

N. 09347/2010 REG.SEN.
N. 00593/2010 REG.RIC.



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 in appello nr. 593 del 2010, proposto dalla B PLUS GIOCOLEGALE Ltd (già Atlantis World Giocolegale Ltd), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carmelo Barreca, Benedetto Giovanni Carbone e Andrea Scuderi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via degli Scipioni, 288,

contro

la AMMINISTRAZIONE AUTONOMA DEI MONOPOLI DI STATO, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

nei confronti di

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in

persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

per la riforma, previa sospensiva degli effetti,

della sentenza emessa *inter partes* dal T.A.R. del Lazio, Sezione Seconda, nr. 11851, depositata il 26 novembre 2009, con cui è stata respinta l'impugnazione proposta in primo grado avverso i seguenti atti: provvedimento del 2 settembre 2008 di irrogazione della penale di cui all'art. 27, comma 2, lettera *b*), della Convenzione di concessione nella misura di € 0,15 per ogni apparecchio per il quale il concessionario era in possesso di nulla-osta alla data del 1 novembre 2004 (da moltiplicarsi per 48 giorni di ritardo), per un importo complessivo pari a € 171.806,00; provvedimento del 1 ottobre 2008 di irrogazione della penale di cui all'art. 27, comma 2, lettera *b*), della Convenzione di concessione per un importo complessivo pari a € 567.048,00; provvedimento del 16 ottobre 2008 di irrogazione della penale di cui all'art. 27, comma 3, lettera *a*), della Convenzione di concessione per un importo complessivo pari a € 6.886.619,00; con la contestuale richiesta di accertamento dell'assoluta insussistenza delle condizioni e dei presupposti per l'applicazione da parte di A.A.M.S. di quelle penali e comunque dell'inammissibilità e infondatezza della correlata pretesa fatta valere dalla medesima Amministrazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni appellate;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 11 giugno 2010, 22 ottobre 2010 e 29 ottobre 2010) e dall'Amministrazione (in date 4 marzo 2010 e 10 giugno 2010) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 1115 del 9 marzo 2010, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2010, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi gli avv.ti Barreca, Carbone e Scuderi per la appellante e l'avv. dello Stato Cristina Gerardis per l'Amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società B Plus Giocolegale Ltd (già Atlantic World Giocolegale Ltd) ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso dalla stessa società proposto avverso gli atti con cui l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato le aveva irrogato una serie di sanzioni per ritenuti inadempimenti alla Convenzione di concessione avente a oggetto il servizio pubblico di attivazione e conduzione operativa della rete per la gestione telematica degli apparecchi da divertimento e intrattenimento,

nonché delle attività e funzioni connesse.

A sostegno dell'impugnazione, la appellante ha dedotto:

- 1) inesistenza dei presunti addebiti; inesistenza di responsabilità o imputabilità del concessionario; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del decreto ministeriale 12 marzo 2004, nr. 86; inesistenza di inadempimento; difetto di motivazione; illogicità e contraddittorietà; violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. in tema di disponibilità e valutazione delle prove (in relazione al fraintendimento dell'esatto contenuto degli obblighi incombenti al concessionario in tema di collegamento alla rete degli apparecchi, nonché alla mancata considerazione delle difficoltà tecniche e operative – documentate in giudizio e ben note all'Amministrazione – che avevano caratterizzato la fase di avvio dell'attività, e infine alle specifiche osservazioni formulate nel ricorso introduttivo con riferimento a ciascuna delle tre penali applicate);
- 2) eccesso di potere per errore nei presupposti, illogicità e contraddittorietà; violazione della convenzione e degli obblighi conformativi al giudicato (in relazione alla mancata dimostrazione dell'esistenza di un danno per l'Amministrazione, e in ogni caso alla arbitraria quantificazione delle penali applicate, anche alla luce di una precedente sentenza di annullamento di precedenti atti applicativi di sanzioni da parte del medesimo T.A.R. del Lazio);
- 3) erroneità e illegittimità della sentenza appellata per omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su specifici motivi di

ricorso (in relazione ai vizi, pure lamentati nell'atto introduttivo del giudizio, di: illogicità, contraddittorietà, difetto di motivazione sotto altro profilo; difetto di motivazione, violazione del giudicato rappresentato dalla sentenza nr. 3174 del 2008 del T.A.R. del Lazio; eccesso di potere per sviamento; errore e travisamento dei presupposti; manifesta contraddittorietà e illogicità; manifesta illogicità e contraddittorietà per diverso profilo; ulteriore profilo di illogicità e di sviamento; mancata corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato in ordine alla richiesta di riduzione della penale).

In via istruttoria, la appellante ha chiesto disporsi consulenza tecnica d'ufficio per accertare l'incidenza delle difficoltà tecniche evidenziate sull'avvio del servizio e, quindi, la non imputabilità al concessionario degli inadempimenti riscontrati dall'Amministrazione.

Si sono costituiti il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, contestando analiticamente la fondatezza delle doglianze articolate nell'appello e concludendo per la conferma della sentenza di primo grado.

All'esito della camera di consiglio del 9 marzo 2010, questa Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata.

All'udienza del 23 novembre 2010, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'odierna appellante, B Plus Giocolegale Ltd (già Atlantis World

Giocolegale Ltd) è risultata aggiudicataria del servizio pubblico di attivazione e conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento, all'esito di procedura selettiva indetta dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ai sensi dell'art. 39, comma 12, del decreto legge 30 settembre 2003, nr. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003, nr. 326.

Nella predetta qualità, la società istante ha stipulato con l'A.A.M.S. apposita Convenzione di concessione, con la quale si è impegnata – tra l'altro – a collocare sul mercato e gestire gli apparecchi da gioco forniti dall'Amministrazione, e quindi a raccogliere il residuo delle giocate, versandone all'Erario il 12 % a titolo di prelievo unico erariale e corrispondendo altresì un canone di concessione pari allo 0,8 %.

Tuttavia, nella fase di avvio dell'attività si sono registrati dei ritardi nell'installazione e nel collegamento degli apparecchi alla rete telematica, al punto da indurre l'Amministrazione ad irrogare alla concessionaria una serie di penali in applicazione dell'art. 27 della Concessione.

Impugnati i provvedimenti applicativi delle ridette sanzioni, il T.A.R. del Lazio con una prima sentenza (nr. 3174 del 23 gennaio 2008) li ha annullati, ritenendo violati i principi di ragionevolezza e proporzionalità a causa della predeterminazione delle penali in misura fissa, senza alcun margine di valutazione della gravità

dell'inadempimento che ne legittimava l'irrogazione.

La fase successiva a questo primo pronunciamento giurisdizionale è stata caratterizzata:

a) dal sopravvenire di un Atto aggiuntivo alla Convenzione, nel quale – fra l'altro – si è provveduto a modificare le disposizioni relative alla quantificazione delle penali di cui al citato art. 27, prevedendosene una “modulazione” rimessa all'Amministrazione in ragione della gravità e dell'entità delle violazioni ravvisate;

b) dalla reiterazione delle suddette penali attraverso i provvedimenti qui censurati, con i quali esse sono state irrogate in misura più contenuta rispetto a quanto fatto in precedenza.

In particolare, sono state sanzionate tre condotte ritenute concretanti inadempimento di precisi obblighi rivenienti dalla Convenzione di concessione: mancato collegamento di almeno il 5 % degli apparecchi da gioco indicati nella dichiarazione iniziale entro il settantacinquesimo giorno dalla data di pubblicazione in *Gazz. Uff.* dell'elenco dei concessionari (art. 3, comma 1, lettera *b*), sanzionato dall'art. 27, comma 2, lettera *b*); mancato completamento dell'attivazione della rete, mediante collegamento del 95 % degli apparecchi, entro il 31 ottobre 2004 (art. 3, comma 1, lettera *d*), e commi 2 e 3, sanzionato dall'art. 27, comma 2, lettera *b*); mancato collegamento del residuo 5 % degli apparecchi entro il 31 dicembre 2004 (art. 3, comma 3, sanzionato dall'art. 27, comma 2, lettera *a*).

Investito del nuovo ricorso proposto dalla concessionaria, il T.A.R.

del Lazio con la sentenza qui impugnata ha ritenuto insussistenti i vizi denunciati, affermando che l'Amministrazione avrebbe correttamente scrutinato la situazione di fatto e congruamente e ragionevolmente motivato in relazione all'entità e gravità degli inadempimenti, con ciò giustificando la concreta quantificazione delle penali.

2. Tutto ciò premesso, l'appello è fondato e va conseguentemente accolto.

3. In via preliminare, s'impone peraltro una premessa metodologica.

La presente controversia, invero, concerne una vicenda inerente alla fase esecutiva di un rapporto convenzionale tra l'Amministrazione e la società istante, avente a oggetto l'affidamento di un servizio pubblico; in quanto tale, essa indubbiamente rientra nella sfera di cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 11, comma 5, della legge 7 agosto 1990, nr. 241 (nonché, oggi, anche dell'art. 133, comma 1, lettera a), nr. 2, cod. proc. amm.).

Se ciò è vero, vanno prese con estrema cautela le affermazioni dell'Amministrazione appellata, le quali sembrano echeggiare in alcuni passaggi della sentenza di primo grado, secondo cui anche in tale fase esecutiva sussisterebbe una "*discrezionalità*" dell'Amministrazione nella valutazione, alla stregua dell'interesse pubblico che il rapporto convenzionale è finalizzato a perseguire, dei presupposti legittimanti l'irrogazione delle penali previste dalla

Convenzione medesima.

Tali rilievi possono essere condivisi se con essi s'intende semplicemente richiamare i noti principi dottrinali e giurisprudenziali in ordine all'irriducibilità a logiche esclusivamente privatistiche degli accordi ex art. 11 della legge nr. 241 del 1990 (essendo evidente che gli interessi di matrice pubblicistica cui sono preordinati sono destinati inevitabilmente anche a condizionarne l'esecuzione); non anche qualora si voglia implicitamente sostenere che l'esecuzione di detti accordi sia in linea di principio sottratta alle comuni regole civilistiche in tema di adempimento-inadempimento nonché di obblighi di buona fede delle parti del contratto (art. 1375 c.c.), ovvero che *in subiecta materia* sussista sempre in capo alla parte-Amministrazione un margine di apprezzamento che sfugge al sindacato giurisdizionale.

Al contrario, la Sezione ha anche di recente ribadito che la persistenza, pur nell'ambito di un rapporto convenzionale, di un potere discrezionale del soggetto pubblico non vale di per sé a escludere (dato l'intimo intreccio di situazioni giuridiche soggettive a diverso livello di protezione tipico degli accordi di cui all'art. 11 della legge nr. 241 del 1990, situazioni costituenti nel loro complesso esattamente il tipo di problemi alla cui risoluzione è volta la previsione della giurisdizione esclusiva *in subiecta materia*) che il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorché una parte del rapporto

contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, nr. 2568).

Nel caso di specie, malgrado la previsione delle penali sia indubbiamente connessa all'esigenza di favorire un celere avvio del servizio pubblico oggetto di affidamento, davvero non si comprende il perché non dovrebbero trovare piena e integrale applicazione le regole civilistiche in materia di imputabilità dell'inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa sanzione; a ben vedere, è stata proprio un'applicazione di tali principi – sia pure larvata – a indurre lo stesso T.A.R. del Lazio, in occasione dell'impugnazione dei primi atti applicativi delle panali, a giudicare illegittima l'originaria commisurazione delle penali “in cifra fissa”, sganciata da qualsiasi considerazione dell'entità e della gravità dell'inadempimento.

4. Ancora preliminarmente, va esaminata l'ampia e articolata istanza con la quale la parte appellante ha chiesto disporsi consulenza tecnica proprio al fine di accertare l'effettiva sussistenza di problemi tecnici nella fase di avvio del servizio *de quo*, la loro incidenza sulle attività svolte e la conseguente non imputabilità alla concessionaria dei ritardi e inadempimenti lamentati dall'Amministrazione.

Detta istanza va respinta, atteso che l'attività istruttoria richiesta si appalesa in parte superflua, in parte inconferente e in parte addirittura ultronea rispetto alle conclusioni che la Sezione ritiene di raggiungere nel senso – come detto – della fondatezza della

domanda attorea.

Innanzitutto, buona parte dei fatti e delle circostanze che parte appellante chiede accertarsi mediante la chiesta C.T.U. possono darsi per pacifici, non essendo affatto contestati da controparte (è il caso, ad esempio, dei difetti costruttivi riscontrati sui primi apparecchi da gioco prodotti nel 2004): al riguardo, il contrasto tra le parti verte non sulla realtà storica di tali fatti, ma sull'effettiva incidenza che essi avrebbero avuto sui contestati inadempimenti contrattuali, assumendo la appellante che essi sarebbero tali da escludere *in toto* ogni responsabilità del concessionario, mentre secondo l'Amministrazione essi inciderebbero esclusivamente sulla gravità degli addebiti ovvero sarebbero del tutto irrilevanti (come nel caso delle modifiche tecniche introdotte nel 2007, che, per l'Amministrazione, sarebbero palesemente estranee al giudizio, in quanto successive agli inadempimenti per cui è causa, mentre, per parte appellante, costituirebbero la prova *ex post* dell'inadeguatezza originaria degli apparecchi).

Ciò premesso, è evidente che l'apprezzamento in ordine all'incidenza dei problemi tecnici segnalati – se cioè questi siano tali da escludere del tutto l'imputabilità dei ritardi, ovvero valgano solo a ridimensionarne la gravità – è riservato al Giudice e non può certo essere rimesso a un consulente tecnico.

Altrettanto è a dirsi per l'interpretazione delle clausole della Convenzione, e segnatamente quanto al significato da dare alla

nozione di apparecchio “*collegato*”, ai fini della verifica della sussistenza o meno degli ipotizzati inadempimenti, trattandosi di attività intesa alla corretta individuazione del contenuto della Convenzione medesima (e, quindi, di quanto “voluto” dalle parti di essa), che è interamente riservata al Giudice.

Infine, per alcuni dei punti di cui si chiede l’approfondimento, appare *prima facie* condivisibile la replica dell’Amministrazione appellata in ordine alla loro manifesta inconferenza rispetto al *thema decidendum* è il caso, in particolare, dell’iniziale indisponibilità della connessione ADSL e del conseguente impiego di quella GPS, laddove è convincente il rilievo di parte appellata secondo cui, anche a voler accogliere la più rigorosa impostazione secondo cui per apparecchio “*collegato*” era da intendersi un apparecchio effettivamente connesso alla rete telematica (e salvo quanto appresso si dirà specificamente sul punto), tale collegamento avrebbe potuto dirsi esistente nel momento in cui l’apparecchio fosse stato idoneo a trasmettere anche un solo messaggio, con conseguente rilevanza marginale – almeno in tale momento – della maggiore o minore efficienza e velocità della connessione.

5. Passando ora all’esame degli specifici motivi d’appello, conviene principiare dal secondo di essi, nella parte in cui si assume l’insussistenza nella fattispecie del presupposto di un effettivo danno per l’Amministrazione quale conseguenza dei lamentati ritardi e inadempimenti della concessionaria.

5.1. Sul punto, il primo giudice si dilunga con ampie osservazioni in ordine alla natura e alla funzione della previsione in Convenzione di clausole penali, le quali avrebbero lo scopo, procedendo a una liquidazione anticipata e “forfettaria” del danno risarcibile, di esonerare l’Amministrazione dall’onere di fornire la prova esatta del *quantum* di esso.

Trattasi di rilievi del tutto condivisibili, i quali tuttavia lasciano impregiudicata la questione, che indubbiamente precede sul piano logico il problema della quantificazione del danno risarcibile, della necessità di provarne l’*anz*, ossia di allegare e dimostrare che la condotta della controparte contrattuale dell’Amministrazione, ancorché in ipotesi violativa di specifici obblighi sanciti dalla Convenzione, abbia cagionato al soggetto pubblico un effettivo pregiudizio.

5.2. Al riguardo, la Sezione reputa pienamente condivisibile l’interpretazione fornita da parte appellante delle previsioni convenzionali, quali risultanti all’esito dell’Atto aggiuntivo e delle modifiche del 2007, nel senso che per l’irrogazione delle penali è necessario comunque che sussista un danno oggettivo per l’Amministrazione.

Ed invero, come già accennato e incontestato *inter partes*, a seguito della prima applicazione delle penali in misura fissa (poi annullata dal T.A.R. capitolino) in sede parlamentare si ritenne, anche sulla scorta di un parere espresso da questo Consiglio di Stato in sede consultiva,

di introdurre modifiche alla Convenzione *in parte qua*, prevedendosi che l'applicazione delle penali fosse non automatica ma eventuale e che questa restasse comunque soggetta al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

In particolare, il già citato art. 27 fu modificato testualmente nel senso che l'irrogazione delle predette penali avvenisse "*secondo principi di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto all'inadempimento accertato ed al danno effettivamente arrecato*".

Orbene, non può dubitarsi che tale disposizione non si esaurisca nell'imporre all'Amministrazione di commisurare il *quantum* della sanzione all'entità e alla gravità dell'inadempimento ma, prima ancora, subordini lo stesso esercizio del potere sanzionatorio al presupposto della sussistenza di un concreto e oggettivo pregiudizio per l'Amministrazione medesima (come significativamente evidenziato dall'avverbio "*effettivamente*").

5.3. Ciò premesso, parte appellante assume l'insussistenza di un qualsivoglia danno erariale per l'Amministrazione, adducendo i dati numerici relativi ai consistenti e relevantissimi introiti che il servizio ha comunque portato alle casse erariali nel medio periodo, una volta entrato a regime; a ciò la difesa erariale replica che "*non è possibile identificare semplicisticamente il danno arrecato dai ritardi nell'attuazione della rete telematica nel danno erariale in relazione all'eventuale mancato conseguimento delle entrate tributarie – come asserisce il ricorrente – ma nel pregiudizio alla realizzazione dell'interesse pubblico perseguito da AAMS in*

tale comparto".

Tale affermazione è in via di principio da condividere, salvo però ad aggiungere che il pregiudizio all'interesse pubblico, per dar luogo a danno risarcibile all'interno di un rapporto convenzionale, deve pur sempre concretarsi in una specifica e apprezzabile lesione patrimoniale, ciò che nella specie non è.

Ed invero, nelle sue pur ampie e articolate deduzioni difensive la difesa erariale non dimostra – e, per la verità, neppure afferma in modo chiaro ed esplicito – che gli inadempimenti contestati alla concessionaria abbiano avuto un'incidenza causale determinante, anche a titolo di semplice concorso, nel ritardo che ha connotato in generale l'avvio del servizio pubblico di raccolta e gestione telematica del gioco lecito mediante gli apparecchi per cui è causa; e anzi, molteplici circostanze di fatto, allegate e documentate dall'appellante e non smentite *ex adverso*, inducono piuttosto a ritenere il contrario.

5.4. Innanzi tutto, non appaiono smentite nella loro sostanza due affermazioni di fondo su cui si regge la prospettazione della parte odierna appellante, e segnatamente:

a) che l'attivazione del servizio oggetto di affidamento presupponeva la realizzazione di una rete telematica senza precedenti al mondo, destinata a unificare in un unico sistema di controllo centinaia di migliaia di apparecchi da gioco, e che pertanto le parti erano consapevoli della inevitabile necessità di una fase di sperimentazione in coincidenza con l'avvio dell'attività (c.d. *start up*);

b) che, proprio durante tale fase, si presentarono una serie di problemi imprevisti e imprevedibili, di ordine sia tecnico che amministrativo, tali da coinvolgere in modo indifferenziato tutte le società concessionarie e da determinare un ritardo generalizzato nell'inizio del servizio pubblico rispetto alle previsioni.

Più specificamente, per quanto concerne le difficoltà di ordine tecnico, risulta che un gran numero di apparecchi inizialmente omologati dall'Amministrazione si rivelarono in pratica inadatti a stabilire una valida interconnessione in rete, costringendo la stessa A.A.M.S. a introdurre, attraverso il proprio *partner* tecnologico, SO.GE.I. S.p.a., numerose modifiche tecniche accompagnate da istruzioni e "specifiche" rivolte ai concessionari, con i quali in sostanza si instaurò un rapporto di sperimentazione *in progress* sia degli apparecchi che dei relativi sistemi di comunicazione.

È appena il caso di sottolineare come le richiamate difficoltà siano dipese dal fatto che gli apparecchi inizialmente forniti non erano stati testati "sul campo" e che i concessionari erano del tutto estranei alla predisposizione degli apparecchi e del relativo *software*, trattandosi di attività istituzionalmente riservata alla A.A.M.S. ed alla menzionata SO.GE.I. S.p.a.: pertanto, anche a seguito delle iniziali difficoltà di cui si è detto, l'odierna appellante e gli altri concessionari rimasero sostanzialmente "soggetti passivi" delle modifiche che l'Amministrazione ritenne di introdurre.

Quanto ai problemi di natura giuridico-amministrativa, questi

dipesero essenzialmente dalle resistenze incontrate nel sostituire il nuovo sistema, incentrato sulla gestione centralizzata del servizio in capo ai pochi concessionari statali (fra cui l'istante), a quello precedente, che era basato sul rilascio di nulla-osta di esercizio ai distributori degli apparecchi, che venivano poi da costoro forniti ai titolari degli esercizi abilitati a gestire il gioco lecito.

In sostanza, i suddetti gestori degli apparecchi, in luogo dei nulla-osta previsti dalla previgente disciplina, erano tenuti a stipulare apposito contratto con i nuovi concessionari, destinati a divenire nel nuovo assetto gli unici interlocutori dell'Amministrazione; tuttavia, per difetto di informazione sulla nuova normativa, accadde che essi gestori tardarono a procedere a tali adempimenti, al punto di indurre l'Amministrazione a prorogare la validità dei nulla-osta provvisori che erano stati rilasciati nelle more della stipula dei nuovi contratti con i concessionari.

Inoltre, gli esercenti dei pubblici esercizi ove erano materialmente allocati gli apparecchi già in funzione a loro volta ostacolarono l'entrata a regime del nuovo sistema, opponendosi all'attivazione dei nuovi punti rete cui avrebbero dovuto essere collegati gli apparecchi gestiti dai concessionari e seguitando per lungo tempo a impiegare le vecchie *slot machines* loro affidate.

Appare evidente che la risoluzione di questi problemi non poteva essere considerata dall'Amministrazione compito esclusivo dei concessionari (ai quali peraltro, come sottolineato dalla appellante e

non contestato *ex adverso*, non erano stati conferiti neanche poteri pubblicitici di accesso ai locali degli esercenti e di ritiro dei nulla-osta precedenti).

5.5. A fronte della situazione appena descritta, che – lo si ripete – non è stata affatto smentita nella sua realtà storica dall'Amministrazione odierna appellata, è estremamente verosimile concludere che gli inadempimenti contrattuali imputati ai concessionari (e, per quanto qui interessa, alla B Plus Giocolale Ltd), al di là della loro maggiore o minore scusabilità, non abbiano inciso in alcun modo sull'eventuale ritardo nell'avvio del servizio pubblico oggetto di concessione: nel senso che quel ritardo dipese da una molteplicità di fattori, in larga misura certamente estranei alla sfera di controllo dei contraenti privati, tale da rendere quanto meno arduo ipotizzare un concorso causale determinante di condotte od omissioni imputabili a questi ultimi.

6. Le considerazioni che precedono inducono altresì a un'ulteriore considerazione, stavolta con riferimento al profilo – oggetto del primo motivo di appello - dell'imputabilità alla società odierna appellante degli inadempimenti per i quali sono state poi irrogate le penali per cui è causa.

Infatti, si è visto che la maggior parte delle difficoltà, sia tecniche che amministrative, le quali presumibilmente incisero sulla tempistica e sulla funzionalità del servizio in concessione, derivavano da fattori certamente non ascrivibili a responsabilità del concessionario, il quale

poteva a buon diritto presumere di iniziare la propria attività in esecuzione della Convenzione in un momento in cui i principali problemi sarebbero stati già risolti *a monte* dall'Amministrazione concedente.

Al riguardo, appare invero eccessivamente semplicistica l'affermazione del primo giudice secondo cui, proprio perché erano ben note alle parti le peculiari e forse uniche difficoltà tecniche che avrebbero connotato la realizzazione del nuovo sistema, ciò avrebbe dovuto indurre la società istante a tenerne conto già in sede di procedura selettiva, formulando un'offerta che risultasse idonea a consentirle di far fronte alle predette difficoltà (sia quanto agli aspetti economico-finanziari che a quelli inerenti ai tempi e alle modalità di avvio del servizio).

In realtà, se è vero che già *a priori* erano genericamente ipotizzabili grosse difficoltà tecniche per la fase di *start up*, tuttavia proprio la mancanza al mondo di precedenti costituiti da una rete telematica di tali dimensioni ne rendeva palesemente imprevedibile l'esatta entità e consistenza, come dimostrato dal fatto che la stessa Amministrazione si mostrò fin dall'inizio consapevole della necessità di procedere a una sperimentazione "in corso d'opera": segno che non solo la concessionaria, ma neanche la stessa A.A.M.S. poteva avere piena contezza di quanti e quali sarebbero potuti essere i problemi che sarebbero insorti nell'ormai più volte citata fase di *start up*.

7. I rilievi fin qui svolti, evidenziando l'assenza di prova della sussistenza di un danno effettivo per l'Amministrazione, nonché la presumibile non imputabilità alla appellante delle cause dei ritardi registrati, potrebbero essere già sufficienti per un accoglimento della prospettazione attorea.

Tuttavia, ad essi può aggiungersi che appaiono in gran parte fondate anche le ulteriori censure, sviluppate nel primo motivo di appello, con le quali si tende a negare la stessa sussistenza degli inadempimenti lamentati.

7.1. In primo luogo, per quanto concerne la violazione consistente nel mancato rispetto del termine di 75 giorni previsto dall'art. 3, comma 1, lettera *b*), della Convenzione per il collegamento del 5 % degli apparecchi di cui alla dichiarazione iniziale del contraente, è vero – come rappresentato dalla appellante – che il *dies a quo* di tale termine, individuato dalla stessa disposizione nella pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell'elenco dei concessionari, di fatto precedette la stessa stipula della Convenzione: infatti, quest'ultima fu sottoscritta in data 15 luglio 2004, mentre la pubblicazione era avvenuta già in data 30 giugno 2004.

Al riguardo, non possono non soccorrere i già richiamati principi civilistici di buona fede contrattuale, in virtù dei quali deve ritenersi che nessun adempimento poteva esigersi dalla società istante finché questa non avesse formalmente assunto la veste di concessionaria: con la conseguenza che il ritardo poi riscontrato, essendo in parte

determinato dall'evidenziato scarto temporale, viene a essere alquanto ridimensionato nella sua gravità (e ciò in disparte quanto già ampiamente illustrato in ordine all'assenza di danno effettivo per l'Amministrazione).

7.2. Ciò che più conta, con riferimento alle ulteriori e più gravi violazioni imputate all'istante, consistenti nel mancato collegamento di apparecchi rispettivamente entro il 31 ottobre e il 31 dicembre 2004, va condivisa la tesi di parte appellante, secondo cui nell'interpretazione della nozione di "collegamento" ai fini che qui interessano occorre tener conto delle modifiche alla Convenzione introdotte con l'Atto aggiuntivo del 2007, e in particolare del "Nomenclatore Unico" a questo allegato.

In quest'ultimo atto sono state inserite le seguenti definizioni tecniche:

"...apparecchio/i collegato/i, indica l'apparecchio di gioco, già fornito di nulla osta e, dunque, registrato nelle banche dati di AAMS e sottoposto alla disciplina autorizzatoria e tributaria degli apparecchi di gioco

...apparecchio/i attivato/i indica l'apparecchio di gioco installato in un esercizio, per il quale, successivamente alla connessione, è possibile estrarre per la prima volta e trasmettere al sistema di elaborazione tutti i dati di funzionamento e di gioco registrati a decorrere dall'inizializzazione dell'apparecchio stesso

...apparecchio/i connesso/i indica l'apparecchio di gioco, collegato ed attivato, in condizione di trasmettere al sistema di elaborazione, sulla base di quanto previsto dal capitolato tecnico, i dati di funzionamento e di gioco".

Ciò premesso, la tesi di parte appellante è che, dovendosi intendere la nozione di apparecchio “collegato” nel senso sopra richiamato, era sufficiente che alle date suindicate gli apparecchi fossero muniti di nulla osta di esercizio, censiti e regolarmente registrati dalle banche dati del concessionario: ciò che in effetti è avvenuto, a prescindere dai problemi relativi all’attivazione e alla successiva connessione, di modo che nella specie andrebbe escluso qualsivoglia inadempimento alle ricordate prescrizioni convenzionali.

Il primo giudice non ha condiviso tale impostazione, adottando una nozione di collegamento in sostanza coincidente con quella di “attivazione” sopra richiamata: ciò sulla base di un’interpretazione teleologica della previsione contrattuale, nel senso di attribuire ad essa il significato più idoneo a garantire un’utilità per l’Amministrazione (utilità evidentemente consistente nell’idoneità degli apparecchi a consentire la raccolta e trasmissione di dati relativi al gioco).

Tuttavia, sono proprio i comuni principi, più volte richiamati, in materia di interpretazione dei contratti a impedire il ricorso a criteri ermeneutici extratestuali laddove il “voluto” delle parti risulti chiaro e inequivoco sulla base dei parametri letterale e sistematico; e, nel caso di specie, nessun elemento testuale suscita incertezze nella ricostruzione della volontà delle parti, sì da giustificare un’interpretazione delle clausole *de quibus* che non solo travalichi lo stretto significato letterale, ma addirittura prescinda proprio da quelle

definizioni che le parti avevano inteso aggiungere al testo originario a maggiore garanzia della chiarezza nella fase esecutiva del rapporto.

A ciò può aggiungersi che fu proprio la A.A.M.S., in sede di audizione parlamentare in occasione delle risoluzioni prese a seguito delle iniziali difficoltà operative, a sposare espressamente l'interpretazione oggi propugnata dalla appellante, assumendo che le concessionarie non avevano di che preoccuparsi per le ridette difficoltà, in quanto per soddisfare le previsioni convenzionali non sarebbe stata necessaria la connessione telematica degli apparecchi alla rete, ma soltanto il loro collegamento ai sistemi di gestione automatizzata implementati dai concessionari medesimi (cfr. verbale di audizione dell'11 ottobre 2007, allegato 35 all'appello).

Infine, anche a voler entrare nell'ordine di idee del T.A.R., non va trascurato quanto sostenuto da parte appellante – e non smentito *ex adverso* –, e cioè che anche il “collegamento” degli apparecchi, nel senso della richiamata definizione del “Nomenclatore Unico”, costituiva attività idonea ad assicurare all'Amministrazione un'utilità ben precisa, in quanto pure il semplice collegamento in rete avrebbe consentito la rilevazione dei dati di gioco e il loro invio alla A.A.M.S., ancorché in tempi e con modalità diverse da quelle previste per il sistema “a regime”.

8. Tutto quanto fin qui rilevato, essendo ampiamente sufficiente a escludere sotto vari profili la sussistenza dei presupposti convenzionali per l'irrogazione delle penali per cui è causa, e quindi a

fondare una decisione di accoglimento della domanda di parte appellante, esonera la Sezione dall'esame delle ulteriori e più specifiche doglianze formulate da quest'ultima in ordine a specifici aspetti delle violazioni contestate dall'Amministrazione (oltre che – come è ovvio – alla quantificazione delle sanzioni applicate).

9. Alla soccombenza segue la condanna alle spese per entrambi i gradi del giudizio, che vengono equitativamente liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo e annulla gli atti con lo stesso impugnati.

Condanna il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, in solido, al pagamento in favore della appellante delle spese di entrambi i gradi del giudizio, che liquida in euro 6000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Anna Leoni, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2010

IL SEGRETARIO

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