Causa C-272/91 R

Commissione delle Comunità europee
contro
Repubblica italiana

« Concessione del sistema di automazione del gioco del lotto »

Ordinanza del presidente della Corte 31 gennaio 1992 ..... I - 457

Massime dell'ordinanza

Procedimento sommario — Provvedimenti provvisori — Presupposti della concessione — « Fumus boni juris » — Danno grave ed irreparabile — Raffronto fra i contrapposti interessi — Presa in considerazione di una sentenza che ha accertato un inadempimento analogo a quello contestato
(Trattato CEE, art. 186)

ORDINANZA DEL PRESIDENTE DELLA CORTE
31 gennaio 1992 *

Nel procedimento C-272/91 R,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. Antonio Aresu e Raphael Pellicer, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il sig. Roberto Hayder, rappresentante del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

richiedente,

* Lingua processuale: l'italiano.

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal prof. Luigi Ferrari Bravo, capo del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, in qualità d'agente, assistito dal sig. Ivo Maria Braguglia, avvocato dello Stato, con domicilio eletto in Lussemburgo presso la sede dell'ambasciata d'Italia, 5, rue Marie-Adélaïde,

resistente,

avente ad oggetto una domanda di provvedimento provvisorio diretta ad ottenere che sia ingiunto alla Repubblica italiana di adottare i provvedimenti necessari per sospendere l'esecuzione dell'aggiudicazione della concessione del sistema d'automazione del gioco del lotto,

IL PRESIDENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELLE COMUNITÀ EUROPEE

ha emesso la seguente

Ordinanza

1 Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 18 ottobre 1991, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CEE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, avendo omesso di comunicare, ai fini della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, dapprima, all'inizio del 1990, un bando di gara indicativo riguardante il totale degli appalti che il ministero delle Finanze italiano intendeva aggiudicare nel corso dello stesso anno, nonché successivamente, nel novembre 1990, un bando relativo ad un appalto-concorso per la concessione del sistema d'automazione del gioco del lotto, ed avendo riservato infine la partecipazione al predetto appalto-concorso ai soli enti, società, consorzi o raggruppamenti il cui capitale sociale, considerato singolarmente o complessivamente, fosse a prevalente partecipazione pubblica, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 30, 52 e

59 del Trattato CEE e degli artt. 9 e 17-25 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/295/CEE (GU L 127, pag. 1).

2 Con atto separato, depositato presso la cancelleria della Corte lo stesso giorno, la Commissione ha altresì presentato, ai sensi dell'art. 186 del Trattato CEE e dell'art. 83 del regolamento di procedura, una domanda di provvedimento provvisorio diretta ad ottenere che sia ingiunto alla Repubblica italiana di adottare i provvedimenti necessari per sospendere gli effetti giuridici del decreto del ministro delle Finanze 14 giugno 1991, che aggiudica l'appalto controverso, o gli effetti giuridici del contratto eventualmente concluso in seguito.

3 La resistente ha presentato osservazioni scritte in ordine alla domanda di provvedimento provvisorio il 31 ottobre 1991 e le parti hanno svolto difese orali il 2 dicembre 1991.

4 Nel corso dell'udienza la resistente ha depositato due documenti e le parti sono state invitate a presentare le ulteriori osservazioni rese necessarie da questa nuova produzione. La Commissione ha depositato osservazioni il 9 dicembre e la resistente il 16 dicembre 1991.

5 Prima di esaminare la fondatezza della domanda di provvedimento provvisorio, è necessario richiamare brevemente gli antefatti della controversia.

6 Il 13 novembre 1990 il ministero delle Finanze italiano ha pubblicato sulla stampa italiana un bando di gara relativo ad un appalto-concorso per la concessione del sistema d'automazione del gioco del lotto.

7 Dal fascicolo di causa emerge che il gioco del lotto è gestito dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, che fa capo al ministero delle Finanze. In questo gioco, i giocatori scommettono su uno o più numeri, ai fini di estrazioni settimanali. La raccolta delle giocate si svolge presso punti di raccolta autorizzati (in particolare tabaccherie) e ogni sabato si effettua un'estrazione in ciascuna delle dieci zone di estrazione in cui è ripartito il territorio italiano (« ruote »). Le scommesse possono riguardare sia la sola estrazione effettuata nella zona in cui ha sede il punto di raccolta sia le estrazioni effettuate in tutte le zone. Il pagamento delle vincite — il cui importo è determinato in particolare in funzione della posta, secondo un metodo di calcolo previsto dalla legge italiana — può venire effettuato presso il punto di raccolta o, per le vincite superiori a un determinato importo, presso gli uffici locali del ministero delle Finanze.

8 Il sistema d'automazione del gioco, che si intende dare in concessione con l'appalto, comprende, secondo il bando di gara, i locali, le forniture, gli impianti, la manutenzione, il funzionamento, la trasmissione dei dati ed ogni altro elemento necessario alla gestione del servizio del gioco del lotto.

9 A tenore del bando, la durata della concessione è limitata a nove anni e, al termine di essa, l'intero sistema automatizzato, comprensivo di locali, apparecchiature, terminali presso le ricevitorie, impianti, strutture, programmi, archivi e quanto altro occorra per il funzionamento e la gestione del sistema, deve passare gratuitamente nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione.

10 Nello stesso bando si precisava che la concessione è divisa in tre fasi: una prima fase di forniture, installazioni e prove effettuate in parallelo con il sistema manuale, che si conclude con la messa in funzione del sistema automatizzato in una zona, una seconda fase, comportante l'estensione del sistema a tutte le zone ed infine una terza fase di pieno esercizio comprendente la progressiva estensione dei punti di raccolta. Le offerte debbono indicare i termini di attuazione di ciascuna di tali fasi.

11 Nel corso della prima fase, il concessionario non ha diritto ad alcun compenso, ma nella seconda e nella terza riceve una percentuale sull'incasso lordo delle giocate automatizzate, le cui aliquote debbono essere specificate nelle dichiarazioni di offerta.

12 Il bando di gara specificava inoltre i criteri economici e tecnici in base ai quali gli enti o le imprese aspiranti a partecipare all'appalto-concorso sarebbero stati selezionati.

13 A tenore dello stesso bando, tuttavia, la partecipazione alla gara era riservata agli enti, società o consorzi e raggruppamenti il cui capitale sociale, sia singolarmente che complessivamente, fosse a prevalente partecipazione pubblica, dal momento che il ministero delle Finanze doveva tener conto della particolare natura e rilevanza del servizio automatizzato del gioco del lotto, che, gestito nell'ambito dei monopoli fiscali e finalizzato alla massimizzazione delle entrate erariali, richiede particolari garanzie nonché assoluta affidabilità e sicurezza nella realizzazione e conduzione operativa del sistema.

14 Sono stati invitati a partecipare all'appalto-concorso tre enti o imprese. Con decreto del ministro delle Finanze 14 giugno 1991 la concessione è stata aggiudicata al consorzio Lottomatica.

15 L'8 aprile 1991 la Commissione aveva già fatto pervenire alle autorità italiane una lettera di costituzione in mora, cui ha fatto seguito, il 2 settembre 1991, un parere motivato. La Commissione rileva, in particolare, che il fatto di riservare l'appalto-concorso alle sole società o enti a prevalente partecipazione pubblica configura, in quanto favorisce le imprese italiane, una violazione degli artt. 52 e 59 del Trattato CEE e una misura d'effetto equivalente vietata dall'art. 30 dello stesso. In proposito, la Commissione ricorda alle autorità italiane che, nella sentenza 5 dicembre 1989, Commissione/Italia (causa C-3/88, Racc. pag. 4035), la Corte ha statuito che la normativa italiana, riservando alle sole società a prevalente partecipazione pubblica la possibilità di concludere convenzioni per la realizzazione di sistemi

informativi per conto della pubblica amministrazione, contravveniva, in particolare, agli artt. 52 e 59 del Trattato CEE, e ha dichiarato che la Repubblica italiana era venuta meno agli obblighi che le incombono. Le autorità italiane non hanno ancora adottato i provvedimenti necessari ad eseguire la detta sentenza e per questo motivo la Commissione ha del resto iniziato un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 171 del Trattato CEE.

16 Nella risposta al parere motivato le autorità italiane affermano, in particolare, che l'appalto-concorso *de quo* non rientra tra quelli considerati dalla sentenza della Corte sopra citata. Questi ultimi appalti, infatti, riguardavano la fornitura di sistemi informativi dei quali il fornitore doveva, è vero, assicurare la gestione, ma a titolo di servizio reso all'amministrazione, mentre l'appalto-concorso di cui trattasi ha per oggetto una concessione mediante la quale l'amministrazione affida ad un terzo l'esercizio di un'attività che rientra nel potere della pubblica amministrazione, vale a dire la raccolta delle giocate del lotto. Orbene, in conformità all'art. 55 del Trattato CEE, le attività che partecipano, nello Stato membro, all'esercizio dei pubblici poteri sono escluse dall'applicazione degli artt. 52 e 59.

17 Si deve ricordare che, in forza dell'art. 186 del Trattato CEE, la Corte, nelle cause sottopostele, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari.

18 Ai sensi dell'art. 83, n. 2, del regolamento di procedura, la decisione che disponga provvedimenti provvisori come quelli richiesti è subordinata all'esistenza di circostanze attestanti l'urgenza nonché di motivi di fatto e di diritto che giustifichino, *prima facie*, i detti provvedimenti. Secondo una costante giurisprudenza, l'urgenza di una domanda di provvedimenti provvisori dev'essere valutata con riguardo alla necessità di statuire in via provvisoria per evitare che la parte richiedente subisca un danno grave ed irreparabile.

19 Occorre accertare se tali presupposti sussistano nella fattispecie.

20 Per quanto riguarda, innanzitutto, il presupposto del *fumus boni juris*, la Commissione afferma che la violazione degli artt. 52 e 59 del Trattato CEE è manifesta, e che la fattispecie in giudizio è del tutto identica a quella che ha dato luogo alla citata sentenza 5 dicembre 1989. In particolare, non si potrebbe ritenere che la concessione del sistema di automazione *de quo* comporti l'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 55, primo comma, del Trattato. Questo stesso argomento sarebbe stato addotto dal governo italiano a proposito delle convenzioni per l'elaborazione di sistemi informativi per l'amministrazione pubblica, oggetto della sentenza 5 dicembre 1989. A tal riguardo, la Corte avrebbe ricordato che l'eccezione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi, di cui all'art. 55 del Trattato, va limitata a quelle attività che di per sé implicano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, ed avrebbe accertato che non era questo il caso delle attività relative alla progettazione, alla definizione dei programmi e alla gestione dei sistemi informativi, che sono attività di natura tecnica.

21 La resistente sostiene che la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto comporta un vero e proprio trasferimento di poteri pubblici al concessionario e non può essere equiparata ad un contratto di fornitura di beni e di servizi. Striderebbe con tale equiparazione il fatto che il compenso del concessionario è costituito da una percentuale degli incassi. Il gioco del lotto sarebbe, secondo la normativa italiana, strettamente riservato allo Stato e qualsivoglia operazione connessa col gioco stesso rientrerebbe quindi nell'esercizio dei pubblici poteri, che, ai sensi dell'art. 55, primo comma, del Trattato, possono essere non solo poteri decisionali, ma altresì poteri organizzativi, ispettivi o certificatori. Il programma tecnico relativo all'appalto-concorso, depositato dalla resistente in occasione dell'udienza, evidenzierebbe i poteri che la concessione trasferisce al concessionario. Si tratterebbe in particolare della raccolta delle giocate, dal momento che gli scontrini del lotto, per essere validi, debbono essere rilasciati dai terminali del concessionario, installati presso i punti di raccolta, nonché dell'individuazione delle giocate vincenti, effettuata dai centri d'elaborazione del concessionario in ciascuna zona di estrazione.

22 Si deve in primo luogo osservare che l'introduzione del sistema d'automazione controverso non sembra apportare, *prima facie*, alcuna modifica alle varie operazioni inerenti al gioco del lotto, quali si svolgono attualmente, secondo la descrizione fornita nel programma tecnico depositato dalla resistente. A prima vista, non si è trasferita al concessionario la responsabilità di nessuna delle dette operazioni.

Così, i punti di raccolta restano responsabili della raccolta delle scommesse, poiché la funzione del terminale del concessionario è limitata alla registrazione, al controllo automatico ed alla trasmissione dei dati risultanti dalle operazioni del responsabile del punto di raccolta, che, a tenore del programma tecnico, in caso di errore deve essere in grado di correggere la registrazione e perfino di annullare uno scontrino emesso dal terminale. Lo stesso dicasi dell'individuazione delle giocate vincenti, poiché la commissione di zona, organo amministrativo, resta responsabile del controllo e della convalida delle giocate.

23 In secondo luogo, si deve rilevare che le prestazioni cui è tenuto il concessionario del sistema di automazione del gioco del lotto non sembrano, *prima facie*, diverse da quelle che risultano dalle convenzioni per l'elaborazione dei sistemi informativi per conto della pubblica amministrazione, oggetto della sopraccitata sentenza 5 dicembre 1989. In entrambi i casi si tratta della progettazione di sistemi informativi, della fornitura del materiale e dei programmi necessari, nonché della gestione dei sistemi. È vero che il sistema di automazione del gioco del lotto diventa proprietà dello Stato solo allo scadere del termine della concessione e che il compenso del concessionario consiste in una partecipazione al ricavato della gestione del sistema stesso, ma tali aspetti, ad una prima valutazione, sembrano irrilevanti con riguardo alle norme comunitarie pertinenti.

24 Si deve pertanto constatare che, tenuto conto della sopraccitata sentenza 5 dicembre 1989, il ricorso della Commissione non pare, in questa fase, privo di fondamento e che quindi sussiste il presupposto del *fumus boni juris*.

25 Per quanto riguarda, infine, il presupposto dell'urgenza, la Commissione afferma di non poter attendere l'esito del giudizio di merito senza subire, in quanto istituzione incaricata di vigilare sull'applicazione del Trattato, un danno grave ed irreparabile. Quando la Corte si pronuncerà sulla controversia, il sistema d'automazione del gioco del lotto sarà già in funzione da molto tempo e la Commissione non potrà che accettare il fatto compiuto, nonostante la flagrante violazione del diritto comunitario. Perché la futura sentenza della Corte abbia un effetto utile, sarebbe pertanto necessario disporre provvedimenti provvisori.

26 In proposito, la resistente osserva che il contratto di concessione con il consorzio Lottomatica è stato stipulato il 22 novembre 1991 e che il primo periodo della concessione deve scadere il 1° aprile 1992, e il secondo il 31 dicembre 1992. Essa sostiene che la messa in funzione del sistema di automazione realizzerà un notevole miglioramento del gioco, che costituisce l'unico mezzo per sopprimere il gioco clandestino, molto diffuso attualmente. Qualora non venisse messo in funzione il sistema di automazione, le perdite di entrate per lo Stato potrebbero essere valutate in 500 miliardi di lire l'anno. L'eliminazione del gioco clandestino e gli elevatissimi introiti fiscali dovrebbero pertanto essere messi a confronto con l'interesse della Commissione a che sia garantito il rispetto di precise norme del Trattato.

27 A questo proposito, si deve osservare che, come afferma la Commissione, in caso di accoglimento del ricorso principale, la sentenza, in difetto di provvedimenti provvisori, sarebbe privata di effetto utile.

28 In ordine al raffronto tra i contrapposti interessi, si deve osservare che l'interesse della resistente a realizzare la rapida automazione del gioco del lotto deve essere messo a confronto con quello della Commissione, nella sua veste di custode dei Trattati, a che venga impedita una violazione delle norme fondamentali degli stessi. Tenendo conto, in particolare, della sentenza della Corte 5 dicembre 1989, l'interesse della Commissione deve prevalere su quello dello Stato membro in causa.

29 Poiché, quindi, sussiste anche il presupposto dell'urgenza, si deve disporre il provvedimento provvisorio richiesto.

Per questi motivi,

IL PRESIDENTE

così provvede:

1) **La Repubblica italiana adotterà i provvedimenti necessari a sospendere gli effetti giuridici del decreto del ministro delle Finanze 14 giugno 1991 che aggiudica la concessione del sistema d'automazione del gioco del lotto nonché l'esecuzione del contratto stipulato a tal fine con il consorzio Lottomatica.**

2) **Le spese sono riservate.**

Lussemburgo, 31 gennaio 1992.

Il cancelliere

J.-G. Giraud

Il presidente

O. Due