007), 22 ottobre 2009 (per gli anni 2008, 2009, 2010), nonché il decreto 27 luglio 2011, oggetto di impugnazione nel presente giudizio (per gli anni 2011 e 2012).

Occorre, quindi, evidenziare che, ai sensi delle disposizioni sopra riportate, il legislatore ha inteso regolare il rapporto di concessione prevedendo::

- un canone di concessione fisso, pari allo 0,3 % delle somme giocate;
- un importo dello 0,5 % delle somme giocate, che costituisce “importo aggiuntivo e distinto dal canone di concessione”, e che viene costituito quale “deposito cauzionale” a garanzia degli investimenti che i medesimi concessionari devono effettuare in attuazione di quanto previsto dalla lett. c), nn. 1) e 2) dell’art. 1, co. 530 citato.

In definitiva, con la norma di “interpretazione autentica” del 2008, la somma complessiva dello 0,5% - già originariamente prevista - non costituisce certamente canone di concessione (ciò è espressamente escluso dalla norma), ma tale somma, già definita “compenso” nell’art. 1, co. 530, lett. c), assume la diversa natura giuridica di “deposito cauzionale” (sia pure in ammontare da determinare in relazione al livello complessivo delle giocate). Da ciò consegue:

- la titolarità del diritto di proprietà della somma medesima (non determinata ma determinabile) in capo ai concessionari; altrimenti non si spiegherebbe né il titolo di detenzione da parte dell’amministrazione, né il diritto dei concessionari (pur subordinato a condizioni) alla sua restituzione, né la qualificazione stessa “deposito cauzionale”, utilizzata dal legislatore;

- la possibilità di determinare la somma in modo “certo”, eliminando qualsiasi discrezionalità dell’amministrazione nella determinazione dell’ammontare definitivo della medesima somma. Ed infatti, proprio perché non si tratta più di “compenso” ma di somma di proprietà dei concessionari in deposito cauzionale presso l’amministrazione, il legislatore definisce l’ammontare della medesima in modo “fisso” (il 5% del livello delle giocate), non più indicando (come in origine) il livello massimo di determinazione del “compenso” (“fino ad un importo massimo dello 0,5 per cento delle somme giocate”), poiché una determinazione “incerta” (definita solo nel massimo) è a tutta evidenza incompatibile con la natura di cauzione della somma depositata;

- la subordinazione della restituzione della somma (il cui deposito svolge una funzione di garanzia, chiaramente attestata dalla norma) alla “effettuazione degli investimenti e del conseguimento dei livelli di servizio di cui ai numeri 1) e 2) della citata lettera c)” dell’art. 1, co. 530”, e quindi “alle condizioni e nella proporzione in cui gli investimenti e i livelli di servizio risultano effettivamente conseguiti”. Occorre aggiungere, a maggiore precisazione, che ciò che i concessionari devono effettuare, onde ottenere la restituzione di una somma di cui certamente sono proprietari, ma che è stata offerta in garanzia dell’adempimento di determinate obbligazioni all’amministrazione, è stabilito nella lett. c), nn. 1 e 2 dell’art. 1, co. 530, e precisamente essi:

- devono effettuare investimenti sugli apparati di connessione della rete telematica, affinché siano garantite “la sicurezza e l'immodificabilità della registrazione e della trasmissione dei dati di funzionamento e di gioco” (lett. a), art. 1, co. 530, richiamato dalla lett. c) n. 1);

- devono conseguire determinati “livelli di servizio” nella “raccolta dei dati di funzionamento degli apparecchi di gioco”.

Come previsto dall'ultimo periodo dell'art. 1-ter, comma 2, d.l. 25 settembre 2008 n. 149, le “condizioni applicative sono regolate con appositi decreti dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e contenute in atti integrativi delle convenzioni accessive alle concessioni”.

Alla luce di quanto sinora esposto, deve quindi convenirsi con l'appellante, laddove essa afferma che, alla luce della disciplina vigente, “il deposito cauzionale non è affatto un compenso ma una restituzione da svincolarsi al verificarsi di determinate attività” (pag. 19 appello), rivendicando la titolarità del diritto di proprietà della somma medesima.

In tal senso, trova ancora condivisione l'ulteriore affermazione dell'appellante (pag. 21 appello), secondo la quale “non vi è correlazione diretta tra l'importo rappresentato dal deposito cauzionale ed il valore degli investimenti ovvero della prestazione di servizio cui è correlato lo svincolo, ma che può essere solo proporzionale in relazione ad una valutazione effettuata da AAMS

con riguardo al concorso del valore di tutte quelle prestazioni che sono poi in definitiva finalizzate al raggiungimento di (sempre più pregnanti) livelli di servizio”.

Allo stato dell'analisi normativa, deve affermarsi, per un verso, che le somme aventi natura di deposito cauzionale sono di proprietà dei concessionari e che la loro restituzione non corrisponde, quantitativamente e correlativamente, all'ammontare degli investimenti realizzati; per altro verso, che i concessionari sono certamente tenuti, alle condizioni rappresentate dalla convenzione accessiva al titolo concessorio, ad effettuare “investimenti sugli apparati di connessione alla rete telematica”, o, generalmente, di adeguamento tecnologico della strumentazione utilizzata.

3. Chiarito il quadro normativo primario entro il quale si colloca la presente controversia, giova ancora osservare che gli articoli 14 e 19 della convenzione 15 luglio 2004 (alla quale hanno fatto seguito “atti aggiuntivi” non rilevanti nella presente sede), prevedono rispettivamente:

- l'art. 14, co. 1, che “AAMS può richiedere al concessionario, che s'impegna sin d'ora ad accettare, di apportare, nel periodo di validità della concessione, variazioni alle attività indicate nel capitolato tecnico, che si rendano necessarie a seguito di eventuali modifiche normative”;
- l'art. 19 (recante “accantonamenti per investimenti relativi agli adeguamenti tecnologici”), che “il concessionario, al fine di

assicurare nel tempo l'allineamento tecnologico e dimensionale della rete telematica, è tenuto ad effettuare, durante il periodo di concessione, un accantonamento annuale ad un apposito fondo di bilancio per gli investimenti relativi agli adeguamenti tecnologici" (co. 1), individuati da AAMS, anche su proposta dello stesso concessionario. L'importo dell'accantonamento è determinato in 10 euro per ogni apparecchio collegato alla rete telematica al 31 dicembre di ciascun anno (co. 2), e l'eventuale residuo non utilizzato deve essere versato dal concessionario ad AAMS "allo scopo di permettere gli adeguamenti tecnologici ritenuti necessari da AAMS stessa per garantire la continuità nella conduzione della rete telematica ed il relativo servizio" (co.3).

Dalla lettura delle disposizioni della convenzione ora riportate, si evince che l'amministrazione può ben chiedere al concessionario "variazioni alle attività riportate nel capitolato tecnico", allorchè le stesse si rendano necessarie " a seguito di eventuali modifiche normative".

Tali variazioni, che possono eventualmente comportare oneri finanziari a carico del concessionario, devono, per un verso, essere riferite alle "attività riportate nel capitolato tecnico"; per altro verso, essere sorrette da una indubbia esigenza determinata da adeguamenti resi necessari per il rispetto di modifiche normative sopravvenute.

In altre parole, le modifiche che rendono necessarie le "variazioni" alle attività devono essere previste da norma (primaria o secondaria)

e devono specificamente riguardare il modo di svolgimento delle attività da parte del concessionario, nel senso che le medesime attività risulterebbero essere svolte “contra legem” (nel senso di contrarietà a norma sopravvenuta), laddove le stesse non venissero adeguate alle nuove prescrizioni introdotte da nuove norme.

Proprio perché inerenti allo svolgimento delle attività, le “modifiche normative” ben possono riguardare (anche) l’adeguamento tecnologico della strumentazione per mezzo della quale l’attività viene svolta.

E laddove tali “variazioni” (o meglio interventi di adeguamento) comportano oneri finanziari a carico del concessionario, ad esse si può far fronte utilizzando il “fondo di accantonamento” in bilancio, previsto dall’art. 19 della convenzione.

Non altrettanto può dirsi in relazione alle somme detenute dall’amministrazione a titolo di deposito cauzionale. Queste ultime non costituiscono né una parte del “fondo di adeguamento”, né una “riserva aggiuntiva”, utilizzabile per interventi di adeguamento e simili: esse costituiscono invece – come già chiarito – somme di proprietà dei concessionari, detenute dall’amministrazione, a scopo di garanzia per l’adempimento di obbligazioni (quelle previste dall’art. 1, comma 530, lett. c) l. n. 266/2005), obbligazioni alle quali il concessionario è tenuto a far fronte, in relazione a quanto statuito dalla convenzione e dagli atti aggiuntivi, anche con risorse proprie, laddove l’adempimento delle stesse comporti oneri finanziari.

Alla luce di quanto esposto, deve essere, dunque, condivisa la sentenza appellata laddove essa afferma che il predetto fondo di accantonamento “non costituisce un limite economico agli investimenti che possono essere chiesti al concessionario laddove gli stessi si rendano necessari per effetto di previsioni normative” (pag. 18 sent.), in ciò contrastando quanto all’opposto sostenuto dall’appellante, che vede invece nel fondo di accantonamento e nella sua dotazione il “limite al maggior onere economico” richiedibile ai concessionari (pag. 22 app.). Non vi è ragione, infatti, per ritenere che quel fondo – pur in presenza di adeguamenti tecnologici normativamente imposti – costituisca, sempre e comunque, il limite massimo degli oneri addossabili al concessionario.

Ma, allo stesso tempo, la medesima sentenza non può trovare adesione laddove essa afferma che “agli investimenti necessari per tali adeguamenti può essere fatto fronte sia con il ricorso al fondo di accantonamento che attraverso il meccanismo della restituzione del deposito cauzionale”, precisando essa altresì che solo con riferimento alla restituzione del deposito cauzionale “deve effettuarsi la valutazione dell’equilibrio economico – finanziario del rapporto concessorio”.

In questi sensi, deve invece trovare condivisione la (già riportata) affermazione dell’appellante, secondo la quale “non vi è correlazione diretta tra l’importo rappresentato dal deposito cauzionale ed il valore degli investimenti ovvero della prestazione di servizio cui è

correlato lo svincolo”, e l’ulteriore affermazione della stessa, secondo la quale il deposito cauzionale “non può in alcun modo considerarsi come un elemento aggiuntivo del cd. fondo di adeguamento” (pag. 19 app.).

4. In definitiva, dall’esame della normativa primaria regolante il rapporto concessorio e della disciplina del medesimo contenuta in convenzione, può evincersi, per quel che interessa nella presente sede:

- a) i concessionari assumono, nell’ambito del rapporto concessorio, talune obbligazioni, afferenti al conseguimento di quanto stabilito dall’art. 1, co. 530, lett. c) l. n. 266/2005;
- b) le “variazioni alle attività indicate nel capitolato tecnico, che si rendano necessarie a seguito di eventuali modifiche normative”, previste dall’art. 14 della convenzione (e che il concessionario è tenuto ad effettuare), rientrano, quale species, nel genus delle obbligazioni indicate dal citato art. 1, co. 530, lett. c);
- c) all’adempimento delle obbligazioni suddette, laddove le stesse comportino oneri finanziari, il concessionario è tenuto a far fronte attraverso le somme di cui al fondo di adeguamento previsto dall’art. 19 della convenzione, nonché attraverso risorse proprie;
- d) tuttavia, mentre il fondo di accantonamento può essere utilizzato integralmente (come si evince dal fatto che l’art. 19, co. 3, prevede che l’eventuale residuo non utilizzato deve essere versato dal concessionario ad AAMS “allo scopo di permettere gli adeguamenti

tecnologici ritenuti necessari da AAMS stessa per garantire la continuità nella conduzione della rete telematica ed il relativo servizio”), l'imposizione di obblighi ulteriori che comportino oneri finanziari, se pur stabilita unilateralmente dall'amministrazione, deve essere causalmente motivata, in relazione a quanto previsto dall'art. 1, co. 530, lett. c), e quindi non si sottrae al sindacato giurisdizionale in ordine alla congruità e ragionevolezza delle scelte operate. Tale imposizione non può comunque comportare uno stravolgimento dell'equilibrio economico – finanziario del rapporto concessorio, dovendo l'amministrazione individuare soluzioni che, a parità di risultati, comportino il minor sacrificio per i concessionari; ed al fine della quantificazione dell'onere finanziario ex novo imposto certamente costituisce parametro di riferimento la misura annua del fondo di accantonamento, istituzionalmente dedicato all'adeguamento tecnologico;

e) la restituzione delle somme detenute dall'amministrazione a titolo di deposito cauzionale – che non possono essere, lo si ripete, integralmente ed automaticamente utilizzate per i citati adeguamenti, posto che esse hanno la ben diversa natura di garanzia per l'adempimento delle obbligazioni assunte – consegue alla verifica effettuata dall'amministrazione proprio in ordine a detti adempimenti. Tale restituzione avviene (come previsto dall'art. 1-ter, comma 2, d.l. n. 149/2008) “alle condizioni e nella proporzione in cui gli investimenti e i livelli di servizio risultano effettivamente

conseguiti”.

4. Orbene, tanto premesso in ordine alla disciplina del rapporto concessorio in esame (ed alla interpretazione della medesima), occorre osservare che l'amministrazione, con gli atti oggetto di impugnazione, e successivamente la sentenza appellata, individuano nell'art. 1, co. 81, l. 13 dicembre 2010 n. 220, “la fonte normativa legittimante l'introduzione dell'obbligo di aggiornamento dei PDA che consenta la trasmissione al sistema centrale della loro esatta dislocazione geografica” (pag. 14 sent.) - cd. georeferenziazione - utilizzando il sistema GPS.

Tale disposizione (che appare utile riportare integralmente) prevede: “Al fine di un più efficace contrasto del gioco illecito e dell'evasione fiscale nel settore del gioco, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, tenuto conto del potenziamento delle proprie risorse umane, e anche avvalendosi della collaborazione della Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e del Corpo della guardia di finanza, realizza nell'anno 2011 un programma straordinario di almeno trentamila controlli in materia di giochi pubblici, con particolare riferimento ai settori del gioco on line, delle scommesse nonché del gioco praticato attraverso apparecchi da intrattenimento e divertimento; in relazione a quest'ultimo, in particolare, il programma dei controlli ha l'obiettivo:

a) di realizzare, sulla base della banca dati di cui all'articolo 22 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, l'accurata

ricognizione della distribuzione sul territorio degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, al fine di identificare:

- 1) il numero e la tipologia dei singoli apparecchi presenti in ciascun esercizio commerciale, locale o, comunque, punto di offerta del gioco, nonché di quelli collocati in magazzini ovvero sottoposti a manutenzione straordinaria;
 - 2) la titolarità di ciascun esercizio commerciale, locale o, comunque, punto di offerta del gioco;
 - 3) la titolarità, il possesso ovvero la detenzione a qualsiasi titolo di ciascun apparecchio, nonché la data della sua installazione nell'esercizio commerciale, locale o punto di offerta del gioco; a tale ultimo riguardo, in assenza di dati univoci e concordanti, vale la presunzione assoluta, ai soli fini della ricognizione, che gli apparecchi siano stati installati nella data immediatamente anteriore a quella nella quale l'identificazione è effettuata;
 - 4) la riferibilità di ciascun apparecchio alla rete del corrispondente concessionario per la raccolta del gioco;
- b) conseguentemente, di identificare quali e quanti apparecchi risultino installati in ciascun esercizio commerciale, locale o punto di offerta del gioco in eccedenza rispetto ai parametri numerico-quantitativi già stabiliti a tale riguardo con decreti dirigenziali dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato;)

c) di prevedere che ciascun concessionario fornisca all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, anche senza previa richiesta da parte della stessa, tutti i dati, i documenti e le informazioni utili ai fini della ricognizione;

d) di consentire a ciascun concessionario, nonché a ciascun soggetto dallo stesso legittimamente incaricato nell'ambito dell'organizzazione della rete di raccolta del gioco, di mantenere installati negli esercizi commerciali, nei locali ovvero nei punti di offerta del gioco gli apparecchi che risultano in eccedenza, ai sensi della lettera b), previo pagamento, fino alla data di adozione del decreto di cui alla lettera g), di una somma mensile pari a euro 300, dovuta solidalmente dai soggetti sopra indicati per ciascuno degli apparecchi di cui al comma 6 dell'articolo 110 del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni;

e) di irrogare ai concessionari, che non forniscano i dati, i documenti e le informazioni di cui alla lettera c), una sanzione amministrativa pecuniaria, per ogni mancata comunicazione, non inferiore nel minimo a euro 500 e non superiore nel massimo a euro 1.500, per la quale non è ammesso quanto previsto dall'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni;

f) di ripartire fra tutti i concessionari per la raccolta del gioco attraverso apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, in proporzione percentuale al numero di apparecchi

che agli stessi risultano formalmente riferibili in relazione al numero dei nulla osta rilasciati, il pagamento delle somme di cui alla lettera d) per gli apparecchi che, all'esito della ricognizione, risultano in eccedenza ma non riferibili a un singolo concessionario; di prevedere, fermo restando quanto disposto dagli articoli 39 e seguenti del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni, e dall'articolo 110, comma 9, del testo unico di cui al regio decreto n. 773 del 1931, e successive modificazioni, il pagamento delle somme di cui alla lettera d), anche per gli apparecchi non muniti del nulla osta, da parte dei soggetti responsabili dell'installazione degli apparecchi medesimi;

g) di pervenire all'adozione di un nuovo decreto direttoriale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato recante la determinazione dei parametri numerico-quantitativi per l'installazione e l'attivazione, in ciascun esercizio commerciale, locale o punto di offerta del gioco, degli apparecchi di cui all'articolo 110; comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, nel rispetto dei seguenti criteri:

1) tipologia di locali in relazione all'esclusività dell'attività di gioco esercitata;

2) estensione della superficie;

h) di verificare che ciascun concessionario interessato disponga conseguentemente la rimozione degli apparecchi che risultano in

eccedenza rispetto ai nuovi parametri di cui alla lettera g), in funzione altresì delle date di installazione dei medesimi apparecchi, di cui alla lettera a), numero 3);

i) di irrogare ai concessionari, ai proprietari di apparecchi e ai titolari degli esercizi, dei locali o, comunque, dei punti di offerta del gioco, singolarmente in relazione alle accertate responsabilità, una sanzione amministrativa pecuniaria di importo mensile pari a euro 300 per ciascuno degli apparecchi installati in eccedenza rispetto ai limiti previsti dal decreto direttoriale di cui alla lettera g) fino alla data di effettiva rimozione degli apparecchi in eccedenza, che deve essere effettuata entro tre mesi dalla data di efficacia del predetto decreto;

l) di procedere, trascorso il termine di cui alla lettera i), alla rimozione forzata degli apparecchi con oneri a carico dei soggetti responsabili, nei confronti dei quali è irrogata altresì una sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 1.000 per ciascun apparecchio.”

Orbene, dalla lettura della disposizione ed alla luce delle considerazioni sin qui esposte, occorre desumere che la medesima, lungi dal riferirsi allo svolgimento delle attività in concessione da parte dei concessionari, lungi dal comportare quindi “variazioni alle attività indicate nel capitolato tecnico” (art. 14, co. 1, convenzione) e svolte dal concessionario, e che “si rendono necessarie a seguito di eventuali modifiche normative”; ben diversamente prevede un “programma straordinario di almeno trentamila controlli in materia di giochi pubblici, con particolare riferimento ai settori del gioco on

line, delle scommesse nonché del gioco praticato attraverso apparecchi da intrattenimento e divertimento”.

Si tratta, dunque, di una norma che si rivolge alla Pubblica Amministrazione, alla quale commette un articolato piano di controlli, anche in considerazione del potenziamento delle risorse umane dell'amministrazione medesima (evidentemente giustificato anche con l'esigenza di una più pregnante e diffusa attività di controllo).

E' ben vero che come in ogni attività di controllo, la norma specifica la doverosa collaborazione all'attività di verifica che sono tenuti a prestare i soggetti verificati (nella specie, i concessionari), ma la disposizione medesima, proprio al fine di agevolare l'attività di ricognizione del numero e dell'ubicazione degli apparecchi, prescrive che “ciascun concessionario fornisca all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, anche senza previa richiesta da parte della stessa, tutti i dati, i documenti e le informazioni utili ai fini della ricognizione” (lett. c).

Per un verso, quindi, la norma indicata riguarda, a tutta evidenza, non già le attività del concessionario (e le modalità del loro svolgimento), bensì lo svolgimento della attività di controllo dell'amministrazione; per altro verso, sia la forma di collaborazione imposta ai concessionari controllati, sia le sanzioni conseguenti alla violazione dei doveri di collaborazione normativamente imposti (lett. e) sono anch'esse espressamente indicate dalla norma medesima,

senza che possa imporsi – ai fini di conseguire “i dati, i documenti e le informazioni utili ai fini della ricognizione” (lett. c) – l’installazione di un sistema ulteriore cd. di georeferenziazione.

Conclusivamente, il Collegio ritiene che l’esigenza indicata dall’amministrazione quale fondante l’impugnato decreto, e cioè quella di “ottenere una accurata ricognizione della distribuzione sul territorio degli apparecchi di gioco allo scopo di effettuare un efficace controllo” (v. pag. 5, memoria Avvocatura 28 aprile 2012), per il tramite del sistema di georeferenziazione, non trova riscontro nell’art. 1, co. 81, l. n. 220/2010, e ciò:

- sia in quanto tale disposizione impone compiti di controllo all’amministrazione (e non obblighi di adeguamento tecnologico ai concessionari);
- sia in quanto i doveri di collaborazione dei concessionari sono indicati (lett. c) e sanzionati per il caso di violazione (lett. e).

Da ciò discende che non risultano soddisfatte le condizioni indicate dall’art. 14 della convenzione, sia in senso oggettivo (non riferendosi la “variazione” in modo diretto all’attività dei concessionari), sia quanto al presupposto normativo, afferendo la norma indicata a ben diverso oggetto, come innanzi precisato.

Né può ritenersi legittimo il decreto impugnato richiamando quanto previsto, in via generale, dall’art. 1, co. 530, l. n. 266/2005, posto che l’amministrazione deve indicare gli ulteriori obblighi imposti al concessionario secondo le modalità innanzi indicate (e ciò non risulta

nel caso di specie), a maggior ragione allorchè tali obblighi comportino oneri finanziari ulteriori.

Ed infatti, mentre l'amministrazione può sempre imporre attività di adeguamento tecnologico nei limiti della dotazione del fondo ex art. 19 convenzione (le cui somme sono destinate ad essere comunque attribuite all'amministrazione, in caso di mancato utilizzo), essa deve invece soggiacere ad oneri procedurali di individuazione della soluzione più adeguata e coerente con l'interesse pubblico perseguito, con il minor sacrificio per il privato, nonché a conseguenti obblighi di motivazione delle scelte effettuate, allorchè quanto disposto comporti oneri finanziari eccedenti i limiti del fondo citato (ed a maggior ragione in difetto di specifica normativa sopravvenuta).

5. Per le ragioni esposte, l'appello deve essere accolto, in relazione al primo motivo proposto (sub a) dell'esposizione in fatto), con assorbimento degli ulteriori motivi proposti, e con conseguente riforma della sentenza appellata.

Per l'effetto, occorre disporre l'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti proposto in I grado, con conseguente annullamento degli atti con il medesimo impugnati.

Deve essere, invece, rigettata la riproposta domanda di risarcimento del danno, posto che la posizione della società appellante trova completa soddisfazione con l'accoglimento del presente appello, non rinvenendosi, di conseguenza, i singoli profili di danno come dalla

stessa evidenziati (v. pag. 41 appello).

Stante la natura, novità e complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese, diritti ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello proposto

(n. 2937/2012 r.g.), lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso per motivi aggiunti proposto in I grado, con conseguente annullamento degli atti con il medesimo impugnati.

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/08/2012

IL SEGRETARIO

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