

**CONSIGLIO DI STATO – SEZ. IV – 6 AGOSTO 2012 – SENTENZA N. 4479 – PRES.
NUMERICO – EST. POTENZA**

(Omissis)

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA: SEZIONE II n. 12249/2009, resa tra le parti, concernente irrogazione penale per violazione art 3 co. 1 della convenzione di concessione (ritardato collegamento alla rete telematica apparecchi intrattenimento).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell’Economia e delle Finanze e di Aams – Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 maggio 2012 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Fabio Lorenzoni, Mario Sanino e Verdiana Fedeli (avv. St.);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR del Lazio, la società appellante domandava l’annullamento:

- del decreto direttoriale dell’Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato prot. n. 38106 dell’1 ottobre 2008, recante irrogazione della penale di cui all’art. 27, comma 2 lett. b), della Convenzione per l’affidamento dell’attivazione e della conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento ed intrattenimento nonché delle attività e funzioni connesse, per violazione dell’art. 3, comma 1 lett. d), della Convenzione;
- della nota dell’Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato prot. n. 22342 del 6 giugno 2008, di contestazione della violazione degli obblighi di cui all’art. 3 della suindicata Convenzione.

La società istante premetteva che l’Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato aveva contestato già nel 2007 plurime inadempienze in ordine alle modalità ed ai tempi di attivazione e della condizione operativa della rete della gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento ed intrattenimento, di talché l’Amministrazione provvedeva ad applicare le penali previste dall’art. 27, comma 1, della convenzione 15 luglio 2004 recante (per l’appunto) la concessione per l’affidamento dell’attivazione e della conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento ed intrattenimento nonché delle attività e funzioni connesse. Aggiungeva inoltre che:

- la nota con la quale veniva chiesto il pagamento di una ingente somma quale penale veniva impugnata dinanzi a questa Sezione che accoglieva il ricorso “con salvezza degli atti ulteriori in sede di riesame della vicenda controversa”;

-nel corso del procedimento attivato dall'Amministrazione per calcolare l'ammontare delle nuove penali da applicare ai concessionari inadempienti, veniva stipulato un atto aggiuntivo alla suindicata convenzione, recante modifiche al sistema delle penali.

Concludeva l'istante lamentando che, nonostante la modifica del modello di applicazione delle penali, l'Amministrazione, con i provvedimenti impugnati avesse provveduto a richiedere il pagamento di somme definite attraverso calcoli contestabili e comunque irragionevoli, finendo quindi per riadottare atti sanzionatori illegittimi al pari di quelli già gravati con successo dinanzi al giudice amministrativo che, quindi, non avrebbe potuto che reiterarne l'annullamento, stante la loro patente illegittimità sia sotto il profilo dell'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della penale sia con riferimento all'ammontare della stessa, da ritenersi irragionevole e sproporzionato, tenuto conto anche delle modifiche apportate alla convenzione dall'atto aggiuntivo.

1.2.- Con la sentenza epigrafata il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso.

2.- La società istante ha impugnato la sentenza del TAR, chiedendone la riforma e svolgendo motivi ed argomentazioni riassunti nella sede della loro trattazione in diritto da parte della presente decisione.

Si è costituita nel giudizio l'Amministrazione finanziaria, resistendo al gravame ed esponendo in successiva memoria le proprie argomentazioni difensive, che si hanno qui per riportate.

Parte appellante ha riepilogato in memoria le proprie tesi e alla pubblica udienza del 22 maggio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

- L'appello in trattazione controverte della legittimità di una penale, irrogata dall'AAMS (amministrazione concedente), per l'inadempimento (da parte dell'appellante concessionario) di obblighi derivanti da convenzione di concessione per dell'attivazione e della conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito. Sulla materia questa decisione fa seguito ad altre pronunzie della Sezione rese in senso favorevole alle parti appellanti nelle rispettive vertenze.

1. -Anche nella fattispecie in esame, una prima questione viene posta dalla ricorrente con riferimento all'equilibrio del sinallagma convenzionale, ed in tal contesto alla funzione delle clausole penali, e verte sul raggiungimento di questo obiettivo mediante l'introduzione nella convenzione, sottolineata dal TAR, di una graduazione delle penali stesse.

Con la decisione impugnata il primo giudice ha affermato in sintesi che:

- "il primo elemento da valutare ai fini della decisione dell'odierno contenzioso è costituito dalla verifica circa la sussistenza o meno dell'inadempimento contestato dall'Amministrazione odierna resistente a carico dell'odierna parte ricorrente";

- al riguardo "la stessa parte ricorrente, nell'atto introduttivo del presente giudizio, nella realtà e pur contestando la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della penale"..... "non contesta che vi sia stato l'inadempimento rispetto alla tempistica di realizzazione dell'operazione di avvio delle attività rimesse al concessionario, per come sopra indicata. Nello stesso tempo non appaiono decisivi con riferimento alla decisione della presente controversia le suaccennate prospettazioni di parte ricorrente, proprio per la natura stessa della clausola penale amministrativa contenuta nell'art. 27 della Convenzione (che, dunque, si applica in disparte dalla verifica di un danno) e per la

circostanza che non risulta provato in alcun modo che la tempistica disegnata dalla Convenzione sia stata fissata in modo irragionevole ed in guisa tale da rendersi impossibile oggettivamente l'adempimento degli obblighi da parte dei concessionari, onere di dimostrazione che spetterebbe ai concessionari i quali non hanno fornito certezze su quanto sostenuto”.

La tesi accolta dal TAR, secondo l'appellante, travolgerebbe il dato letterale del citato parere del Consiglio di Stato del 2007, ribaltando il concetto espresso dalle pregresse sentenze di annullamento (le quali avevano invece sottolineato sia la valenza pubblicistica del potere sanzionatorio che la discrezionalità del medesimo) ed aderirebbe erroneamente ad una concezione civilistica delle penali in questione “la cui esigibilità sarebbe condizionata al solo verificarsi degli eventi contestati”, sfuggendo alla necessità giuridica di dare prova del danno. Il motivo è fondato. Come già osservato nelle richiamate precedenti analoghe fattispecie, il Collegio rileva come erroneamente il TAR avalli un'applicazione della convenzione (art. 27) ispirata al criterio meramente civilistico della determinazione forfettaria e preventiva dei danni risarcibili con le penali, indipendentemente da una verifica, in esercizio del cennato potere discrezionale (e correlato al pubblico interesse), della natura incolpevole dell'inadempimento da parte del concessionario e del danno effettivo recato agli interessi pubblici. L'appello è fondato, in particolare con riferimento alla tesi per cui l'accertamento di un danno effettivo patrimoniale per l'amministrazione costituisce presupposto valutativo imprescindibile per l'irrogazione della penale da inadempimento. Ed invero, la giurisprudenza di questa Sezione ha già avuto modo di esprimersi sul punto, con orientamento dal quale non si ritiene in questa sede di discostarsi (v. fra le altre Cons. di Stato, sez. IV, n.9437/2010 e sez. IV, n. 4583/2011); in particolare deve qui ribadirsi che le argomentazioni del giudice di prime cure non tengono conto che il tema cardine della controversia è proprio costituito dalla questione se al fine di applicare la penale fosse necessario anche l'accertamento, da parte dell'amministrazione, di un danno effettivo arrecato al pubblico interesse. Sul punto, dalla piana lettura dell'art.27 della Convenzione, emerge che alla questione deve darsi soluzione positiva. Ed invero la clausola prevede chiaramente che il potere di applicare le penali è subordinato non solo al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità a fronte dell'inadempimento accertato, ma anche “al danno effettivamente arrecato”.

E' nell'introduzione di questo secondo elemento (che ai fini della determinazione della penale si affianca al potere di valutare la gravità dell'inadempimento) che si caratterizza una delle novità introdotte nell'art. 27 rispetto al testo della disposizione precedente. Al contrario, il primo giudice, pur dando atto della modifica delle previsioni convenzionali nel senso di una rimodulazione delle penali alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, e sulla base di parametri concreti inerenti modalità di attivazione e funzionamento degli apparecchi, ha nondimeno ritenuto sufficiente a legittimare la sanzione la presenza del solo inadempimento oggettivamente accertato (e nella specie incontestato, sia pure nel solo suo dato oggettivo). L'orientamento però non considera né il richiamato nuovo dato testuale dell'art. 27 (e fa quindi erronea applicazione del testo previgente alla sua modifica e che la presenza del danno effettivo non prevedeva), né la regola ermeneutica per cui una determinata disposizione modificativa va se possibile interpretata nel senso di darvi un significato utile rispetto alla precedente, non consentendo quindi conclusioni che potevano essere sostenute anche senza introdurre la modifica.

2.- Anche la seconda doglianza, riconoscibile nell'appello è meritevole di essere condivisa. Si duole la società che la decisione gravata, dando rilievo al solo inadempimento, abbia sostanzialmente esentato l'amministrazione dall'onere di provare la consapevolezza dell'inadempimento e dall'obbligo di indagare, ai fini del “quantum debeatur”, natura ed entità del danno effettivo.

La tesi del TAR equipara in sostanza la clausola penale dell'art. 27 della convenzione a quella disciplinata dall'art. 1382 del codice civile, che non richiede (secondo comma) il presupposto della prova di un danno dall'inadempimento, operando oggettivamente. L'equiparazione, però, si pone in contrasto con l'art. 27 della convenzione anche sotto il profilo dell'onere della prova del danno; detta disposizione, infatti, lo sgancia dalla presunzione di colpa (normalmente stabilita all'art. 1282 codice civile a carico dell'inadempiente) addossandolo all'Amministrazione in quanto tenuta ad individuare il danno effettivamente arrecato.

Viene altresì trascurata la natura speciale della pattuizione convenzionale intervenuta tra le parti e di cui si tratta, che del resto si colloca tra quelle specificamente approvate dalle parti ai sensi dell'art. 1341 codice civile.

3.- In conclusione, pur dovendosi confermare in linea di principio che dall'inadempimento accertato (nei suoi dati oggettivi) del concessionario dell'AAMS possa derivare un pregiudizio alla realizzazione dell'interesse pubblico, va ribadito che deve considerarsi illegittima per difetto di presupposto e motivazione una sanzione applicativa dell'art. 27 della Convenzione allorché non sussista o non venga indicato o provato alcun concreto ed oggettivo pregiudizio patrimoniale subito dall'Amministrazione.

4.- L'appello deve pertanto essere accolto con conseguente riforma della sentenza impugnata ed accoglimento del ricorso di primo grado.

Come in precedenti cause analoghe, le spese dei due gradi seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e, per l'ulteriore effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Amministrazione al pagamento, in favore della ricorrente, di spese ed onorari dei due gradi di giudizio, che liquida equitativamente in euro 6000,00 (seimila/00), oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere