

Segnalazione al Governo ed al Parlamento

(ai sensi dell'Art. 6, comma 7, lett. e), del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Oggetto: Procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati "lotterie nazionali ad estrazione istantanea".

Premessa

L'Autorità intende segnalare il contenuto di alcune norme presenti nell'articolo 21 della Legge 3 agosto 2009, n. 102, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*, relativo al *Rilascio di concessioni in materia di giochi*, e le modalità con cui l'Amministrazione autonoma monopoli di Stato (di seguito AAMS) ha recepito il contenuto di detto articolo nei bandi di gara predisposti per l'affidamento della concessione in oggetto, che, contrariamente alla volontà manifestata nel primo comma del citato articolo 21, hanno ristretto la partecipazione ad un solo concorrente, vale a dire al soggetto che precedentemente gestiva il servizio.

Il primo comma dell'articolo 21 prevede che le concessioni per le attività di raccolta del gioco, nel rispetto dei principi e delle regole comunitari e nazionali, debbano essere affidate *ad una pluralità di soggetti scelti mediante procedure aperte, competitive e non discriminatorie*.

I successivi commi regolamentano anche l'affidamento delle lotterie ad estrazione istantanea, prevedendo, tra l'altro:

1. che il *"rialzo delle offerte rispetto ad una base predefinita che assicuri, comunque, entrate complessivamente non inferiori a 500 milioni di euro nell'anno 2009 e a 300 milioni di euro nell'anno 2010, indipendentemente dal numero finale dei soggetti aggiudicatari"* (comma 3, lettera a);
2. la necessità di una rete distributiva costituita da almeno 10 mila punti vendita in esclusiva, distribuiti su tutto il territorio nazionale, da attivare entro il 31 dicembre 2010 (comma 3, lettera c);
3. la durata delle concessioni di 9 anni, eventualmente rinnovabili per una volta, divise in due periodi di 5 e 4 anni; *"la prosecuzione della concessione per il secondo periodo è subordinata alla positiva valutazione dell'andamento della gestione da parte dell'amministrazione concedente, da esprimere entro il primo semestre del quinto anno di concessione"* (comma 4);
4. la prosecuzione della concessione in corso all'attuale concessionario fino al 31 gennaio 2012, ciò al fine di *"garantire il mantenimento dell'utile erariale"* (comma 5);
5. che *"qualora il nuovo aggiudicatario sia già concessionario dello specifico gioco, il trasferimento di proprietà all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato di tutti i beni materiali ed immateriali costituenti la rete distributiva fisica, previsto dalle concessioni in essere, è differito alla scadenza della convenzione di concessione sottoscritta all'esito delle citate procedure di selezione"* (comma 11).

A seguito dell'emanazione della citata Legge *anti-crisi*, l'AAMS ha predisposto il bando di gara per l'assegnazione della concessione per le lotterie ad estrazione istantanea, prevedendo, per i punti non completamente disciplinati dalla nuova normativa:

a) una ripartizione uniforme del "diritto di ingresso" pari a 800 milioni euro (ovvero 400 milioni di euro per ogni concessionario, in caso di due aggiudicatari, 267 milioni di euro, in caso di tre aggiudicatari, 200 milioni di euro, in caso di quattro aggiudicatari);

b) un criterio di valutazione per la prosecuzione della concessione particolarmente selettivo, in quanto, a partire dal 2012, ciascun concorrente dovrà garantire una raccolta parametrata a quella complessiva dell'anno precedente non inferiore al 60%, in caso di un solo concessionario, al 30%, in caso di due concessionari, al 20%, in caso di tre concessionari e al 15%, in caso di quattro concessionari (punto 2.5 del Capitolato d'onori).

Alla gara indetta dall'AAMS ha partecipato un unico concorrente, vale a dire il precedente concessionario. A seguito del ricorso di un potenziale concorrente, il TAR del Lazio, con sentenza del 20 novembre 2009, n. 11396, ha annullato il bando di gara in questione, ritenendo che le richiamate norme contenute nell'articolo 21 della legge n. 102/2009 e l'interpretazione a queste date dall'AAMS abbiano finito con il produrre un risultato opposto a quello dichiarato dal legislatore. In particolare, secondo il TAR del Lazio, l'AAMS avrebbe dovuto prevedere, in luogo di un riparto del diritto di ingresso in parti uguali, un criterio *"coerente con la quota di mercato che viene comunque assicurata in partenza al concessionario"*, senza aggravare immotivatamente le condizioni di partenza dei nuovi entranti; analogamente avrebbe dovuto valutare in modo differente la posizione delle parti in sede di verifica della concessione al quinto anno. Per quanto riguarda il "diritto di ingresso" è opportuno ricordare che la Camera dei Deputati, nella seduta del 27 luglio 2009, aveva approvato una mozione nella quale si indicava come *"la previsione di assicurare entrate erariali aggiuntive nel biennio 2009-2010, di ammontare complessivo non inferiore a 800 milioni di euro, attraverso il pagamento di diritti di aggiudicazione la cui entità non è definita in misura certa, ma in funzione del numero dei soggetti aggiudicatari, né tantomeno in proporzione alle percentuali di raccolta attese derivanti dalla gestione del servizio, rende indeterminati gli effetti della norma, con ciò limitando fortemente la partecipazione di molti operatori, nazionali e comunitari, alla procedura ad evidenza pubblica"*. Conseguentemente si richiedeva al Governo, anche per il tramite dell'AAMS, di adottare misure idonee a permettere la partecipazione di più concorrenti alla gara.

Con sentenza del 23 marzo 2010, n. 1705, il Consiglio di Stato ha accolto i ricorsi principali promossi dall'AAMS e dal concorrente risultato aggiudicatario della gara annullata dal TAR del Lazio ed il ricorso incidentale del concorrente potenziale limitatamente alla parte relativa alla proroga della concessione per le gare in essere fino al 31 gennaio 2012.

Il Consiglio di Stato, nella propria decisione, invece di considerare l'effetto complessivo delle disposizioni contestate dal TAR del Lazio, ha analizzato singolarmente i diversi istituti, rilevando quanto segue:

a) in assenza di qualsiasi indicazione normativa, è legittimo e non discriminatorio distribuire in parti uguali tra gli aggiudicatari l'importo del diritto di ingresso, in quanto, la strada indicata dal TAR del Lazio sarebbe "impercorsibile", non potendosi conoscere a priori le quote di mercato che i concorrenti otterranno a seguito dell'aggiudicazione;

b) la previsione di 10 mila punti vendita appare necessaria a promuovere lo sviluppo del gioco e a garantirne la possibilità su tutto il territorio nazionale (il Consiglio di Stato non è, tuttavia, entrato nel merito delle ragioni per cui tale rete debba essere posseduta in esclusiva);

c) è contraria al diritto comunitario la norma relativa al mantenimento della concessione fino al 31 gennaio 2012, contenuta nel comma 5 dell'articolo 21 della legge n. 102/2009; la stessa deve essere, quindi, disapplicata.

Si deve, inoltre, rilevare che il Consiglio di Stato non si è pronunciato sui problemi relativi alle modalità di verifica per il proseguimento della concessione, ritenendo la questione assorbita dalla disapplicazione del comma 5 dell'art.21.

In recepimento della sentenza del Consiglio di Stato, l'AAMS, con avviso pubblicato sulla G.U.C.E. del 2 aprile 2010, ha modificato il bando di gara, riaprendo i termini della relativa procedura; le novità del bando sono:

a) l'eliminazione del paragrafo 2.11 del capitolato d'onere relativo alla prosecuzione dell'affidamento dei giochi al precedente concessionario fino al 31 gennaio 2012, norma disapplicata dal Consiglio di Stato;

b) l'obbligo di corrispondere il 65% del "diritto di ingresso" (di ammontare complessivo di 800 milioni di euro) entro 15 giorni dall'aggiudicazione.

Anche per la nuova procedura di gara è pervenuta, entro il termine di scadenza previsto dal bando, la sola offerta da parte del precedente gestore.

È opinione dell'Autorità che la mancata partecipazione di soggetti differenti dal precedente concessionario, per un servizio di per sé particolarmente profittevole, sia da attribuire ad alcune previsioni contenute nella nuova normativa di cui all'articolo 21 della Legge n. 102/2009 nonché alle modalità concrete con cui tali disposizioni sono state recepite nel bando di gara emanato dall'AAMS, che sono risultate idonee ad

innalzare barriere all'entrata particolarmente elevate anche per importanti operatori esperti del settore dei giochi.

L'Autorità intende, pertanto, rappresentare alcune considerazioni in merito a detta normativa che si ritiene possano guidare il legislatore e l'AAMS nella predisposizione di future procedure di gara per il rilascio di concessioni nel settore dei giochi.

Gli elementi di criticità rilevati.

In linea generale, si osserva che l'apertura di un mercato - in regime di monopolio legale - alla concorrenza, di regola, avviene predisponendo misure asimmetriche a favore dei nuovi entranti, imponendo cioè vantaggi temporanei a questi ultimi o vincoli all'ex-monopolista. Ciò non è avvenuto nel caso di specie, anche in considerazione del tipo di competizione prescelto, che appare più una concorrenza per il mercato che sul mercato, non essendo possibile il confronto dei prodotti di differenti offerenti nel medesimo punto vendita. Anzi, alcune disposizioni previste nella nuova normativa e nel bando di gara potrebbero aver avuto l'effetto di garantire in modo eccessivo la posizione del precedente concessionario, come dimostra la mancata partecipazione alla gara di altri concorrenti.

Al riguardo, si deve rilevare che la disapplicazione del comma 5 dell'articolo 21 della legge n. 102/2009, a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, appare aver solamente ridotto lo svantaggio competitivo a carico degli eventuali nuovi entranti, in quanto rimangono numerosi vincoli che, letti cumulativamente, ne rendono estremamente rischiosa la partecipazione.

In particolare si rileva che la previsione di una ripartizione uniforme del diritto di ingresso - peraltro di importo non trascurabile - che non tiene, quindi, conto delle diverse posizioni sul mercato del precedente concessionario e dei nuovi entranti penalizza fortemente questi ultimi. Se è vero, come rilevato dal Consiglio di Stato, che le quote di mercato non possono essere conosciute nella fase di aggiudicazione delle nuove concessioni, è altrettanto vero che una ripartizione uniforme di tale diritto si giustifica solo quando i nuovi concorrenti competono ad armi pari. Ciò non si realizza nel caso di specie in cui la normativa ha riconosciuto a favore del precedente concessionario il differimento della restituzione all'AAMS di Stato di tutti i beni materiali ed immateriali costituenti la rete distributiva fisica, previsto dalle concessioni in essere, e la necessità per i nuovi entranti di dotarsi fin da subito di una rete distributiva estesa e distribuita capillarmente su tutto il territorio nazionale.

Sebbene la scelta di affidare le concessioni esclusivamente a soggetti capillarmente presenti sul tutto il territorio nazionale e non unicamente su parti dello stesso attenga a considerazioni di opportunità rimesse alla discrezionalità del legislatore, non sono chiare le ragioni per la richiesta di convenzionamenti in esclusiva dei punti vendita. La presenza di prodotti gestiti da concessionari diversi nel medesimo punto vendita potrebbe incentivare la concorrenza tra i diversi prodotti offerti, premiare quelli che maggiormente incontrano le preferenze dei consumatori e, probabilmente, sviluppare ulteriormente il gioco (con beneficio per l'erario). Nel caso di specie, si deve rilevare che il convenzionamento in esclusiva di almeno 10 mila punti vendita distribuiti su tutto il territorio nazionale finisce inevitabilmente con il favorire il precedente concessionario. È, infatti, evidente che, a prescindere dalla considerazione che nel raggruppamento di imprese precedente concessionario vi erano soggetti espressione dell'associazione dei tabaccai (il principale canale distributivo delle lotterie ad estrazione istantanea), un distributore, dovendo scegliere tra un soggetto già presente - il cui marchio è conosciuto al pubblico - e un nuovo entrante, sarà orientato a preferire il primo, anche in considerazione del fatto che la remunerazione del servizio (aggio) non rappresenta oggetto di contrattazione.

Ai due elementi sopra evidenziati, si aggiunge il fatto che la *lex specialis* di gara ha imposto come criterio di verifica il raggiungimento, già a partire dal 2012, di elevate quote di mercato, pari a circa il 30% nel caso di due concessionari¹. Si tratta di un obiettivo difficile da raggiungere, in soli due anni, per un nuovo entrante che, peraltro, come nel caso di specie, parte da posizioni di indubbio svantaggio. L'AAMS avrebbe potuto considerare criteri di verifica intermedi meno restrittivi, quali lo sviluppo del gioco complessivo, il fatturato assoluto, invece che relativo, realizzato dai diversi operatori e l'assenza di contraffazioni e illegalità.

Infine, non si può non considerare che i limiti imposti alla pubblicità (art. 14.12 dello schema di convenzione allegata al bando di gara), oltre che ad incidere sull'autonomia imprenditoriale di imprese private, limitano le possibilità di crescita di soggetti che devono raggiungere importanti quote di mercato in tempi eccessivamente ristretti.

Tutti gli elementi richiamati appaiono singolarmente e complessivamente idonei ad innalzare elevate barriere d'ingresso per nuovi operatori e a predeterminare l'esito della gara per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati "lotterie nazionali ad estrazione istantanea", come di fatto è avvenuto. Infatti, un nuovo entrante avrebbe dovuto corrispondere un elevato diritto d'ingresso, creare ex-novo un'ampia rete di distributori vincolata in esclusiva (di cui non può valutare la capacità di vendita), sostenere elevati costi di struttura (cui non è sottoposto il precedente concessionario), raggiungere, già al secondo anno di attività, una quota di mercato pari ad almeno il 30%, pena il decadimento della concessione, tutto ciò con il limite alla possibilità di far conoscere i nuovi prodotti che si intende lanciare sul mercato.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 9 settembre 2010.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 settembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito

¹In realtà il Capitolato d'oneri prevede che ciascun concessionario debba raggiungere una raccolta pari al 30% di quella complessiva realizzata nell'anno precedente. Non si tratta, quindi, propriamente di una quota di mercato, coincidendo con questa solo nel caso in cui la raccolta tra due anni consecutivi rimanga invariata.