

L'elemento soggettivo nella responsabilità da illegittimo esercizio della funzione pubblica

(Consiglio di Stato, sezione quarta, decisione 31 luglio 2008 n. 3823)

La vicenda processuale su cui incide la decisione del Consiglio di Stato attiene al complesso tema del risarcimento danni derivanti da un provvedimento amministrativo illegittimo. La nostra riflessione si concentra in particolare sugli elementi riguardanti il profilo soggettivo della responsabilità da illegittimo esercizio della funzione pubblica e sugli adattamenti che lo schema aquiliano di cui all'articolo 2043 c.c., in cui ricondurre la responsabilità della P.A. da lesione dell'interesse legittimo, deve subire per allinearsi alle caratteristiche dell'oggetto attuale del processo amministrativo.

Il Consiglio di Stato, nel riconoscere la sussistenza della condotta colposa della Amministrazione che nel caso di specie aveva agito revocando il provvedimento di concessione per l'apertura delle sale Bingo, stante la asserita sussistenza di condizioni di inidoneità soggettiva dipese da condanne a carico dell'amministratore delegato delle società concessionarie per fatti poi derubricati dal decreto legislativo 74 del 2000, ha ritenuto che fosse non rispondente ai canoni del buon andamento e della corretta amministrazione l'azione dei Monopoli di Stato che avevano operato sulla base di una erronea interpretazione ed applicazione della normativa di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157, richiamato dall'articolo 13, lettera *b* del bando di gara, nonostante le note informative pervenute dalla Intendenza della Guardia di Finanza, dall'Ufficio Territoriale del Governo di Bari, dell'Avvocatura Generale dello Stato fossero orientate nel senso di riconoscere la legittimità dei poteri di autotutela esercitati dall'amministrazione.

Separati i giudizi tesi ad accertare in primo luogo l'illegittimità del provvedimento di revoca e, in un separato giudizio, la fondatezza della domanda di risarcimento presentata dalle concessionarie, il Consiglio di Stato, riconosciuta dapprima l'illegittimità della revoca della concessione per l'apertura delle sale da gioco, in riferimento alla questione risarcitoria, oggetto di cognizione in prima battuta da parte del T.A.R. Marche, ha stabilito quanto segue.

La colpa della amministrazione va ravvisata *“non già nella mera illegittimità dei provvedimenti di esclusione delle società appellate dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni per l'attivazione delle sale per il gioco, quanto nell'erronea interpretazione della normativa citata, erronea interpretazione non ascrivibile ad incertezze contenutistiche e interpretative della norma stessa, ma riconducibile ad una inescusabile superficialità circa l'individuazione del suo ambito di applicazione con riferimento alla situazione di fatto correttamente accertata, 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”* (1).

Diversamente da quanto affermato nella decisione del T.A.R. delle Marche in primo grado, il Consiglio di Stato ritiene *che l'inottemperanza alla precedente ordinanza cautelare n. 207 del 6 giugno 2002 costituisce non già elemento che integra ex se il profilo soggettivo dell'illecito, quanto piuttosto un fatto sintomatico della condotta colposa tenuta dalla amministrazione, violativa dei principi di correttezza, buon andamento e imparzialità (2).*

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 (3). Appare evidente che nella ricostruzione propo-

(1) La decisione sopra riportata si pone in evidente contrasto con la sentenza n. 3537/2002 del Consiglio di Stato che in una controversia simile, circa la valutazione da darsi alle disposizioni di cui all'articolo 12, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 ha ritenuto che *“evidente finalità della disposizione è quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale possano partecipare alle procedure ad evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la Pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico. La causa di esclusione dalle gare di cui trattasi si configura pertanto quale misura a salvaguardia del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire in concreto che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione”*.

(2) Il T.A.R. Marche nel giudizio di primo grado relativo alla domanda di risarcimento presentata dalle concessionarie del gioco Bingo, in relazione al profilo della colpa dell'A.A.M.S., ha stabilito quanto segue: *“ Nel caso in esame l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ha dato avvio ai procedimenti di esclusione delle società ricorrenti risultate affidatarie della gestione delle sale destiate al gioco del Bingo a causa della mancanza del requisito di cui al punto 13 del bando di gara, il quale prevedeva l'insussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 157 del 1995, come modificato dal decreto legislativo n. 65 del 2000, cioè l'emissione di sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di sentenza di cui all'articolo 444 c.p.p., per qualsiasi reato incidente sulla moralità professionale o per delitti finanziari, omettendo tuttavia di considerare che con i decreti legislativi n. 74 del 2000 e n. 507 del 1999 si era verificata la depenalizzazione delle fattispecie di reato ostative alla partecipazione alla gara per l'affidamento delle concessioni.*

La stessa Amministrazione era stata messa sull'avviso dell'erroneità delle proprie determinazioni che assumevano come presupposti fatti non costituenti più reato all'epoca dell'emanazione del bando, come indicato anche nel parere pro veritate espresso dal prof. Fabrizio Lemme inviato all'A.A.M.S. dal legale rappresentante delle ricorrenti in data 4 aprile 20002.

A seguito di richiesta cautelare avanzata dalle ricorrenti, il Tribunale ha ingiunto all'A.A.M.S. di portare a compimento i procedimenti di esclusione, il cui avvio veniva comunicato con le note del 21 marzo /20002, e di adottare il provvedimento conclusivo, avuto riguardo ai motivi di gravame proposti dalle ricorrenti. A tale ingiunzione hanno fatto seguito i provvedimenti finali di esclusione dalle graduatorie, confermando la motivazione contenuta nella comunicazione di avvio del procedimento”.

(3) F.G. SCOCA, *Per una Amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 4045 e ss.

sta 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 (4).

Gli ultimi approdi della giurisprudenza (5) 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 (6).

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 accerta-

(4) F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, p. 89 e ss., Torino.

(5) Da Consiglio di Stato n. 3169/2001e ss., *Giustamm.it*.

(6) Consiglio di Stato n. 2763/2008 da *Giustamm.it*.

re le responsabilità civili delle amministrazioni, essendo ogni organo giudicante caratterizzato dalla propria particolare sensibilità giuridica (7).

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 (8). 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 (9). 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 assume 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 concorrono, 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.

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

(8) S. TARULLO, *Colpa dell'amministrazione e diligenza professionale*, in Giustamm.it

(9) MARIO PAGLIARULO e GUGLIELMO SAPORITO, *L'amministrazione paga se c'è colpa*, in Giustamm.it .

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.

Dott. Francesco Scittarelli^()*

Consiglio di Stato, sezione quarta, decisione 31 luglio 2008 n. 3823 – Pres. L. Cossu – Est. C. Saltelli – Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (Avv. dello Stato M. Mari, ct 110272/03) c/ D.P. s.r.l., B.P. s.r.l., e ... s.r.l. (Avv. V. Biagetti).

«(...) *Fatto*

Il Tribunale amministrativo regionale delle Marche con la sentenza n. 1542 del 6 dicembre 2002, non definitivamente pronunciando sulle domande proposte dalle società D.P. s.r.l., B.P. s.r.l. e G.G.S. s.r.l. 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.

Il Consiglio di Stato, sezione IV, con la decisione n. 3185 del 18 maggio 2004, respingendo l'appello proposto dal Ministero dell'economia e delle finanze e dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, confermava la illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione ed errata applicazione dell'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

1997, n. 157, richiamato dall'articolo 13, lett. b), del bando di gara, in quanto, per un verso, i precedenti penali a carico dell'amministratore delegato delle società ricorrenti si riferivano "...a reati depenalizzati dopo le sentenze irrevocabili di condanna (per effetto del D.Lgs. n. 74 del 10 marzo 2000 e del D.Lgs. n. 507 del 30 dicembre 1999), ma da data anteriore all'emanazione del bando di gara, risalente al 28 dicembre 2000)", mentre, per altro verso, la ricordata disposizione contenuta nell'articolo 12, primo comma, lett. e), del citato decreto legislativo n. 157 del 1995 (concernente 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".

Con la sentenza n. 1260 del 5 settembre 2007 il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, sez. I, pronunciando sulla domanda risarcitoria proposta dalle predette società D.P. s.r.l., B.P. s.r.l. e G.G.S. s.r.l., conseguente alla (già accertata) illegittimità dei ricordati provvedimenti di esclusione dalle graduatorie provinciali, ha riconosciuto la responsabilità delle amministrazioni intimate a titolo di colpa e le ha condannate genericamente al risarcimento del danno, fissando per la relativa determinazione specifici criteri, in relazione ai quali, "prima di disporre un'eventuale consulenza tecnica o di procedere alla diretta determinazione, anche in via equitativa" ha invitato l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato a formulare entro sei mesi una puntuale proposta; ha quindi ulteriormente rinviato la trattazione della causa alla pubblica udienza del 3 dicembre 2008.

Il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, con atto di appello notificato il 1° febbraio 2008, hanno chiesto la riforma di tale statuizione, deducendone l'erroneità sia con riferimento alla declaratoria di responsabilità dell'amministrazione, sia con riferimento al danno riconosciuto.

Esse hanno innanzitutto lamentato che inammissibilmente i primi giudici avrebbero fatto discendere automaticamente la loro responsabilità (con conseguente riconoscimento del diritto al risarcimento del danno in favore della società ricorrenti) dalla mera accertata illegittimità dei provvedimenti di esclusione dalle graduatorie provinciali per l'assegnazione delle concessioni del gioco del Bingo, senza tener conto che, come risultava dalla stessa documentazione di causa, nessun addebito di colpa, per imprudenza, negligenza e/o imperizia, poteva esser loro ascritto, avendo esse agito nell'assoluto rispetto dei canoni di imparzialità, correttezza e buona fede.

Al riguardo le amministrazioni appellanti hanno sottolineato che era del tutto ultroneo ed ingiustificato, sul piano del fatto oltre che del diritto, il richiamo operato dai primi giudici alla presunta violazione dell'ordinanza cautelare n. 207 del 6 giugno 2002 (che aveva ordinato all'amministrazione di concludere l'avviato procedimento di esclusione dalle graduatorie provinciali tenendo conto degli spiegati motivi di ricorso), giacché i provvedimenti impugnati (ancorché dichiarati definitivamente illegittimi) trovavano adeguata giustificazione nel rapporto informativo del Comando generale della Guardia di Finanza del 5 aprile 2002, nel parere del Ministero dell'Interno in data 29 marzo 2002 ed ancora nel parere dell'Avvocatura generale dello Stato del maggio 2002, nonché nella pacifica circostanza che il decreto legislativo n. 74 del 2000 non aveva giammai modificato, né tanto meno abrogato il contenuto precettivo del decreto legislativo n. 157 del 1995; tutti elementi che costituivano sicuri indici della correttezza del comportamento tenuto dall'amministrazione, con la conseguenza che il danno asseritamente subito dalle società per effetto dell'annullamento dei provvedimenti impugnati non poteva essere considerato *iniustum*, ma *iure datum*.

Quanto alla effettiva esistenza e consistenza del danno, le amministrazioni appellanti hanno osservato che inopinatamente la domanda risarcitoria era stata accolta, atteso che essa

era assolutamente priva di qualsiasi elemento di prova (tant'è che gli stessi primi giudici – contraddicendosi – avevano inopinatamente invitato l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato a formulare una concreta proposta risarcitoria, precisando essi stessi che la quantificazione 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 D.P. s.r.l., B.P. s.r.l. e G.G.S. s.r.l., 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 state 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

(...) 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 D.P. s.r.l., B.P. s.r.l. e G.G.S. s.r.l. 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 marzo 2000 e del D.Lgs. n. 507 del 30 dicembre 1999), ma da data anteriore all'emanazione del bando di gara, risalente al 28 dicembre 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'A., 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 dicembre 1999, 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.

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 D.P. s.r.l., B.P. s.r.l. e G.G.S. s.r.l., 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 (...).