



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 7215 del 2010, proposto da: Stanley International Betting Limited, rappresentato e difeso dagli avv. Daniela Agnello, Alessandra Piccinini, con domicilio eletto presso Giustiniani Marco Studio Legale Pavia E Ansaldo in Roma, via Bocca di Leone, 78;

contro

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

nei confronti di

Lottomatica Group S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Pezzana, Arturo Cancrini, Carlo Mirabile, con domicilio eletto presso Carlo Mirabile in Roma, via Borgognona 47; Sisal S.p.A., Intralot Italia S.p.A., Snai Servizi S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 09344/2010, resa tra le parti, concernente affidamento in concessione del lotto automatizzato al consorzio lottomatica - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e di Lottomatica Group S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2012 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Daniela Agnello, Arturo Cancrini, Carlo Mirabile e Aldo Pezzana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso di primo grado era stato chiesto dalla società odierna appellante Stanley International Betting Limited l'annullamento della nota in data 19 aprile 2007 del Ministero dell'economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, dei dd.mm. 17.3.1993, 8.11.1993, 11.1.1995. 25.7.1995, del decreto dirigenziale 15.11.2000 e degli atti connessi e sottesi ed erano state sollevate numerose articolate macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere.

In punto di fatto era accaduto che con D.M. in data 17 marzo 1993 era stato dato in concessione alla società Lottomatica il servizio del lotto automatizzato, fissandosi la durata della concessione in nove anni, a decorrere dal giorno successivo a quello di registrazione del citato decreto (avvenuta il 15 novembre 1993) e dell'autorizzazione dell'Amministrazione all'avviamento della prima ruota

(autorizzazione impartita il 18 aprile 1994), con previsione di rinnovo tacito per uguale periodo. Con lodo in data 30 giugno/1 agosto 2005 apposito Collegio arbitrale aveva dichiarato che la data iniziale di decorrenza giuridica della concessione era quella dell'8 giugno 1998 (data della comunicazione della insussistenza di infrazione da parte della Commissione CE) e pendeva appello, proposto dall'Amministrazione, innanzi alla Corte di Appello di Roma avverso il detto lodo (l'Amministrazione sosteneva che la decorrenza giuridica dovesse farsi risalire a data antecedente e, segnatamente, appunto al 18 aprile 1994).

Con nota inoltrata il 20 marzo 2007 la odierna appellante Stanley “in quanto impresa comunitaria di servizi di gioco e scommesse” aveva manifestato “forte e qualificato interesse alla partecipazione, anche in futuro, nella gestione o co-gestione del gioco e della distribuzione del Lotto in Italia”, altresì esprimendo il proposito di sottoporre all'amministrazione “talune proposte ed ipotesi operative, anche alla luce del recente innovato quadro giuridico comunitario di riferimento”.

A tale comunicazione l'appellata amministrazione aveva dato riscontro con la nota del 19 aprile 2007 con la quale era stato rappresentato alla istante società che la richiesta di partecipazione nella gestione o co-gestione del gioco del lotto per il momento non era “ suscettibile di accoglimento. Infatti, vige tuttora la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, a suo tempo aggiudicata, con pubblica gara, alla società Lottomatica”, invitando da ultimo la società istante a “tornare in argomento al termine della concessione”.

L'odierna appellante era insorta e l'adito Tribunale amministrativo regionale del Lazio, –Sede di Roma - ha dichiarato inammissibile il mezzo di primo grado avendo osservato che la struttura dell'atto impugnato non poteva essere considerata espressiva di un atto decisorio di natura lesiva.

Nella citata nota, infatti -, in risposta alla manifestazione, resa dalla originaria ricorrente, di un interesse alla partecipazione, peraltro dichiaratamente “anche in

futuro, nella gestione o co-gestione del gioco e della distribuzione del Lotto in Italia”- era stato rappresentato come una (peraltro neppure chiaramente esplicitata) richiesta di partecipazione nella gestione o co-gestione del gioco del lotto “per il momento non era suscettibile di accoglimento”.

La detta nota, quindi, aveva quale unico fine e contenuto quello di rammentare alla società istante la perdurante vigenza della concessione del sistema di automazione del gioco del lotto a Lottomatica ed era priva di qualsivoglia carattere e profilo provvedimentale in quanto essa nulla aggiungeva o toglieva all’assetto di interessi a suo tempo delineato con gli atti che si assumono come presupposto della nota impugnata: essa non integrava conseguentemente un atto impugnabile, poiché non lesiva, priva di valenza costitutiva e limitata in una palese logica ricostruttivo – dichiarativa, a “rammentare” la situazione in fatto ed in diritto esistente.

L’ inequivoco difetto di valenza provvedimentale in capo alla nota impugnata comportava che i vari decreti ministeriali pure avversati con il ricorso (a muovere dal d.m. del 1993 -concessione alla Lottomatica della gestione del servizio -), non potevano essere intesi come atti “presupposti” in senso tecnico.

L’appellante ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe sotto tutti i versanti motivazionali suindicati chiedendo la riforma dell’appellata decisione.

Ha in particolare ripercorso la cronologia degli accadimenti, ed ha fatto presente che la gravata nota in data 19 aprile 2007 del Ministero dell’economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato- non aveva mero carattere ricognitivo, ma assumeva valore provvedimentale.

L’appellante, peraltro, aveva gravato anche i dd.mm. 17.3.1993, 8.11.1993, 11.1.1995. 25.7.1995, ed il decreto dirigenziale 15.11.2000 dei quali era palese il collegamento con la detta nota, nonché sebbene al momento del ricorso non ancora conosciuto, l’ultimo atto di proroga della concessione.

Posto che - a tenore della ricostruzione avallata dal primo giudice nella gravata decisione- il lodo arbitrale aveva accertato che la concessione del lotto originariamente assegnata a Lottomatica aveva iniziato a decorrere soltanto il 9 giugno 1998, la scadenza novennale era maturata il 8 giugno 2007.

A detta data doveva essere intervenuta la proroga che, quindi, era successiva alla manifestazione di interesse di Stanley (20 marzo 2007) ed alla nota del 19 aprile 2007 ma antecedente alla proposizione del ricorso (15 giugno 2007).

Il ricorso quindi, in quanto teso a gravare anche la proroga, di fatto “anticipata” dalla nota predetta, era certamente ammissibile quanto all’atto di rinnovo/proroga, a nulla rilevando che quest’ultimo, al momento della proposizione del ricorso, non fosse stato ancora reso noto.

L’appellante aveva chiesto di applicare alla vicenda per cui è causa gli stessi principi di cui alla sentenza n. 7713/2006 del Consiglio di Stato ; si era altresì richiesto di accertare la nullità (ex art. 21 septies della legge n. 241/1990) del rinnovo tacito della concessione del lotto previsto dall’art. 63 del dM 7 marzo 1993 ai sensi dell’art. 44 comma 2 della legge n. 724/1994.

La gravata nota, inoltre, rivestiva portata lesiva in quanto esternava la ragione per cui la manifestazione di interesse avanzata da Stanley non poteva essere presa in considerazione: l’Amministrazione, infatti, ben avrebbe potuto rivedere le proprie precedenti manifestazioni di volontà, in detta occasione, ed era evidente che la stessa era stata resa, e si inseriva, nel contesto del rinnovo della concessione in favore di Lottomatica; in ogni caso era innegabile il esso di presupposizione con i precedenti decreti ministeriali.

Affermata la natura provvedimentale della detta nota, l’appellante ha riproposto tutti i motivi di doglianza contenuti nel mezzo di primo grado e non delibati dal primo giudice, reiterando la domanda risarcitoria proposta e chiedendo in via subordinata il rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia.

L'appellata amministrazione ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

Ha in particolare ripercorso anche sotto il profilo temporale la complessa vicenda sottesa all'affidamento della gestione del lotto ed ha fatto presente che la tesi dell'appellante espressa nel giudizio arbitrale in corso di svolgimento individuava il momento iniziale di decorrenza della concessione alla data del 18 aprile 1994 con scadenza finale al 17 aprile 2012 (e non già all'8 giugno 2016).

L'appellata Lottomatica ha depositato una memoria chiedendo che il ricorso venga respinto: la tesi dell'appellante poggiava su una asserita individuazione della data di scadenza della concessione che non aveva alcuna aderenza con la realtà: e la manifestazione di "interesse" era talmente generica nel suo contenuto, che mai avrebbe potuto condurre all'adozione di un atto di natura provvedi mentale.

L'appellata amministrazione ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

La durata del rapporto concessorio, in ultimo, si rinveniva sub artt.6 dei d.m succedutisi dal 1993 al 2000 e detti decreti non erano stati tempestivamente impugnati dall'appellante, per cui il ricorso di primo grado, anche rovesciando l'angolo prospettico valutativo, sarebbe stato inammissibile perché tardivamente proposto.

Con memoria di replica ritualmente depositata l'appellante ha ribadito le proprie doglianze facendo presente che permaneva il proprio interesse alla decisione del ricorso.

Alla odierna pubblica udienza del 4 dicembre 2012 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1.L'appello è infondato e merita di essere respinto, quanto alla statuizione di inammissibilità del ricorso di primo grado avverso la nota in data 19 aprile 2007

del Ministero dell'Economia e delle Finanze ed dd.mm. 17.3.1993, 8.11.1993, 11.1.1995, 25.7.1995, il decreto dirigenziale 15.11.2000 e gli atti a questi connessi.

Ciò consente, allo stato, di prescindere dall'esame della eccezione di inammissibilità dell'appello prospettata (peraltro in forma perplessa) dall'appellata Lottomatica a cagione di possibili irregolarità nel rilascio della procura ai difensori della società originaria ricorrente di primo grado.

Quanto al petitum volto ad ottenere la declaratoria di nullità dell'atto di rinnovo deve essere sospeso invece l'odierno giudizio, ex art. 337 cpc, avuto riguardo alla pendente impugnativa giurisdizionale in ordine alla questione relativa alla durata dell'avversato rapporto concessorio e la conseguente data in cui si sarebbe verificato il rinnovo tacito del predetto rapporto.

1.1. La prima questione da scrutinare e risolvere riposa, ovviamente, nella esattezza o meno della statuizione resa dal primo giudice con la quale il mezzo di primo grado è stato dichiarato inammissibile sulla scorta dell'affermazione per cui la struttura dell'atto impugnato non poteva essere considerata qual atto decisorio di natura lesiva.

1.1.1. A tale proposito, preme al Collegio in via generale sottolineare che, come è noto, in base ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione (<<tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi) e dall'art. 100 c.p.c. (<<per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi un interesse>>), l'interesse processuale presuppone, nella prospettazione della parte istante, una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale.

In mancanza dell'uno o dell'altro requisito, l'azione è inammissibile.

Sarebbe infatti del tutto inutile, ai fini giuridici, prendere in esame una domanda giudiziale se nella fattispecie prospettata non si rinvenga affermata una lesione della posizione giuridica vantata nei confronti della controparte, ovvero se il provvedimento chiesto al giudice sia inadeguato o inidoneo a rimuovere la lesione. In definitiva, come chiarito dalla migliore dottrina processualcivilistica, <<l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto>> (cfr., altresì, Cass. Civ., Sez. III, n. 12241/98).

Nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. C.d.S., Sez. IV, n. 1210/97).

Anche nel sistema giurisdizionale amministrativo, infatti, sarebbe del tutto inutile eliminare un provvedimento o modificarlo nel senso richiesto dal ricorrente, se questi non possa trarne alcun beneficio concreto in relazione alla sua posizione legittimante.

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, occorre pertanto, che sussista piena corrispondenza tra interesse sostanziale dedotto in giudizio, lesione prospettata e provvedimento richiesto.

A contrario, il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (che ne "legittima" l'instaurazione del giudizio).

Inoltre, l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame, che al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 475/92).

Non ignora il Collegio che, anche di recente, la sussistenza di tale condizione dell'azione sia stata ravvisata anche al fine di rimettere alla deliberazione del Giudice Amministrativo una funzione interpretativa e di orientamento di future determinazioni: un ampliamento concettuale di non poco momento, reso al lodevole fine di prevenire l'insorgere di contenziosi ulteriori e di indirizzare l'attività degli operatori.

Senonchè, la premessa maggiore di tale "apertura" continua ad essere quella per cui l'atto avverso deve comunque possedere un connotato lesivo e che giammai la proposizione di una azione demolitoria possa essere strumentalmente instaurata al fine di ottenere surrettiziamente una riapertura dei termini per gravare provvedimenti consolidatisi, ovvero finalizzata ad ottenere una pronuncia "accertativa" che vincoli pro futuro la condotta dell'Amministrazione.

1.2. Ciò premesso sotto un profilo più generale, ritiene il Collegio di potere affermare l'esattezza dell'approdo cui è giunto il primo giudice, quanto alla impugnativa della nota del 2007 e dei DDMM alla stessa sottesi, a cagione della circostanza che già in sede di instaurazione del giudizio di primo grado, invero (anche avuto riguardo alle difese articolate dall'amministrazione) e vieppiù durante lo svolgimento del giudizio è risultato evidente che nessuna delle doglianze formulata dall'appellante possedeva carattere di attualità.

L'asserita portata lesiva della "nota" del 2007 impugnata in primo grado, invero, con riferimento al "caso" paventato dalla odierna appellante anche nel ricorso in appello appare del tutto insussistente.

1.3. Deve a tale proposito rimarcarsi che è incontestabile che la evoluzione della disciplina normativa regolatrice della scansione procedimentale amministrativa abbia impresso una significativa spinta propulsiva agli istituti partecipativi (preavviso di rigetto, obbligo di motivazione sulle memorie ed istanze del privato, parificazione del modulo privatistico a quello autoritativo, etc costituiscono soltanto alcune delle principali tappe di tale evoluzione): sempre più di frequente ci si trova al cospetto di moduli procedimentali “disegnati” - anche dalle discipline regolamentari e di dettaglio - in modo da attribuire sempre maggiore spazio alla fase della interlocuzione del privato con l'amministrazione e, comunque, con sempre maggiore frequenza si assiste ad un serrato “dialogo” del privato con i pubblici poteri teso a rappresentare a questi ultimi le circostanze di fatto e giuridiche da tenere presenti nella strutturazione del contenuto essenziale della manifestazione provvedimentale.

Ciò costituisce salutare progresso, anche e soprattutto in quanto (almeno in teoria) concorre a disinnescare in partenza possibili contrasti tra le parti idonei a sfociare in un contenzioso giurisdizionale.

1.4. Nessuno ha mai dubitato, però, della circostanza che un carteggio intrattenuto con l'Amministrazione ed una risposta eventualmente fornita da questa ad una richiesta del privato, perdipiù formulata in termini non immediatamente “operativi”, ma maggiormente intesa a “sondare” quale possa essere l'intendimento dell'Amministrazione stessa su una certa problematica non possa costituire manifestazione deliberativa ex se lesiva e, in quanto immediatamente pregiudizievole per gli interessi del privato immediatamente impugnabile.

1.4.1. Al contempo, pur a fronte della richiamata evoluzione in senso “partecipativo” – e consapevole del rischio di una incontrollata proliferazione di impugnazioni pur a fronte di atti promananti dall'Amministrazione privi di contenuto provvedimentale- la giurisprudenza amministrativa ha condivisibilmente

continuato a predicare il principio per cui condizione per proporre il ricorso è che l'atto gravato abbia natura lesiva, e che ciò discenda dal contenuto provvedimentale dello stesso.

Nei casi dubbi, indici di tale natura si rinvencono “nella sussistenza di una fase procedimentale, la necessità di una motivazione nonché l'indicazione della ricorribilità, ovvero dei rimedi proponibili avverso tale nota, ne rendono palese la natura provvedimentale e, pertanto, nei suoi confronti è ammissibile il ricorso giurisdizionale.” (Cons. Stato Sez. VI, 03-05-2010, n. 2514).

Di converso, si è sempre affermato, in giurisprudenza (e la fattispecie si attaglia a perfezione alla vicenda per cui è causa) che non può essere “considerato quale provvedimento impugnabile una nota che rappresenta una mera risposta ad istanza dello stesso ricorrente, puramente ricognitiva e confermativa di circostanze passate: essa non è idonea come tale a costituire oggetto di valida impugnazione.” (T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 10-01-2005, n. 40).

1.5. Per più ordine di ragioni, ritiene il Collegio che la sentenza gravata abbia esattamente applicato i suindicati principi, limitatamente alle censure proposte avverso la nota del 2007 ed ai DDMM a quest'ultima antecedenti.

1.6. Innanzitutto merita di essere sottolineata la estrema genericità della nota/richiesta inoltrata all'Amministrazione: essa riposava in una futuribile e non meglio individuata manifestazione “di interesse”, assolutamente non definita nei contorni essenziali, tale da non contenere neppure gli estremi per essere qualificata qual “proposta contrattuale” (secondo la più attenta giurisprudenza di legittimità infatti soltanto “Allorchè una parte rivolga all'altra un'offerta precisa e particolareggiata di conclusione di un determinato contratto, completa di tutti gli elementi essenziali , deve ravvisarsi una vera e propria proposta contrattuale e non una semplice dichiarazione generica di disponibilità, cosicchè l'altra parte può

esprimere la sua accettazione con il semplice consenso senza bisogno di ulteriori trattative.-Cass. civ. Sez. lavoro, 24-05-2001, n. 7094-).

Il Collegio rimarca peraltro, con riferimento a tale aspetto, che la pacifica giurisprudenza amministrativa ha sempre ritenuto che “è inammissibile il ricorso avverso il silenzio mantenuto dalla p. a. su un' istanza fumosa, generica, rispetto alla quale non sussiste il dovere di provvedere.”(Cons. Stato Sez. V, 15-01-1990, n. 23).

1.6.1. Se si pone mente al contenuto della nota indirizzata dalla odierna appellante all'amministrazione appellata (nota in data 20 marzo 2007 con la quale la originaria ricorrente Stanley “in quanto impresa comunitaria di servizi di gioco e scommesse” manifestava “forte e qualificato interesse alla partecipazione, anche in futuro, nella gestione o co-gestione del gioco e della distribuzione del Lotto in Italia”, altresì esprimendo il proposito di sottoporre all'amministrazione “talune proposte ed ipotesi operative, anche alla luce del recente innovato quadro giuridico comunitario di riferimento”) appare evidente, ad avviso del Collegio, che la “risposta” dell'amministrazione appare ascrivibile unicamente alla lodevole intenzione di mantenere rapporti improntati ai canoni della cortesia, ma che se – per avventura- la stessa avesse omissso di fornire alcun riscontro alla detta richiesta non sarebbe stato attivabile il rimedio del silenzio-inadempimento.

Ciò sarebbe sufficiente ad escludere la natura “provvedimentale” e/o lesiva della avversata risposta, essendo appena il caso di precisare che neppure –stante la genericità della richiesta e la mera manifestazione di una futura intenzione di sottoporre in futuro “proposte operative” che in quella sede non erano state minimamente specificate- sarebbe stato possibile rinvenire nella stessa alcun elemento ostativo alla riproposizione di una ulteriore istanza, pur avente identico contenuto, laddove corredata dagli elementi indispensabili perché la conseguente risposta potesse contenere spunti di natura deliberativa e provvedi mentale.

1.6.2. Per altro verso, interrogandosi sul contenuto delle proposizioni contenute nella avversata “risposta”, in essa l’Amministrazione si è limitata ad affermare che “per il momento” essa non era “suscettibile di accoglimento. Infatti, vige tuttora la concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, a suo tempo aggiudicata, con pubblica gara, alla società Lottomatica”, invitando da ultimo la società istante a “tornare in argomento al termine della concessione”.

Ricapitolando quindi: la “richiesta” era generica e peraltro esprimeva un futuro proposito (quello di sottoporre all’amministrazione “talune proposte ed ipotesi operative, anche alla luce del recente innovato quadro giuridico comunitario di riferimento) non meglio esplicitato, neppure in termini embrionali (di guisa che l’eventuale risposta “favorevole” non avrebbe potuto avere alcun altro contenuto che quello, interlocutorio, di invitare l’istante a precisare meglio, in futuro, le dette proposte, neppure accennate).

La “risposta” non esprimeva alcuna rinnovata manifestazione di volontà, ma si limitava ad esporre quale fosse lo stato giuridico del rapporto concessorio, senza che nella stessa fosse ravvisabile alcun elemento innovativo, originale, o “nuovo”: ne deriva che essa, in quanto a tutto concedere puramente ricognitiva e confermativa di circostanze passate (e comunque determinabili in sede di altro contenzioso pendente) non era idonea come tale a costituire oggetto di valida impugnazione

1.6.3. Sotto altro profilo, la avversata “risposta” neppure scaturisce da una rinnovata istruttoria ovvero riponderazione degli interessi rappresentati dall’odierna appellante: alla detta nota in quanto priva di tale requisiti non poteva pertanto attribuirsi connotato provvedimentale ed esattamente il primo giudice ha dichiarato il gravame inammissibile.

Si rammenta in proposito che già in passato questo Consiglio di Stato ha avuto modo di escludere che le mere “risposte di cortesia” dell’Amministrazione, rese a

seguito di richieste a loro indirizzate possano integrare la nozione di “atto impugnabile”, ovvero valere a riaprire i termini processuali per la impugnazione degli atti pregressi rimasti in impugnati (Cons. Stato Sez. VI, 27-02-2006, n. 826, “Poiché la nota del presidente dell'A.R.S.S.A. con la quale è stata respinta la domanda del dipendente, di inquadramento nell'VIII qualifica funzionale, si risolve in una risposta di cortesia, volta a ribadire ad un soggetto dotato di specifica professionalità, su invito di quest'ultimo, le ragioni del diniego di reinquadramento già chiarite, nella loro essenza, all'interessato, tale atto, non avendo valenza autonomamente lesiva, non può considerarsi idoneo a riaprire il termine di legge, per l'impugnazione, ormai consumato.”. Nella motivazione della detta decisione, cui si fa rinvio, si ha cura di precisare, tra l'altro, che “Il diniego in realtà, non risulta conseguente ad alcuna rinnovata istruttoria, per la quale, del resto, neppure sussistevano i presupposti, dal momento che l'atto di diffida si era limitato a riprodurre, pedissequamente, l'elencazione delle mansioni già contenuta nella prima istanza, senza sottoporre alla valutazione dell'Amministrazione alcun elemento nuovo.”)

Conclusivamente, tale articolazione del gravame va certamente disattesa.

L'odierna appellante peraltro non aveva tempestivamente impugnato i dd.mm. 17.3.1993, 8.11.1993, 11.1.1995. 25.7.1995, ed il decreto dirigenziale 15.11.2000 che stabilivano la durata del rapporto concessorio affidato a Lottomatica, di guisa che - come esattamente evidenziato dal primo giudice- in carenza del rapporto di pregiudizialità/presupposizione con la cennata nota (al più avente valore ricognitivo) la Stanley non poteva pretendere che quest'ultima fosse valsa in proprio favore per riaprire i termini di impugnazione dei detti atti sottesi, così invertendo il rapporto tra atto presupposto ed atto conseguente.

1.7. La sentenza di primo grado, in parte qua, va certamente confermata ed il gravame va respinto.

2. Quanto sinora rassegnato, non esaurisce tuttavia il compito assegnato al Collegio.

Parte appellante ha infatti fatto presente di avere impugnato (seppure “al buio”) , l’ultimo atto di proroga della concessione sebbene al momento del ricorso non ancora conosciuto, e che detta proroga doveva essere intervenuta in data successiva alla manifestazione di interesse di Stanley (20 marzo 2007) ed alla nota del 19 aprile 2007 ma comunque in data antecedente alla proposizione del ricorso (15 giugno 2007).

Il ricorso, in quanto teso a gravare anche la proroga - di fatto “anticipata” dalla nota predetta - doveva essere dichiarato ammissibile sotto tal profilo, e le relative doglianze dovevano essere esaminate nel merito.

Essa ha in proposito evidenziato che la sentenza del Tar non si era assolutamente soffermata su tale segmento impugnatorio, ed era per ciò solo viziata ex art.112 cpc: nel merito ha sostenuto la piena ammissibilità di tale profilo di censura contenuto nel mezzo di primo grado e la fondatezza dello stesso.

2.1. Rileva sul punto il Collegio quanto segue.

E’ certamente vero che la sentenza resa dal primo giudice non si è soffermata su tale articolazione del ricorso proposto in primo grado.

2.2. Ritiene in proposito la Sezione di condividere la tradizionale impostazione secondo cui “l’omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all’art. 112, c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo.”(Consiglio Stato , sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98).

La sentenza gravata, per il vero, non si è espressamente pronunciata sulla questione della impugnazione dell’atto di rinnovo: sotto il profilo del riscontro

testuale, il vizio ex art. 112 cpc appare sussistere, anche ove si faccia riferimento alla condivisa quanto solida affermazione giurisprudenziale, secondo la quale "il vizio di omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile."(Consiglio Stato , sez. VI, 06 maggio 2008, n. 2009).

Si deve comunque rilevare che "l'omessa pronuncia su una o più censure proposte col ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa."(si veda tra le tante Consiglio Stato , sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3289, che ha affermato il superiore principio la cui persistente attualità non è venuta meno alla stregua della prescrizione contenuta nell'art. 105 del cpa).

Pertiene dunque al Collegio il compito di prendere in esame la dedotta doglianza.

2.2.1. Ritiene a tal proposito il Collegio che – anche avuto riguardo al connesso petitum risarcitorio articolato- assuma quanto tale aspetto rilievo pregiudiziale ex art. 337 comma 2 cpc: ("Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata") la causa attualmente pendente innanzi al Giudice ordinario (della quale allo stato il Collegio ha peraltro cognizione soltanto parziale non essendo stati versati nel procedimento tutti gli atti ad essa relativi), e che debba pertanto essere accolta la relativa richiesta di sospensione del giudizio avanzata dall'appellante società Stanley.

Quest'ultima invero evidenzia che, avendo chiesto la declaratoria di nullità dell'atto di rinnovo tacito della concessione, sostenendo trattarsi di nullità "testuale" ex art. 21 septies della legge n. 241/1990, e trattandosi di azione incoata prima della entrata in vigore del barrage temporale di 180 giorni fissato ex art. 31 comma 4 del cpa detta domanda era ammissibile, e avrebbe potuto indifferentemente investire il rinnovo tacito, sia ove quest'ultimo risalisse al 2007 sia laddove, in armonia con la tesi sostenuta dall'Amministrazione esso dovesse farsi risalire al 2003, sempre che possa configurarsi un vero e proprio rinnovo tacito e non piuttosto l'adempimento di un obbligo contrattuale previsto nella fonte originaria del rapporto.

Secondo quanto riferito dalle parti nel corso della odierna discussione all'udienza pubblica, la Corte di Appello di Roma avrebbe respinto l'impugnativa del lodo arbitrale proposta dall'Amministrazione ed avverso la predetta decisione sarebbe stato da quest'ultima proposto ricorso per cassazione (nessuna delle parti processuali ha comunque depositato i predetti provvedimenti giurisdizionali e gli atti sottesi nell'odierno giudizio)

2.3. Rileva in proposito il Collegio –impregiudicata ogni valutazione in ordine alla fondatezza nel merito della tesi appellatoria - che vada disposta la sospensione dell'odierno giudizio in attesa della definitiva pronuncia sulla detta causa, essendo palese la interferenza del detto giudizio su quello odierno (non soltanto perché la eventuale misura del richiesto risarcimento sarebbe all'evidenza condizionato dalla data in cui sarebbe stato reso l'avversato provvedimento di rinnovo tacito, il che presupporrebbe risolta la problematica della fondatezza del petitum volto ad ottenere la declaratoria di nullità ma anche e soprattutto in quanto) l'odierna appellante, intervenuta nel detto giudizio innanzi alla Corte di Appello, ha ivi proposto in larga parte le stesse domande articolate nell'odierno giudizio, ivi compresa la richiesta di declaratoria ex officio della nullità del rinnovo.

2.4. Nel merito della richiesta di sospensione del giudizio avanzata dall'appellante Stanley, ritiene il Collegio doveroso rammentare che per giurisprudenza pacifica della Corte Suprema di Cassazione in materia di procedimento civile, la sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. è necessaria soltanto quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa, pendente davanti allo stesso o ad altro giudice, sia imposta da una espressa disposizione di legge ovvero quando, per il suo carattere pregiudiziale, costituisca l'indispensabile antecedente logico - giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato. Al di fuori di tali presupposti, la sospensione cessa di essere necessaria e, quindi, obbligatoria per il giudice, ed è meramente facoltativa, con la conseguenza che il disporla o meno rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità. (Cassazione civile, sez. III, 12 maggio 2003, n. 7195).

Nel caso di specie ricorrono senz'altro, ad avviso del Collegio, quindi, i presupposti di opportunità per disporre la sospensione (facoltativa) del presente procedimento, a cagione della circostanza che in un torno di tempo prossimo la Suprema Corte di Cassazione deciderà in ordine alla proposta impugnazione del lodo stabilendo l'assetto di interessi definitivo –anche e soprattutto in relazione alla durata- discendente dal rapporto concessorio per cui è causa.

Ne consegue che questo Consiglio di Stato, in accoglimento della richiesta della odierna appellante dispone la sospensione del presente procedimento nelle more della decisione della Suprema Corte di Cassazione sul ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello relativa al lodo arbitrale, disponendo che la riassunzione del processo avvenga mediante istanza di fissazione dell'udienza, a cura della parte più diligente, entro il termine di giorni 60 dalla pubblicazione della decisione predetta ed onerando sin d'ora la parte che riassumerà il processo a depositare copia delle

sentenze rese nella predetta causa civile e la documentazione di causa ad essa sottesa.

4. Ogni ulteriore decisione, in rito, sul merito, e sulle spese, resta sospesa..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) non definitivamente pronunciando sull'appello, numero di registro generale 7215 del 2010 come in epigrafe proposto, lo respinge parzialmente nei termini di cui alla motivazione che precede e, nella restante parte, meglio precisata in motivazione, dispone la sospensione del presente procedimento nelle more della decisione della Suprema Corte di Cassazione sul ricorso proposto dall'amministrazione odierna appellata avverso la sentenza della Corte di Appello relativa al lodo arbitrale suindicato, disponendo che la causa venga riassunta nei modi e nei termini indicati in motivazione.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2013

IL SEGRETARIO

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