

Consiglio di Stato, Sezione 4
Sentenza 13 febbraio 2017, n. 602

Integrale
Interventi edilizi - Certificato di abitabilità - Illecito extracontrattuale della PA - Elementi costitutive

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Quarta

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9020 del 2012, proposto dal Comune di (omissis), in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Ro. Ve., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...);

contro

An. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati An. Re. D'A. e Ch. Re. D'A., con domicilio eletto presso quest'ultimo difensore in Roma, viale (...);

sul ricorso numero di registro generale 2875 del 2016, proposto dalla An. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Ch. Re. D'A., con domicilio eletto presso il medesimo difensore in Roma, viale (...);

contro

Comune di (omissis), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Ro. Ve. C.F. (omissis), con domicilio eletto presso Ro. Ve. in Roma, via (...);

per la riforma

quanto al ricorso n. 9020 del 2012:

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, sezione II ter, n. 8035/2012, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 2875 del 2016:

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, sezione II ter, n. 108/2016, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della An. s.r.l. e del Comune di (omissis);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2017 il consigliere Giuseppe Castiglia;

Uditi per le parti gli avvocati Ro. Ve. e Ch. Re. D'A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società An. s.r.l. è proprietaria di un complesso immobiliare nel Comune di (omissis), oggetto del permesso di costruire n. 27 del 15 marzo 2005, rilasciato alla dante causa società G.P. Im. s.r.l. per la realizzazione di un complesso turistico ricettivo denominato "Re. Le Pi.", e delle successive d.i.a. in variante presentate dalla An. il 24 luglio e il 3 ottobre 2008, il 14 maggio 2009 e 22 settembre 2009, per la destinazione - da ultimo - del seminterrato a hotel e a uso turistico-ricettivo extralberghiero dei piani terra, primo e secondo.
2. Su richiesta dell'Amministrazione l'ASL RM/G, dopo un primo riscontro negativo (parere n. 8297 del 15 giugno 2009), cui hanno fatto seguito nuove iniziative della parte interessata e del Comune, ha rilasciato il parere igienico-sanitario n. 5324 del 23 novembre 2009, recante prescrizioni relative al piano seminterrato, cui la società si è adeguata.
3. Con istanza del 29 marzo 2010 la società ha chiesto al Comune il rilascio del certificato di agibilità per il fabbricato e con ulteriori istanze del 30 dicembre 2010 e del 22 febbraio 2011 ha chiesto due distinte autorizzazioni amministrative necessarie per svolgere le predette attività recettive, allegando un'autodichiarazione di agibilità (a norma dell'art. 25, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 - c.d. testo unico dell'edilizia; d'ora in poi: t.u.) sul presupposto dell'avvenuta formazione del silenzio-assenso sulla precedente richiesta. Il Comune ha chiesto all'ASL il rilascio del parere tecnico-sanitario per i predetti usi.
4. Con nota n. 5089/8528 del 17 maggio 2011 del Dipartimento competente l'Amministrazione comunale ha comunicato che l'iter della richiesta di agibilità non avrebbe potuto proseguire perché: I) le schede di accatastamento (relative ad appartamenti di civile abitazione - (omissis) e non a complesso recettivo da collocare in categoria (omissis)) non sarebbero state conformi a quanto autorizzato; II) il parere igienico-sanitario dell'ASL n. 5324/2009, richiamato nell'autodichiarazione allegata alla richiesta, avrebbe riguardato il solo piano seminterrato.
5. La società ha impugnato la nota comunale, chiedendone l'annullamento e il risarcimento del danno sofferto.
6. Con sentenza 24 settembre 2012, n. 8035, il T.A.R. per il Lazio, sez. II ter, ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento impugnato, condannando l'Amministrazione al risarcimento del danno, al pagamento delle spese di giudizio e alla rifusione del contributo unificato versato dalla controparte.
7. Il Tribunale regionale ha ritenuto che:
 - a) l'atto impugnato avesse determinato un arresto procedimentale sine die di entrambi i procedimenti avviati dalla società (per il rilascio del certificato di agibilità, l'altro delle autorizzazioni amministrative occorrenti per l'esercizio delle attività di gestione), avesse carattere lesivo dell'interesse della ricorrente e fosse perciò autonomamente impugnabile;
 - b) il ricorso fosse diventato improcedibile rispetto alla richiesta di agibilità del piano seminterrato, relativamente alla destinazione alberghiera, avendo il Comune rilasciato il relativo certificato in pendenza di giudizio; continuerebbe peraltro a mancare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività recettiva;
 - c) sull'istanza di rilascio del certificato di agibilità si fosse formato il silenzio-assenso per il decorso del termine di legge (ai sensi dell'art. 25, comma 4, t.u.), attesa la sussistenza dei requisiti normativamente prescritti ai fini del rilascio (idoneità del classamento catastale in categoria (omissis) e carattere incondizionatamente positivo dal parere dell'ASL in ordine ai piani diversi dal seminterrato);
 - d) una volta perfezionatosi il silenzio-assenso, l'Amministrazione avrebbe solo potuto procedere, nella sussistenza dei presupposti di legge, all'annullamento in autotutela del certificato implicito di agibilità;
 - e) del pari si fosse formato - in applicazione dei regolamenti emanati in materia dalla Regione Lazio (n. 16 e n. 17 del 2008) - il silenzio-assenso sulla domanda di autorizzazione all'esercizio delle attività recettive alberghiere ed extralberghiere;
 - f) acclarati la colpa dell'Amministrazione resistente e il nesso di causalità, fosse integrata la fattispecie del danno risarcibile, per la liquidazione del quale ha indicato i criteri da seguire a norma dell'art. 34, comma 4, c.p.a.
8. Il Comune di (omissis) ha interposto appello contro la sentenza (n. r.g. 2012/9020) con quattro motivi di ricorso:

a) la nota impugnata, espressamente definita come "interruttiva", sarebbe un mero atto endoprocedimentale, non definitivo e non impugnabile in quanto, in applicazione dell'art. 24, comma 4, t.u. (che configurerebbe una forma di silenzio-assenso o di legittimazione ex lege), la società avrebbe potuto dar corso alla propria attività senza necessità dell'autorizzazione comunale;

b) a norma dell'art. 25 t.u., che il primo giudice avrebbe male interpretato, in sede di rilascio del certificato di agibilità il Comune dovrebbe valutare sia l'aspetto igienico-sanitario che la conformità urbanistica, mentre nella specie il parere dell'ASL sarebbe parziale e l'accatastamento fornito dalla richiedente attinente alla tipologia di civile abitazione - (omissis) in luogo della necessaria destinazione commerciale-direzionale-turistica - (omissis);

c) il parere dell'ASL più volte richiamato riguarderebbe solo la porzione interrata dell'immobile, con conseguente impossibilità di formazione del provvedimento tacito di agibilità;

d) mancherebbero i presupposti della responsabilità civile, specie rispetto alla controversa ricostruzione di un elemento di fatto (il contenuto del parere dell'ASL).

9. La società An. ha resistito all'appello con controricorso (con cui ha replicato agli argomenti del Comune) e appello incidentale (con riferimento a talune voci di danno non riconosciute dalla sentenza di primo grado: domanda del riconoscimento di interessi e rivalutazione monetaria sino all'effettivo pagamento, domanda di liquidazione del danno da ritardo, periodo di riferimento del danno da attività illegittima, richiesta di condanna della parte soccombente ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., nel testo dell'epoca).

10. In seguito (23 dicembre 2016 e 3 gennaio 2017) la società An. ha depositato documentazione varia, relativa alla sentenza 5 gennaio 2016, n. 108, emessa dal T.A.R. per il Lazio, sez. II ter, sul ricorso per l'ottemperanza della decisione qui impugnata, con copia degli inviti e delle diffide indirizzate al Comune al riguardo.

11. In pendenza del presente appello la società An., infatti, ha agito per l'ottemperanza della sentenza del T.A.R. n. 8035/2012, non sospesa e pertanto esecutiva, chiedendone la piena e corretta esecuzione con l'annullamento delle note comunali n. 6317 del 29 aprile 2015, e n. 264 del 13 maggio 2015.

12. Espone la società di avere stipulato con la cooperativa In. un contratto preliminare di affitto dell'immobile in questione, sottoposto a condizione dell'avvenuta aggiudicazione (poi in effetti verificatasi) alla stessa In. di una gara indetta dalla Prefettura di Roma per l'individuazione di un immobile da destinare a dimora di prima accoglienza per l'emergenza sociale di persone disagiate; con la nota n. 264/2015 il Comune avrebbe comunicato alla Prefettura l'assenza di agibilità della struttura, con la sola eccezione del piano interrato destinato a hotel; di conseguenza, con nota del 26 agosto 2015, la Prefettura avrebbe escluso dalla gara l'immobile della società, che avrebbe ingiustamente perso i corrispettivi pattuiti per il periodo di riferimento del bando.

13. Con la ricordata sentenza n. 108/2016, il T.A.R. capitolino ha ritenuto che:

a) la decisione ottemperanda sarebbe auto-esecutiva nella parte in cui ha dichiarato essersi formato per silenzio-assenso il titolo abilitativo richiesto dalla società;

b) nei rapporti con la Prefettura, il Comune avrebbe esposto la propria valutazione della situazione in contrapposizione a un accertamento non ancora definitivo, ma comunque già efficace;

c) la questione della legittimità e delle conseguenze degli atti intervenuti nel contesto di tali rapporti sarebbe estranea al giudizio di ottemperanza;

d) anche in mancanza di un accertamento definitivo, potrebbe richiamarsi l'orientamento dell'Adunanza plenaria (15 gennaio 2013, n. 2) sull'obbligo di leale esecuzione del giudicato e sul rilievo da darsi alle sopravvenienze, distinguendo fra situazioni giuridiche istantanee e durevoli;

e) il Sindaco di (omissis), nel rappresentare alla Prefettura l'asserita mancanza di agibilità dell'immobile senza fare alcun riferimento alla conclusione del giudizio di primo grado e alle conseguenti risultanze (con la nota n. 264/2015), avrebbe gravemente mancato ai propri doveri di leale collaborazione con la controparte;

f) le attività edilizie abusive asseritamente compiute dalla società non avrebbero comunque fatto decadere automaticamente - e cioè senza uno specifico provvedimento - il certificato di agibilità;

g) pur non avendo natura provvedimento, tale nota avrebbe valore di atto pubblico in senso oggettivo, produttivo di specifici effetti negativi sulla situazione giuridica della ricorrente, e concretizzerebbe elusione della sentenza.

Di conseguenze il Tribunale regionale:

a) ha accolto il ricorso in questa parte, sancendo l'obbligo per il Comune di correggere le informazioni fornite alla Prefettura e di formalizzare la proposta di risarcimento del danno secondo i criteri dettati dalla sentenza in esecuzione, con possibilità di subordinare l'erogazione delle somme alla conclusione del giudizio di appello;

b) ha respinto la domanda risarcitoria formulata nell'attuale giudizio, non potendosi prevedere l'esito della procedura, dopo la trasmissione delle informazioni corrette alla Prefettura, e l'incidenza sull'agibilità della struttura delle alterazioni contestate dal Comune con verbale di accertamento del 20 maggio 2015, sicché non vi sarebbe in concreto una certa possibilità o una chance che l'immobile potesse essere adibito al servizio indicato;

c) nell'ipotesi di inerzia del Comune, ha nominato sin d'ora un commissario ad acta, individuato nella persona del Segretario generale del Comune di (omissis), con oneri a carico dell'Amministrazione;

d) ha condannato il Comune al pagamento delle spese di lite.

14. La società An. ha interposto appello contro questa sentenza contestandola nella parte in cui ha respinto la richiesta risarcitoria (n. r.g. 2016/2875). Sussisterebbero invece tutti i presupposti della responsabilità civile: la colpa grave dell'Amministrazione per la mancata aggiudicazione del servizio, a causa di un atto certificativo in palese contrasto con l'accertamento contenuto in una sentenza; il nesso causale; il danno risarcibile in relazione al periodo previsto dal bando (1° maggio - 31 dicembre 2015), scaduto alla data di deposito della sentenza di ottemperanza, per un importo di euro 164.800 (corrispondenti all'importo di otto mensilità del canone di locazione pattuito), oltre a interessi e rivalutazione monetaria sino all'effettivo pagamento.

15. Il Comune di (omissis) ha spiegato appello incidentale avverso la decisione chiedendone la riforma con i motivi che seguono:

a) inammissibilità del ricorso di primo grado avverso le note comunali, laddove l'atto immediatamente lesivo sarebbe il provvedimento di esclusione adottato dalla Prefettura, che avrebbe dovuto essere impugnato sul presupposto degli effetti auto-esecutivi della sentenza n. 8035/2012 quanto alla sussistenza dell'agibilità dell'immobile;

b) ancora inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in ragione del ricordato carattere auto-esecutivo della sentenza ottemperanda, che non richiederebbe al Comune alcun comportamento esecutivo e che non potrebbe condizionarlo nei rapporti con altre Amministrazioni o con terzi;

c) carenza di motivazione della sentenza impugnata, che avrebbe trascurato l'onere del Comune di tener conto, ai fini dell'agibilità, della persistente conformità urbanistica dell'immobile, alla luce delle opere in difformità ultimate e accertate con verbale della polizia municipale del 20 maggio 2015;

Il Comune chiede infine la riforma del capo della sentenza impugnata relativo alle spese di giudizio, con addebito alla controparte o, in subordine, compensazione.

16. In esecuzione della sentenza n. 108/2016 il Comune, con nota n. 1189 del 29 gennaio 2016, ha comunicato alla Prefettura l'esistenza dell'agibilità dell'immobile in oggetto in relazione non solo al piano seminterrato, ma anche agli altri piani, per effetto della ricordata sentenza n. 8035/2012, peraltro appellata.

17. Le parti hanno in seguito depositato documentazione concernente, per la società, gli atti di significazione e diffida ad adempiere indirizzati al Comune e, per quest'ultimo, la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in via di autotutela del silenzio-assenso maturato sulla richiesta del certificato di agibilità dell'immobile, la relazione sui locali del fabbricato redatta, previo sopralluogo, dal Dipartimento tecnico in data 28 luglio 2016, la successiva ordinanza di demolizione delle opere edilizie realizzate in difformità e di ripristino dello stato dei luoghi (n. 191 del 12 dicembre 2016).

18. Con memoria depositata il 27 dicembre 2016 il Comune insiste sui propri argomenti e, rispetto alla richiesta risarcitoria dedotta con l'appello principale, osserva che la società non avrebbe contestato il fatto storico dell'avvenuto accertamento di attività edilizie non autorizzate e che la mancata aggiudicazione dell'appalto solo mediamente sarebbe riconducibile alla comunicazione n. 264/2015. Infatti sia la An. sia la sua controparte contrattuale avrebbero omesso di esperire gli strumenti di tutela previsti avverso l'esclusione, cosicché l'appellante non potrebbe legittimamente pretendere il risarcimento integrale per i corrispettivi non ricevuti, ma al massimo quello connesso alla perdita di una chance.

19. Con memoria depositata il 17 gennaio 2017, la società sostiene l'irricevibilità per tardività dell'appello incidentale, che sarebbe fuori termine anche se considerato come appello principale: la statuizione del primo giudice di parziale accoglimento del ricorso di primo grado sarebbe perciò passata in giudicato. In via cautelativa replica nel merito all'appello avversario; insiste sul proprio gravame, informa di avere impugnato o di accingersi a impugnare innanzi al T.A.R. i ricordati provvedimenti comunali (l'ordine di demolizione sarebbe stato adottato dopo che la An. aveva stipulato con la Croce Rossa un contratto per utilizzare l'immobile come centro di accoglienza per stranieri); osserva che l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del certificato dimostrerebbe l'agibilità del fabbricato; insiste sulla richiesta di risarcimento, che quantifica ora nei corrispettivi di cinque mesi di locazione, pari a euro 102.916,66.

20. All'udienza pubblica del 2 febbraio 2017, entrambi gli appelli (con l'assenso delle parti e sul presupposto del carattere maggiormente garantista della pubblicità) sono stati chiamati e trattenuti in decisione.

21. In via preliminare il Collegio:

a) riunisce gli appelli per la loro connessione soggettiva e oggettiva, trattandosi di successive scansioni della medesima vicenda intercorsa fra le stesse parti;

b) osserva che la ricostruzione in fatto, sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non è stata contestata dalle parti costituite ed è comunque acclarata dalla documentazione versata in atti. Di conseguenza, vigendo la preclusione posta dall'art. 64, comma 2, c.p.a., devono darsi per assodati i fatti oggetto di giudizio;

c) dichiara inammissibile per tardività la memoria prodotta dalla società An. - nell'ambito del giudizio n. r.g. 2012/9020 - il 3 gennaio scorso, dunque dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 73, comma 1, c.p.a.

d) dichiara irricevibile l'appello incidentale proposto dal Comune di (omissis) nell'ambito del giudizio n. r.g. 2016/2875, notificato oltre i termini e neppure idoneo a valere come appello principale, secondo la ricostruzione dei tempi fatta dalla società An. nella memoria del 17 gennaio 2017, non contestata, e confermata dall'esame degli atti.

(Ricorso n. r.g. 2012/9020)

22. E' infondato il primo motivo dell'appello, con il quale il Comune sostiene l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado in considerazione della natura di atto endoprocedimentale della nota impugnata.

22.1. Vero è che, in linea di massima, un atto endoprocedimentale non è impugnabile in via autonoma, in quanto la lesione della sfera giuridica del destinatario è di regola imputabile all'atto che conclude il procedimento (giurisprudenza costante: v. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2862).

22.2. Tuttavia questa regola generale subisce eccezioni in casi particolari, in relazione ad atti di natura vincolata idonei a determinare in via inderogabile il contenuto dell'atto conclusivo del procedimento ovvero ad atti interlocutori che comportino un arresto procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 296; sez. V, 6 ottobre 2009 n. 6094; sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2961; sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6188).

22.3. Questo è precisamente quanto si è verificato nel caso di specie, in cui la nota (che si conclude con l'invito al responsabile dell'ufficio competente al non prosieguo della pratica) ha prodotto un arresto a tempo indeterminato dei procedimenti avviati dalla società appellata, ledendone immediatamente l'interesse e legittimandola a impugnarla.

22.4. La tesi del Comune, secondo cui la società avrebbe potuto comunque dare seguito alla propria attività sul presupposto del silenzio-assenso venuto a formarsi è debole e contraddittoria, posto che tutta la difesa dell'Amministrazione è volta a contestare la sussistenza dei presupposti indispensabili per configurare in concreto il c.d. provvedimento tacito.

23. Egualmente infondato è il secondo motivo.

23.1. Il Comune si fa forte di quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'Amministrazione, nel rilasciare il certificato di abilità, deve valutare non solo la sussistenza dei requisiti di sicurezza, igiene e salubrità del manufatto, ma anche la sua conformità alla vigente disciplina urbanistica ed edilizia (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2760; sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450).

23.2. Questo orientamento è del tutto da condividere ma non ha nulla a che fare con la vicenda in questione, in quanto:

a) in relazione alla prima delle successive d.i.a. in variante, la compatibilità urbanistica delle destinazioni della struttura a hotel, casa di riposo e casa-vacanza, rispetto a una disciplina che non si assume nel frattempo modificata, è stata accertata dal T.A.R. per il Lazio, sez. II bis, con sentenza in forma semplificata n. 1264/2009, non appellata e passata in giudicato;

b) il classamento catastale ha finalità tributarie e non urbanistiche;

c) nel caso di specie, il piano sotterraneo dell'edificio, destinato a hotel, è accatastato come (omissis), ed è per questo che, nelle more del giudizio, il Comune ha rilasciato per quella porzione il certificato di abitabilità;

d) per gli appartamenti degli altri piani, destinati ad appartamenti per vacanza, l'appartenenza alla categoria catastale (omissis) è corretta e idonea allo scopo secondo la normativa regionale, dettagliatamente esposta della decisione di primo grado, cui si rinvia in parte qua.

23.3. Cade, con ciò, la prima ragione su cui si fondava la nota impugnata.

24. Il punto più delicato della controversia, investito dal terzo motivo dell'appello, concerne l'interpretazione del parere dell'ASL n. 5324/2009, se cioè esso si riferisca all'intera costruzione (tesi della società ricorrente, cui il T.A.R. ha aderito) o al solo pianterreno (tesi del Comune).

24.1. Il Collegio ritiene corretta la lettura del documento che il primo giudice ha fatto.

24.2. Vero è che il parere, nel suo oggetto, si riferisce testualmente alla variante della destinazione d'uso del piano (omissis).

24.3. In contrario occorre però osservare, al tempo stesso, che tale parere, in quanto:

a) richiama il precedente parere negativo n. 2782/2009, che si esprimeva in ordine a tutti i piani dell'immobile;

b) fa seguito a espresse richieste di riesame di tale parere formulate dal Comune (da ultimo, con nota n. 15834 del 15 ottobre 2009);

c) segue inoltre all'invio di una relazione tecnica (menzionata nel corpo del parere medesimo) di contenuto positivo circa il possesso dei requisiti igienico-sanitari da parte dell'opera e di una nota comunale recante l'esito di una verifica effettuata in loco;

si può ragionevolmente intendere come riferito a tutto l'immobile, con un duplice contenuto, espresso con prescrizioni rispetto al seminterrato e di tacito nulla osta in relazione ai rimanenti piani.

24.4. Di conseguenza, anche questo motivo di appello va rigettato.

24.5. Sussistevano dunque gli indispensabili requisiti per la formazione del silenzio-assenso (per il rilascio sia del certificato di agibilità, sia delle autorizzazioni all'esercizio della gestione).

25. Appare invece fondata la quarta censura, con cui l'Amministrazione comunale contesta la condanna al risarcimento del danno in favore della controparte.

25.1. Senza riprendere dal fondo l'esame di temi ampiamente discussi e approfonditi, il Collegio è dell'avviso che la struttura dell'illecito extracontrattuale della P.A. non diverga dal modello generale delineato dall'art. 2043 c.c. Ne sono dunque elementi costitutivi: quello soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità, il danno, l'ingiustizia del danno medesimo (giurisprudenza ormai del tutto prevalente: cfr. per tutte, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450; sez. III, 23 aprile 2015, n. 2040; sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 284; sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1436; sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2111; sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4896; sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4896).

25.2. Sull'analisi di tale struttura, peraltro, non vi è, contrasto tra le parti.

25.3. Quanto alla prova dell'elemento soggettivo, il Collegio non vede ragione di discostarsi dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo la quale, in sede di risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, mentre resta a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore da ritenersi "scusabile" secondo una valutazione complessiva dell'intera vicenda.

25.4. In applicazione di questa regola giurisprudenziale - che tiene evidentemente conto della strutturale "disparità delle armi fra le parti" nel giudizio intentato da un privato nei confronti di una P.A. - al danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non è dunque richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione, potendo egli limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto e dovendosi fare applicazione, al fine della prova dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c.; e a questo punto spetta all'Amministrazione dimostrare, se del caso, di essere incorsa - appunto - in quell'errore scusabile che, secondo una giurisprudenza consolidata, si verifica in presenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, formulazione ambigua delle disposizioni da applicarsi, complessità della situazione di fatto, comportamento delle parti del procedimento (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846; sez. IV, 11 marzo 2013, n. 1468; sez. V, 27 marzo 2013, n. 1773; sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439).

25.5. Diversamente da quanto ha ritenuto il primo giudice, il Collegio è dell'opinione che nella fattispecie una circostanza di fatto, e cioè l'obiettiva equivocità del parere della ASL di cui si è prima discusso, abbia un rilievo tale da escludere la colpa del Comune e dunque l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria.

26. In definitiva, circa il ricorso ora in esame, l'appello principale del Comune di (omissis) va accolto in parte, con conferma della sentenza di primo grado nella statuizione di annullamento della nota impugnata e riforma nella parte in cui ha condannato l'Amministrazione al risarcimento del danno.

27. L'appello incidentale della società An., che presuppone l'avvenuto accoglimento della domanda risarcitoria e si duole dei criteri indicati in sentenza per la liquidazione del danno, è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

28. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112

c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, cfr. Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

29. Considerato l'esito dell'appello principale nel senso del solo parziale accoglimento, le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate fra le parti.

(Ricorso n. r.g. 2012/9020)

30. In ordine a tale ricorso, come sopra detto, l'appello incidentale del Comune è irricevibile per tardività. Va pertanto dichiarato il passaggio in giudicato della statuizione della sentenza che ha dichiarato l'avvenuta elusione della precedente decisione di merito.

31. Ancora in tema di esecuzione della sentenza n. 8035/2012, il Collegio rileva peraltro che, a seguito della sua avvenuta riforma in punto di risarcimento del danno, il ricorso introduttivo del giudizio di ottemperanza è divenuto in parte qua improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Si tratta di una circostanza rilevabile d'ufficio a norma dell'art. 35 c.p.a., della quale è stata data comunicazione alle parti in udienza ai sensi dell'art. 73, comma 3, del codice di rito.

32. Circa il secondo motivo dell'appello, il Collegio - riservata qualunque valutazione sul merito della questione - ritiene opportuno disporre istruttoria al fine di chiarire nei particolari la situazione di fatto.

32.1. A tal fine, la Prefettura di Roma - Ufficio territoriale del Governo, Servizio IV - Amministrazione, servizi generali e attività contrattuale - Ufficio gare e appalti, depositerà una dettagliata relazione circa la "procedura aperta volta alla conclusione di un accordo quadro con più soggetti economici per il periodo 01/09/2015 - 31/12/2015" di cui alla nota in data del 26 agosto 2015, indirizzata alla società cooperativa In., con particolare riguardo alla posizione della In. medesima e della società An., proprietaria della struttura proposta per il lotto n. 2.

32.2. La Prefettura depositerà tale relazione nel termine di sessanta giorni, decorrente dalla data della comunicazione - o della notificazione, se anteriore - della presente decisione.

33. La fissazione della camera di consiglio per il seguito del giudizio è rimessa al Presidente titolare della Sezione, che adotterà separato provvedimento.

34. Ogni ulteriore determinazione in rito, sul merito e quanto alle spese di lite va rinviata alla definizione della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

(Sezione Quarta), pronunciando definitivamente sull'appello n. r.g. 9020/2012 e non definitivamente sull'appello n. r.g. 2876/2016, riuniti, quanto all'appello n. r.g. 9020/2012:

a) accoglie in parte l'appello principale;

b) per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, che conferma per la parte rimanente, rigetta in parte qua il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, secondo quanto meglio esposto in motivazione;

c) dichiara improcedibile l'appello incidentale;

d) compensa fra le parti le spese del doppio grado di giudizio;

quanto all'appello n. r.g. 2876/2016:

a) dichiara irricevibile l'appello incidentale;

b) dichiara in parte improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, secondo quanto meglio esposto in motivazione;

c) dispone istruttoria nei tempi e nei modi esposti in motivazione;

d) rimette al Presidente titolare della Sezione la fissazione della camera di consiglio per il prosieguo del giudizio;

e) rinvia alla definizione della controversia ogni ulteriore determinazione su rito, merito e spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi - Presidente

Fabio Taormina - Consigliere

Oberdan Forlenza - Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino - Consigliere

Giuseppe Castiglia - Consigliere, Estensore