

**Illegittima esclusione dalle graduatorie per la gestione delle sale Bingo: chi ha fatto tombola?  
Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 31 luglio 2008 n. 3823.**

*“L'accertata illegittimità dei provvedimenti adottati dall'amministrazione non integra di per sé gli estremi di una condotta colposa, cui possa collegarsi automaticamente l'obbligo risarcitorio nei confronti del destinatario dei provvedimenti stessi, dovendo a tal fine prendersi in considerazione il comportamento complessivo degli organi che sono intervenuti nel procedimento, il quadro delle norme rilevanti ai fini dell'adozione della statuizione finale, la presenza di possibili incertezze interpretative in relazione al contenuto prescrittivo delle disposizioni medesime, onde apprezzare se l'organo procedente sia incorso in violazione delle comuni regole di buona amministrazione, di correttezza, di imparzialità e buon andamento”*

**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 seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto al NRG 1160 dell'anno 2008 proposto dal MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del ministro in carica, e dall'AMMINISTRAZIONE AUTONOMA DEI MONOPOLI DI STATO, in persona del direttore in carica, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliario *ope legis* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

\*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, tutte in persona del proprio legale rappresentante in carica, rappresentate e difese dall'avv. prof. \*\*\*\*\*, con il quale sono elettivamente domiciliate in Roma, via \*\*\*\*\*;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sez. I, n. 1260 del 5 settembre 2007;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* , che hanno spiegato anche appello incidentale subordinato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie tesi difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 13 maggio 2008 il Consigliere Carlo Saltelli;

Uditi per le amministrazioni appellanti l'avvocato dello Stato \*\*\*\*\* e per le società appellate l'avvocato \*\*\*\*\*;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**F A T T O**

Il Tribunale amministrativo regionale delle Marche con la sentenza n. 1542 del 6 dicembre 2002, non definitivamente pronunciando sulle domande proposte dalle società \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* per l'annullamento delle determinazioni dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato in data 21 marzo 2002, prot. n. 04/120670, 04/121987 e 04/121988, recanti la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalle graduatorie per la concessione della gestione del gioco del Bingo (ricorso notificato il 20 maggio 2002), e dei successivi provvedimenti direttoriali della stessa amministrazione, prot. n. 04/123911, 04/123912 e 04/123913, di esclusione dalle predette graduatorie provinciali per la gestione del gioco del Bingo (di cui ai motivi aggiunti notificati il 26 giugno 2002), nonché per il conseguente risarcimento del danno, annullava tutti i provvedimenti impugnati, rinviando ad altra udienza la trattazione della domanda risarcitoria.



delle singoli voci di danno doveva essere ancorata a prove certe, rigorose e documentali da fornirsi dalle stesse società istanti), così che essa andava respinta.

Con specifico riferimento al *quantum* del detrimento patrimoniale asseritamente risentito dalle società appellate, le amministrazioni appellanti hanno rilevato in punto di fatto che, come risultava dalla documentazione in atti: a) le ricorrenti non erano pronte ad iniziare l'attività di gioco, dall'inizio del mese di gennaio 2002; b) l'inizio dell'attività presupponeva l'esito positivo del collaudo delle sale da gioco che sarebbe reso possibile solo in data successiva al 13 marzo 2002; c) erano errate ed infondate, in quanto prive di qualsiasi supporto probatorio, le singole voci di danno, individuate come spettanti nella sentenza impugnata, a titolo di danno emergente, quali i canoni di locazione degli immobili, i costi sopportati per il mantenimento delle sale, i costi generali di struttura ulteriori rispetto a quelli di mantenimento, il costo del personale mantenuto in servizio nel periodo dal 21 marzo al 10 luglio 2002, i costi per l'asserita doppia ricerca, selezione e formazione del personale da impiegare nelle sale da gioco, le penali contrattuali, gli interessi di mora relativi ai contratti di finanziamento, le maggiori penali (addirittura non corrisposte per una concessione), voci per le quali non si era neppure tenuto conto della proroga che le stesse società ricorrenti avevano richiesto per l'effettivo allestimento delle sale necessarie per dare inizio all'attività di gioco; d) ugualmente sproporzionato, oltre che anch'essa privo di qualsiasi prova, era il riconoscimento di voci di danno a titolo di lucro cessante, che non poteva coincidere *sic et simpliciter* con il mancato guadagno, senza tener conto della incidenza dei costi variabili correlati all'attività intrapresa dalle stesse società ricorrenti (sia con riferimento al periodo intercorrente dal gennaio 2002 fino all'effettivo rilascio delle concessioni, sia con riferimento a quello intercorrente dall'apertura delle sale alla pubblicazione della decisione del Consiglio di Stato n. 3185 del 2004).

Con atto notificato il 22/25 febbraio 2008 le società \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* costituendosi in giudizio, dopo aver dedotto preliminarmente la irricevibilità e/o l'inammissibilità dell'avverso gravame per violazione dell'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ne hanno chiesto il rigetto, spiegando, in via subordinata, anche appello incidentale relativamente ai capi della sentenza con cui era stata in parte respinte alcune richieste risarcitorie.

Le parti hanno poi illustrato ampiamente con apposite memorie le proprie tesi difensive, ribadendole nella pubblica udienza di discussione della causa.

## **DIRITTO**

**I.** Deve essere innanzitutto esaminata l'eccezione sollevata dalle società \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* di irricevibilità/inammissibilità dell'appello principale per violazione del termine previsto dall'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, essendo stato esso notificato il 1° febbraio 2008, quando cioè sarebbe già spirato il termine di 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza (avvenuta il 5 settembre 2007): secondo le deducenti società, infatti, la controversia decisa con la sentenza impugnata riguarderebbe la illegittimità dei provvedimenti di esclusione dalla graduatoria di una gara ad evidenza pubblica per la assegnazione di concessioni per la gestione di sale destinate al gioco del Bingo ed il conseguente risarcimento del danno da essi derivati e rientrerebbe perciò nella previsione del citato articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

L'eccezione non è fondata.

Occorre invero osservare che la sentenza impugnata concerne esclusivamente il risarcimento del danno subito dalle società appellate in conseguenza dell'annullamento dei provvedimenti con i quali l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ne aveva disposto l'esclusione dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni del gioco del Bingo.

Orbene, come autorevolmente affermato l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (30 luglio 2007, n. 9), il giudizio risarcitorio non rientra tra quelli tassativamente enumerati al comma 1 del ricordato articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, le cui disposizioni acceleratorie, nella misura in cui derogano incisivamente all'ordinario regime processuale, devono essere considerate di stretta interpretazione e non possono perciò essere applicate estensivamente al di fuori delle ipotesi specificamente individuate dal legislatore, solo per queste ultime sussistendo in definitiva – secondo il discrezionale e non irragionevole giudizio del legislatore – speciali esigenze,

in ragione degli interessi pubblici coinvolti, di contenimento dei tempi dell'azione giudiziaria (così, tra le altre, anche C.d.S., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582).

Non è di ostacolo all'applicazione di tale principio nel giudizio in esame, la circostanza che col ricorso originario (e con i successivi motivi aggiunti) fosse stato chiesto sia l'annullamento dei provvedimenti di esclusione, sia il risarcimento del danno conseguente alla loro illegittimità, ciò in quanto l'adito tribunale ha separato le due domande, dando vita quindi a due autonomi giudizi, il primo (quello relativo all'accertamento della illegittimità dei provvedimenti impugnati) conclusosi con la sentenza n. 1542 del 6 dicembre 2002 (confermata dalla decisione n. 3185 del 18 maggio 2004, di questa stessa sezione), il secondo, relativo esclusivamente alla domanda risarcitoria, conclusosi con la sentenza non definitiva n. 1260 del 5 settembre 2007, oggetto della presente impugnazione.

La separazione delle domande giudiziali, indipendentemente dalle ragioni di opportunità/necessità che possono averla determinata, non può non spiegare i propri effetti anche sul rito allorquando, come nel caso di specie, essi siano diversi, ciò in quanto – come già accennato – solo per la domanda di annullamento dei provvedimenti di esclusione dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni del gioco del Bingo – in quanto inerente ad una procedura di aggiudicazione ad evidenza pubblica - sussistevano i presupposti per l'applicazione dell'articolo 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

**II.** Sempre in via preliminare deve essere respinta anche l'eccezione di inammissibilità dell'appello per asserito difetto di interesse all'impugnazione da parte delle amministrazioni segnate in epigrafe, eccezione sollevata dalle società appellate nella memoria difensiva depositata nell'imminenza dell'udienza di discussione con riferimento alla omessa formulazione della proposta risarcitoria (circostanza che, secondo le deducenti, determinerebbe la assoluta carenza di un *vulnus* concreto ed attuale alla posizione giuridica delle amministrazioni appellanti).

La Sezione osserva al riguardo che, com'è noto, l'articolo 35, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, in base al quale nel giudizio per il risarcimento dei danni, il giudice amministrativo può limitarsi a stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione deve formulare la proposta di risarcimento, rinviando a un eventuale giudizio successivo la determinazione della somma dovuta, non introduce nel processo amministrativo l'istituto della condanna generica previsto dall'art. 278 c.p.c., con la conseguenza che il giudice amministrativo non può circoscrivere la propria pronuncia all' "*an debeatur*" , ma deve decidere anche sul *quantum*, ancorché limitatamente ai criteri per la sua determinazione (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2408).

La sentenza impugnata, pertanto, in quanto contiene l'accertamento della responsabilità dell'amministrazione in ordine al danno subito dalle società \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* in conseguenza della illegittimità dei più volte ricordati provvedimenti di esclusione dalla gara (e dalle graduatorie provinciali) per l'assegnazione delle concessioni del gioco del Bingo comporta un immediato *vulnus* per la posizione giuridica delle amministrazioni appellanti, recando anche la specifica individuazione delle voci di danno astrattamente riconoscibile, del tutto irrilevante essendo la circostanza che la liquidazione del danno (e solo questa) non sia stata ancora effettuata.

D'altra parte, l'interesse concreto ed attuale all'impugnazione di tale sentenza deriva, come si ricava agevolmente dalla lettura del gravame, dal fatto che il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato hanno decisamente contestato sia la statuizione circa la accertata responsabilità a titolo di colpa, sia quella relativa alla individuazione delle voci di danno spettanti e ai criteri per la relativa determinazione.

**III.** Passando all'esame dell'appello principale proposto dal Ministero dell'economia e delle finanze e dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, la Sezione è dell'avviso che esso sia infondato e che debba essere pertanto respinto, alla stregua delle seguenti osservazioni.

**III.1.** Secondo le amministrazioni appellanti l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalla gara (e dalle graduatorie provinciali) per l'assegnazione delle concessioni per la gestione di sale destinate al gioco del Bingo (di cui alla sentenza n. 1542 del 6 dicembre 2002 del Tribunale

amministrativo regionale delle Marche, confermata dalla decisione n. 3185 del 18 maggio 2004 della IV Sezione di questo Consiglio di Stato) non costituirebbe di per sé prova della loro responsabilità, nemmeno a titolo di colpa, atteso che il loro operato, così come del resto emergerebbe dalla documentazione in atti, sarebbe stato improntato al massimo rigoroso rispetto dei canoni di correttezza, imparzialità e buon andamento.

Sebbene possa convenirsi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'accertata illegittimità dei provvedimenti adottati dall'amministrazione non integra di per sé gli estremi di una condotta colposa, cui possa collegarsi automaticamente l'obbligo risarcitorio nei confronti del destinatario dei provvedimenti stessi, dovendo a tal fine prendersi in considerazione il comportamento complessivo degli organi che sono intervenuti nel procedimento, il quadro delle norme rilevanti ai fini dell'adozione della statuizione finale, la presenza di possibili incertezze interpretative in relazione al contenuto prescrittivo delle disposizioni medesime, onde apprezzare se l'organo procedente sia incorso in violazione delle comuni regole di buona amministrazione, di correttezza, di imparzialità e buon andamento (*ex pluribus*, C.d.S., sez. VI, 21 febbraio 2008; sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500; 19 dicembre 2003, n. 8363), tuttavia l'applicazione di tali principi al caso di specie non conduce alla tesi propugnata dalle amministrazioni appellanti, risultando per vero ragionevoli ed immuni da censure le differenti conclusioni cui è pervenuta la sentenza di primo grado.

Giova al riguardo rilevare che, come si ricava dalla lettura della sentenza del Tribunale amministrativo regionale delle Marche n. 1542 del 6 dicembre 2002 e dalla decisione della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 3185 del 18 maggio 2004, l'annullamento dei provvedimenti di esclusione delle società \*\*\*\*\*., \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni per la gestione delle sale destinate al gioco del bingo è stata determinata dall'erronea applicazione dell'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1997, n. 157, richiamato dall'articolo 13, lett. b), del bando di gara: infatti, per un verso, i precedenti penali risultati a carico dell'amministratore delegato delle società ricorrenti riguardavano reati depenalizzati dopo le sentenze irrevocabili di condanna (per effetto del D. Lgs. n. 74 del 10/3/2000 e del D. Lgs. n. 507 del 30/12/99), ma da data anteriore all'emanazione del bando di gara, risalente al 28/12/2000), mentre, per altro verso, la disposizione contenuta nell'articolo 12, primo comma, lett. e), del ricordato decreto legislativo n. 157 del 1995 (che sanciva l'esclusione dei soggetti non in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse) doveva essere riferita alle situazioni in atto al momento della domanda e non a situazioni pregresse.

Nella già citata decisione n. 3185 del 18 maggio 2004 la IV Sezione del Consiglio di Stato, confermando la correttezza della decisione di annullamento dei primi giudici, ha espressamente sottolineato che "...appare arduo sostenere, come vorrebbe l'Amministrazione, una ultrattività degli effetti delle condanne subite dall'\*\*\*\*\*., ai fini di cui si discute (esclusione dalla graduatoria dei soggetti concessionari per la gestione del gioco bingo). Come ha, invero, affermato la Corte di Cassazione penale a sezioni unite, nella sentenza n. 35 del 2001, dopo l'abolizione del principio di ultrattività delle leggi penali tributarie ad opera dell'art. 24, primo comma, del D. Lgs. 30/12/99, n. 507, ed in assenza di norme disciplinanti il regime transitorio tra la vecchia e la nuova normativa, il problema dell'individuazione della norma incriminatrice ai fatti anteriormente commessi deve essere rivolto alla stregua delle regole fondamentali del diritto intertemporale in materia penale affermato dall'art. 2 c.p..."; inoltre, sempre secondo la ricordata decisione, "...Tali rilievi sono determinanti anche al fine della soluzione della questione oggetto del decidere, in quanto se è vero che il legislatore nel riformare il sistema penale tributario, assumendo come obiettivo strategico quello di limitare la repressione penale ai soli fatti direttamente correlati alla lesione degli interessi fiscali, con rinuncia alla criminalizzazione delle violazioni meramente formali e preparatorie (cfr. Relazione governativa al D. Lgs. n. 74/2000), ha segnato una frattura fra la precedente e l'attuale normativa, tale circostanza diviene ostativa alla tesi dell'ultrattività degli effetti penali delle condanne anche per quel che riguarda i profili considerati dall'art. 12 del D. Lgs. n. 157/95, apparendo non più dubitabile che per le fattispecie criminose oggetto delle condanne riportate sia venuto meno definitivamente il requisito del disvalore sociale del fatto, che costituisce

il fondamento applicativo dell'art. 2 c.p.”.

La ragione dell'annullamento dei provvedimenti impugnati, in definitiva, trova fondamento non già in un difetto di motivazione ovvero nell'erroneo accertamento ed apprezzamento dei fatti costituenti il substrato materiale su cui si innestato l'esercizio della funzione pubblica, quanto piuttosto nella erronea interpretazione di una norma giuridica ed in particolare dell'applicazione del principio di ultrattività delle leggi penali tributarie, abolito per effetto dell'articolo 24, primo comma, del D. Lgs, 30 dicembre 1999, n. 507 e dunque nel cattivo esercizio del potere amministrativo nella individuazione delle cause che avrebbero potuto determinare per i concorrenti il venir meno della moralità professionale.

Al riguardo le amministrazioni non hanno fornito alcun elemento di prova circa la scusabilità di tale errore (scusabilità da ricollegare, secondo il ricordato indirizzo giurisprudenziale, all'esistenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, della sua incerta formulazione, sulla complessità del fatto o sulla eventuale influenza determinante di comportamenti di altri soggetti), né hanno dedotto che nel caso di specie, in relazione ai fatti emersi dall'attività istruttoria, i provvedimenti impugnati non potevano avere altro contenuto di quello poi ritenuto illegittimo, non potendo ammettersi alcuna automaticità tra le informative ottenute e gli adottati provvedimenti di esclusione, atteso che le prime dovevano costituire oggetto di una puntuale ed attenta motivazione volta ad enucleare eventualmente le ragioni per le quali le sentenze penali definitive, per altro per reati che successivamente il legislatore non aveva più considerato tali, incidessero effettivamente sulla moralità professionale.

In realtà, i principi di correttezza, imparzialità e buon andamento, idonei ad escludere una responsabilità risarcitoria dell'amministrazione, non possono ritenersi garantiti col mero rispetto formale ed esteriore degli atti che hanno contribuito alla formazione della volontà dell'amministrazione: in particolare, la circostanza che i provvedimenti di esclusione siano stati adottati sulla scorta di informazioni e pareri resi dall'Ufficio Territoriale del Governo di Bari, dal Comando provinciale della Guardia di Finanza di Bari e dall'Avvocatura generale dello Stato, non è di per sé sufficiente ad escludere l'imputabilità soggettiva del loro annullamento alle amministrazioni appellanti, tanto più che tali informazioni e pareri avevano solo lo scopo di fornire all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato gli elementi di fatto e/o di diritto indispensabili per adottare la giusta decisione, senza con ciò esimere l'amministrazione stessa dal dovere giuridico di svolgere le necessarie ed opportune valutazioni in ordine alle norme da applicare ed alla loro corretta interpretazione (giungendo eventualmente anche a conclusioni diverse da quelle suggerite nelle predette informazioni e nei pareri, assolutamente non vincolanti).

La colpa dell'amministrazione (e per essa dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato) è stata quindi correttamente individuata dai primi giudici non già nella mera accertata illegittimità dei provvedimenti di esclusione delle società appellate dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni per l'attivazione delle sale per il gioco Bingo, quanto nel fatto che tale annullamento è dipeso da un'erronea interpretazione ed applicazione della normativa di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (richiamato dall'articolo 13, lett. b, del bando di gara), erronea interpretazione non ascrivibile ad incertezze contenutistiche e/o interpretative della norma stessa, ed in definitiva da una inescusabile superficialità circa il suo ambito di applicazione con riferimento alla situazione di fatto correttamente accertata (e dunque ricollegabile ad un non corretto esercizio del potere discrezionale di cui l'amministrazione era titolare per il raggiungimento dell'interesse pubblico sotteso al bando di gara).

In questa ottica il richiamo operato dalla sentenza alla (violazione della) precedente ordinanza cautelare n. 207 del 6 giugno 2002 costituisce non già l'elemento che integra *ex se* il profilo soggettivo dell'illecito, quanto piuttosto un fatto sintomatico della condotta colposa tenuta dall'amministrazione; per altro proprio la omessa valutazione di tali elementi costituisce un ulteriore elemento a riscontro dell'infondatezza della tesi dell'asserito rigoroso rispetto dei principi di correttezza, buon andamento ed imparzialità.

**III.2.** Prive di fondamento sono le censure circa la asserita carenza di prova del danno subito, con particolare riferimento alle singole voci di danno riconosciute spettanti.

Occorre innanzitutto precisare che, anche a voler prescindere dalla assoluta genericità delle contestazioni svolte, nella sentenza impugnata (cfr. pag. 22) il danno subito, sia a titolo di danno emergente che di lucro cessante, è stato limitato al periodo temporale compreso tra il 21 marzo 2002 al 10 luglio 2002.

Quanto alle relative voci di danno spettanti a titolo di danno emergente, esse sono state individuate: a) nei canoni di locazione degli immobili; b) nel costo del personale assunto anticipatamente; c) nei costi per il mantenimento delle sale; d) nei costi per la doppia formazione del personale; e) nei costi generali di struttura; f) nelle penali contrattuali e negli interessi mora; g) nelle maggiori penali versate all'amministrazione; h) nei maggiori oneri finanziari; per tutte tali voci il danno è stato riconosciuto in astratto, essendo in concreto stato subordinato alla prova rigorosa e documentale degli esborsi sostenuti ai vari titoli indicati.

Tale *modus procedendi*, diversamente da quanto sostenuto dalle amministrazioni appellanti, non risulta contraddittorio e non dimostra affatto la carenza di prova da cui sarebbe stata affetta la domanda risarcitoria, quest'ultima essendo da considerare inammissibile (e quindi da respingere) solo allorquando per la sua assoluta genericità (come nell'ipotesi della mera richiesta di stile) non consenta in alcun modo al giudice di apprezzare la effettiva esistenza del danno; per contro, come risulta agevolmente dalla lettura degli atti di causa, nel caso di specie è indubitabile sia l'evento dannoso (vale a dire la ritardata assegnazione alle società appellate delle concessioni per la gestione delle sale per il gioco del bingo), sia la sua riconducibilità al fatto colposo dell'amministrazione (quale l'emanazione di illegittimi provvedimenti di esclusione dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle predette concessioni), così che la effettiva sussistenza del danno non abbisognava di particolare indagine o di particolare prova, quest'ultima riguardando, per contro, solo la quantificazione dello stesso.

Per altro, come già rilevato, la sentenza impugnata, lungi dall'adagiarsi sulle richieste delle parti ricorrenti, ha subordinato l'effettiva quantificazione del danno alla rigorosa prova documentale degli esborsi di danaro o degli oneri finanziari subiti, così che ogni doglianza delle amministrazioni appellanti risulta priva di consistenza, potendo (ed anzi dovendo, secondo gli stessi principi fissati dall'articolo 97 della Costituzione) esse stesse procedere alle puntuali verifiche ed ai consequenziali riscontri in sede di formulazione della proposta risarcitoria.

Le precedenti considerazioni valgono anche per quanto riguarda la voce di danno relativa alle maggiori penali versate all'amministrazione sul presupposto della proroga concessa alle concessionarie per il mancato apprestamento delle sale da gioco dal 13 dicembre 2001, data quest'ultima che, com'è intuitivo, non poteva essere in alcun modo rispettata proprio per gli intervenuti provvedimenti di esclusione della società appellate dalle graduatorie provinciali.

Quanto, poi, al lucro cessante, occorre preliminarmente sottolineare che la sentenza impugnata ha già escluso la fondatezza della richiesta relativa al riconoscimento della voce relativa alla mancata percezione dei guadagni connessi all'attività collaterale di ristorazione esercitabile nelle sale da gioco, mentre per quanto attiene la asserita mancata produzione degli utili, ne è stata riconosciuta la spettanza per il solo periodo di inattività iniziale (21 marzo – 10 luglio 2002), ma in via meramente eventuale “solo ove si dimostri che le sale da gioco da loro condotte sarebbero state in grado di produrre un fatturato per la vendita delle cartelle e, quindi, un profitto (18,20% del valore nominale dei pezzi acquistati) a favore di esse concessionarie superiori al fatturato ed agli utili raggiunti negli ultimi mesi di gestione del gioco”, fissandosi gli elementi da prendere a tal fine in considerazione, così che le doglianze (peraltro generiche) svolte dalle appellanti non risultano meritevoli di favorevole considerazione.

E' stata invece ritenuta non accoglibile la richiesta della stessa voce di danno sia per il periodo intercorrente tra il 10 luglio 2002 ed il 18 maggio 2004, “salvo che le ricorrenti non siano in grado di fornire, nel prosieguo, una seria dimostrazione circa gli investimenti che intendevano effettuare nel periodo precedente il 18.5.2004, circa gli investimenti intrapresi successivamente a tale data e circa gli incrementi dei ricavi e degli utili conseguenti agli investimenti medesimi”, sia per il periodo di sei mesi successivi al 18 maggio 2004 (ancorché la formulazione della relativa motivazione possa suscitare qualche perplessità).





con verbale in data. 21 maggio 2002; II) quanto alla società \*\*\*\*\*\*, le sale site in a) Martina Franca, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 22 febbraio 2002; b) Porto San Giorgio, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 10 febbraio 2002; c) Corropoli, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 12 marzo 2002; d) Bari Oriente, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 12 marzo 2002; e) Bari Ambasciatori, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 12 marzo 2002; f) Corato, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 11 marzo 2002; III) quanto alla società \*\*\*\*\*\*, le sedi di: a) Casamassima, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 10 marzo 2002; b) Bitonto, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 14 marzo 2002; c) Bari Orfeo, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 14 marzo 2002; d) S. Benedetto del Tronto, data richiesta collaudo 13 dicembre 2001; data ultimazione dei lavori 13 marzo 2002.

Relativamente a tali sale da gioco, pertanto, ai fini della individuazione del periodo in relazione al quale si è verificato il danno da risarcire, il *dies a quo* può essere fatto coincidere quanto meno con la data di ultimazione dei lavori, intervenuta ad una ragionevole lasso di tempo dal momento in cui le società interessate avevano chiesto all'amministrazione di procedere al collaudo.

Poiché, poi, sempre rispetto a tali sale, le amministrazioni non hanno provato né che la data di conclusione dei lavori fosse diversa da quella indicata dalle ricorrenti, né che le operazioni di collaudo siano state impedito o rese difficoltose da fatto delle stesse società richiedenti ovvero da cause non imputabili all'amministrazione, il *dies ad quem* deve essere indicato in quello corrispondente al giorno dell'avvenuta stipulazione delle convenzioni, avvenuta ben oltre la data del 10 luglio 2002, individuata dai primi giudici: è evidente, al riguardo, che, una volta stabilita la responsabilità dell'Amministrazione per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni del Bingo, il ritardo con cui queste hanno cominciato a funzionare non può che essere addebitabile alla stessa amministrazione, salvo che non si provi che detto ritardo sia ascrivibile a caso fortuito, a causa di forza maggiore ovvero allo stesso danneggiato, tutte evenienze che non si rinvergono nel caso di specie.

Nei predetti sensi, pertanto, la sentenza impugnata deve essere riformata.

**IV.2.** Devono invece essere respinti gli altri motivi di appello incidentale.

Invero, quanto alla pretesa risarcitoria relativa alla asserita ridotta produzione tra la data di attivazione delle sale da gioco e la pubblicazione della decisione del Consiglio di Stato n. 3184 del 2004, nonché nei sei mesi successivi, la Sezione osserva che il danno di cui si chiede il risarcimento è assolutamente ipotetico ed eventuale, trattandosi del maggior guadagno che le società avrebbero potuto realizzare se fossero entrate tempestivamente nel mercato dal gioco: è sufficiente osservare che di esso, che non ha comunque alcuna connotazione di certezza e di oggettività, non viene fornito alcun elemento indiziario (è significativo al riguardo evidenziare che le stesse censure che sul punto vengono mosse alla sentenza impugnata, denunciandosi che non potrebbe fornirsi alcuna prova di un fatto negativo, ne dimostrano la apoditticità e la genericità).

Ugualmente è a dirsi per la richiesta di danno relativo alla mancata percezione dei guadagni connessi all'attività di ristorazione: anche a voler prescindere dal rilievo che si tratta di un'attività solo eventualmente ed occasionalmente collegata all'apertura delle sale da gioco Bingo, deve rilevarsi, sotto un primo profilo, che di essa non è stata fornita alcuna prova, come correttamente statuito dai primi giudici, e che, sotto altro profilo, la stessa durata della concessione, fissata in sei anni dalla stipula della convenzione, esclude che un simile danno possa essersi addirittura verificato.

Quanto infine al danno all'immagine, la Sezione può convenire sulla astratta considerazione che la esclusione da una gara ad evidenza pubblica per la esistenza di condanne penali, tali da configurarsi come motivo ostativo a trattare con la pubblica amministrazione, possa incidere sulla reputazione e sulla onorabilità di un soggetto, tanto più se questo è un imprenditore commerciale ed agisce in un determinato contesto commerciale: tuttavia, in concreto, non è stata fornita alcuna prova sotto tale profilo delle conseguenze dannose dei predetti provvedimenti illegittimi dell'amministrazione, né è

stato fornito alcun elemento indiziario utile e sufficiente ad eccitare i poteri di ufficio del giudice, così che in definitiva, anche sotto tale profilo, la pronuncia impugnata è immune da censure.

V. In conclusione l'appello principale deve essere respinto, mentre deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione l'appello incidentale.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato, sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dal Ministero dell'economia e delle finanze e dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, nonché sull'appello incidentale spiegato dalle società \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sez. I, n. 1260 del 5 settembre 2007, respinge l'appello principale ed accoglie quello incidentale nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 13 maggio 2008, con la partecipazione dei seguenti magistrati:

Luigi COSSU - Presidente

Bruno MOLLICA - Consigliere

Carlo SALTELLI - Consigliere est.

Salvatore CACACE - Consigliere

Eugenio MELE – Consigliere

L'ESTENSORE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

IL PRESIDENTE

Luigi Cossu

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

31 luglio 2008

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa

#### **Nota esplicativa.**

La definizione degli elementi costitutivi di una condotta colposa della amministrazione passa necessariamente per la chiarificazione degli assi portanti di quella che nella pronuncia n. 500 del 1999 della Cassazione si definisce *colpa dell'apparato*. Con tale locuzione si intende ricondurre l'illecito derivante da illegittimo esercizio della funzione pubblica al complesso delle funzioni che la legge attribuisce alla amministrazione o, al più, al cattivo funzionamento delle stesse. Appare evidente che nella ricostruzione proposta si prescinde dalla connotazione tipicamente soggettiva di colpa, intesa quale stato psicologico di coscienza e volontà dell'agente, chiaramente non riferibile ad una persona giuridica.

L'impossibilità di far discendere automaticamente una condotta illecita della amministrazione, sotto il profilo della colpa, dall'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo, una volta superato il concetto della colpa *in re ipsa*, dominante prima della sentenza delle SS.UU. del 1999, induce l'interprete a rinvenire ulteriori indici sintomatici di una negligenza del potere pubblico in elementi che, obiettivamente percepibili, in una con l'illegittimità del provvedimento, conducano ad una effettiva disfunzione dell'azione pubblica.

L'esistenza di una violazione grave e manifesta di norme di legge, il consolidarsi di una

giurisprudenza chiara e piana sul punto controverso, la partecipazione dei privati e l'apporto collaborativo manifestato da questi nel procedimento, il carattere vincolato dall'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento si pongono quali sintomi di una condotta negligente o, quanto meno, non corretta del potere pubblico, venendo poi onerata l'amministrazione dell'allegazione degli elementi ascrivibili allo schema dell'errore scusabile. Pare quindi introdursi una sorta di interversione dell'onere della prova, trasferendo in capo alla amministrazione l'onere della prova dell'errore scusabile in presenza di un provvedimento illegittimo.

Gli ultimi approdi della giurisprudenza sembrano tuttavia ricomporre il principio dell'onere della prova in capo al soggetto danneggiato, secondo lo schema dell'articolo 2043, nella misura in cui, sia pur in un'ottica di semplificazione, gravano il privato dell'allegazione di elementi, indiziari, da cui emerga una condotta colposa della amministrazione, spettando poi alla stessa amministrazione di indicare profili da cui far discendere l'esistenza di un errore scusabile. Sullo sfondo, in conformità alla pronuncia delle SS.UU., resta il libero apprezzamento del giudice al quale spetta la parola definitiva in ordine alla esistenza o meno di una condotta colpevole della amministrazione.

Orbene, l'attribuzione di un potere siffatto al singolo giudice implica evidentemente l'ammissibilità di una serie di pronunce difformi degli organi giudicanti investiti delle questioni risarcitorie derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, essendo pacifico che l'accertamento di condotte colpevoli della amministrazione intesa come apparato sia connotato da un margine di non univocità derivante preliminarmente dalla non univocità della natura dei criteri suddetti. Coglie nel segno al riguardo quella dottrina che riconosce che l'utilizzo di criteri siffatti, in particolare per quanto riguarda l'interpretazione della normativa di riferimento, produce, come conseguenza logica, il potenziale conflitto delle pronunce dei collegi chiamati ad accertare le responsabilità civili delle amministrazioni, essendo ogni organo giudicante caratterizzato dalla propria particolare sensibilità giuridica.

Ed allora la necessità di gravare l'interprete di una indagine ulteriore rispetto al momento dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, ravvisandosi la colpa della amministrazione nella lesione di principi di correttezza e buona amministrazione, limiti esterni alla discrezionalità amministrativa, sembra riecheggiare gli estremi del sindacato sulla funzione amministrativa che concentra la sanzione del giudice sul momento di sviamento nell'esercizio del potere, allorquando emergano indici sintomatici dell'eccesso di potere che a ben guardare rappresentano proprio la violazione dei principi summenzionati. Sul punto si può richiamare la nota sentenza n. 4239/2001 del Consiglio di Stato che ha sottolineato appunto come i criteri enunciati dalla Cassazione, nella loro sicura autonomia, presentano tuttavia alcune evidenti analogie con i tradizionali "vizi" del provvedimento amministrativo. La violazione della regola dell'imparzialità si sovrappone, in larga misura, al vizio di eccesso di potere, la trasgressione del principio di buon andamento ha significativi punti di contatto con la violazione di legge, intesa come mancato rispetto delle norme che specificano i contenuti e le modalità di esercizio del potere amministrativo.

In particolare, per ciò che concerne il vizio di eccesso di potere, lo stesso assurge a vizio della funzione, legato alla nozione di irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, alla luce delle cd. figure sintomatiche dell'assenza di motivazione, della contraddittorietà intraprocedimentale, della contraddittorietà fra provvedimenti, della illogicità manifesta del provvedimento.

Spesso l'eccesso di potere si manifesta per il contrasto dell'azione amministrativa con principi di natura sostanziale, quali l'imparzialità dell'agire, la disparità di trattamento, la violazione dell'istruttoria. In questi casi il vizio è intimamente connesso al risultato finale dell'operato dell'amministrazione. La stessa nozione di apparato, quanto mai rilevante nel caso in controversia, potrebbe ricomprendere tanto l'ente competente per l'adozione del provvedimento finale quanto il complesso degli organismi amministrativi che concorrano, anche e solo nella fase istruttoria o consultiva, all'adozione del provvedimento finale. Nella decisione che qui si annota l'errata interpretazione della normativa di riferimento, che avrebbe integrato gli estremi di una condotta colposa dell'amministrazione, nasce anche dalle relazioni formulate dalle amministrazioni deputate a rendere pareri in merito alla questione controversa, le quali adempiono ad una funzione che lo stesso Consiglio di Stato qualifica come idonea a fornire gli elementi indispensabili in fatto e in

diritto affinché l'amministrazione procedente addivenga ad una decisione corretta.

Nella decisione del Consiglio di Stato, la violazione da parte della amministrazione dei principi di imparzialità e correttezza andrebbe rinvenuta in una condotta che, attenta al semplice rispetto formale ed esteriore degli atti che hanno contribuito alla definizione della volontà della amministrazione, non è stata orientata allo svolgimento delle opportune valutazioni in ordine alle norme da applicare, palesandosi tale comportamento superficiale e negligente.

Superficialità e negligenza che hanno connotato l'agire della Amministrazione dei Monopoli di Stato, nonostante la stessa, come sopra ribadito, si sia specificatamente attenuta alle indicazioni degli organi deputati a fornire indicazioni al riguardo, indicazioni che lo stesso Consiglio di Stato definisce *indispensabili per adottare la giusta decisione*. Ecco allora che emerge la difficoltà di ricostruire una responsabilità della amministrazione sulla base di quei criteri non univoci che la giurisprudenza ha adottato nel momento in cui si doveva accertare la imputabilità a titolo di dolo o colpa dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, criteri la cui perplessità può determinare conseguenze imponderabili in tema di certezza del diritto e tutela delle stesse posizioni dei cittadini chiamati a confrontarsi, oggi più di ieri, con la necessità e gli effetti del corretto esercizio della azione pubblica.

## **5. Precedenti giurisprudenziali.**

### *Conformi*

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 14 giugno 2001 n. 3169.

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 9 giugno 2008 n. 2763.

### *Difformi*

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 26 giugno 2002 n. 3537.

## **6. Spunti bibliografici.**

F.G. COCA, *Per una Amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 4045 e ss.

F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, p. 89 e ss., Torino.

A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, p. 102 e ss., Napoli 2003.

S. TARULLO, *Colpa dell'amministrazione e diligenza professionale*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it)

M. PAGLIARULO e G. SAPORITO, *L'amministrazione paga se c'è colpa*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it) .

Avv. Marco Calderoni