

Hadrian Simonetti

Danno e pubblica amministrazione: appunti per una discussione

1. Premessa

Di risarcimento del danno, da lesione dell'interesse procedimentale, quale conseguenza dell'attività della p.a., si è parlato moltissimo per tutti gli anni '90.

La questione ruotava intorno alla risarcibilità dell'interesse legittimo, pretensivo. Si discuteva allora *se* risarcire.

Cass. 500/1999, all'indomani del d.lgs. 80/1998 e a distanza di qualche anno dalla direttiva ricorsi in materia di appalti e dalla giurisprudenza comunitaria sul risarcimento per violazione del diritto comunitario, ha risolto il problema del *se*.

La discussione si è da quel momento in poi sviluppata interrogandosi su *chi* dovesse risarcire il danno, derivandone un problema di riparto di giurisdizione, e ovviamente su *come*, a quali condizioni.

Ma queste condizioni hanno per lo più riguardato il problema dei rapporti tra azione risarcitoria e azione costitutiva da annullamento.

L'aspetto mai abbastanza sottolineato è che, prima con il d.lgs. 80/1998 e poi con la l. 205/2000, il legislatore non abbia dettato una disciplina sostanziale ad hoc sul risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo, limitandosi a dettare pochissime disposizioni di natura processuale come, ad esempio, la previsione della c.d. sentenza ai criteri.

Né la situazione è cambiata di molto con l'approvazione del codice del processo amministrativo, per quanto la questione sulla pregiudizialità impugnatoria abbia trovato una tendenziale soluzione e l'azione risarcitoria sia stata sottoposta ad un termine decadenziale (la cui legittimità sul piano costituzionale è di recente nuovamente posta in discussione da Tar Torino, ord. 17 dicembre 2015, n. 1747).

E' come se il legislatore avesse delegato, se non tutto, quasi tutto, al giudice.

Forse perché consapevole del fatto che quello sulla responsabilità civile è da sempre un diritto ad elaborazione giurisprudenziale; come testimonia la vicenda degli artt. 2043-2059 c.c che, sebbene siano rimasti immutati dal 1942 ad oggi, hanno vissuto una straordinaria evoluzione, proprio in

via giurisprudenziale, per la verità su impulso determinante, specie nei primi decenni, della dottrina civilistica (la nozione di danno ingiusto e quindi l'apertura ai diritti relativi, poi alle altre situazioni non diritti, sino all'interesse legittimo).

Clausole generali, diritto giurisprudenziale, importanza della nomofilachia.

Solo che sul terreno della tutela risarcitoria nei confronti della p.a., si è visto subito che le nomofilachie erano due e non una sola.

Cassazione e Consiglio di Stato si sono confrontati, anche aspramente, sul tema della pregiudizialità, quindi sul rapporto tra risarcimento e annullamento, tra illiceità e illegittimità. Sino al punto da elevare tale questione a questione di giurisdizione, sino al punto quindi da fare applicazione dell'art. 111, u.c., giungendo ad annullare (con rinvio) pronunce del Consiglio di Stato. Annullamento per difetto di tutela.

La Cassazione vanta una lunga e consolidata esperienza sul terreno della tutela risarcitoria. Il Consiglio di Stato no. Più in generale è dato registrare una qualche ritrosia del giudice amministrativo a "sporcarsi" le mani con i calcoli e i conteggi, una ritrosia evidente già dai tempi della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali con la quale era stata prevista, in sede di giurisdizione esclusiva, la condanna della p.a. al pagamento di somme pecuniarie. A chi gli chiedeva quando avrebbero pronunciato una sentenza di condanna di questo tipo, si racconta che il Presidente del Tar Toscana sul finire degli anni '70 avesse risposto: "Non abbiamo un ufficio di ragioneria".

2. La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo tra marginalità e specialità.

Solo un breve accenno al primo aspetto, per sottolineare come quello sul risarcimento del danno provocato dalla p.a. - si intende, nell'esercizio della sua attività provvedimentale- sia questione più teorizzata che praticata. Nel senso che sin qui, in un bilancio provvisorio a poco meno di venti anni dall'innesto di questa tutela all'interno del processo amministrativo, le statistiche potrebbero offrire numeri tutto sommato contenuti.

Molto ha giocato quella che è stata indicata dalla dottrina come una "rete di contenimento", snodantesi, nell'applicazione giurisprudenziale, attraverso le maglie della pregiudizialità, della colpa, del danno e del nesso di causalità. A distanza di anni, incrinatosi il muro della pregiudizialità e abbattuto (negli appalti) quello della colpa, il fronte è probabilmente arretrato sulla linea (dell'accertamento) dei danni.

Si registra, in parallelo, l'espansione della tecnica indennitaria. Talvolta, è il caso del nuovo art. 42 bis del t.u. espropriazione, l'indennizzo prende il posto del risarcimento.

Il discorso sulla specialità investe il tema della natura della responsabilità della p.a., sempre da attività provvedimentale, tema che esula dai compiti che mi sono oggi assegnati. Natura controversa e sinora mai definita sino in fondo. Pur prevalendo la tesi che la inquadra nello schema della responsabilità aquiliana da fatto illecito ai sensi degli artt. 2043 c.c., non mancano opinioni differenti che richiamano i modelli della responsabilità precontrattuale e di quella contrattuale.

Particolarità di una responsabilità che trova origine all'interno del procedimento. Tra due soggetti, la P.A. e il privato, che non sono del tutto estranei ma che neppure sono legati da un vincolo contrattuale.

Procedimento come relazione e come luogo di esercizio del potere ma anche di adempimento di obblighi di protezione.

Vi è poi una certa tendenza a costruire quella della p.a. come una responsabilità speciale (vedi da ultimo Tar Milano 6 aprile 2016, n. 650 che si richiama a Cons. St., 29 maggio 2014, n. 2792). Come sarebbe dimostrato dalla autonomia interpretativa con cui la giurisprudenza amministrativa ha dato attuazione alla costruzione teorica di Cass. 500/1999.

In questo quadro, fatto di marginalità e di specialità, un posto importante occupa la responsabilità della p.a. in materia di contratti pubblici, che viene considerata, a seconda dei diversi punti di vista, ora come un'isola ora come un modello.

3. Voci di danno e tecniche risarcitorie dinanzi al giudice amministrativo

Questa differenza di nomofilachie si coglie proprio sul piano delle tecniche risarcitorie, quando ci si interroga su come accertare e liquidare il danno causato dalla p.a.

Partiamo dalla premessa che qui non trova (più) applicazione il principio acquisitivo che da sempre contrassegna l'istruttoria del giudizio amministrativo di tipo impugnatorio. Vale piuttosto il principio dispositivo che, peraltro, campeggia nell'art. 124. C.p.a., che implicitamente rimanda alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c., laddove si parla di "danno, subito e provato".

Sulla scorta del diritto comune (art. 1223 c.c.), si distingue come noto tra **danno emergente** (spese sostenute) e **lucro cessante** (mancato utile).

In materia di contratti pubblici, prevale l'affermazione che la prima voce vada risarcita solamente in caso di illegittima esclusione, e non anche quando ci si duole della mancata aggiudicazione (v.,

tra le tante, Cons. St., sez. V, 15 settembre 2015, n. 4283, 13 giugno 2008, n. 2967 e 6 aprile 2009, n. 2143), sulla duplice considerazione che nella liquidazione del lucro cessante “è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara”, e che “del resto l’impresa che risulti vincitrice di una gara ed esegua il contratto, non potrebbe mai ottenere, *ex se*, il rimborso dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara”.

Quanto al lucro cessante, si va affermando negli ultimi anni un indirizzo più rigoroso rispetto al passato, che richiede la prova, a carico dell’impresa ricorrente, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell’appalto, prova desumibile in via principale dall’esibizione dell’offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2014, n. 6450, 25 giugno 2014, n. 3220, 11 giugno 2013, n. 3230, 16 febbraio 2009, n. 842 e 17 ottobre 2008, n. 5098; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2009, n. 1243; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563).

L’orientamento tradizionale era invece, fino a ieri, propenso a liquidare il lucro cessante riconoscendo la spettanza dell’utile di impresa nella misura forfettaria del 10% (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2006, n. 6059; sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456; sez. II, parere 30 aprile 2003, n. 1036/02; Cass. civ. 1° febbraio 1995, n. 1114), criterio desunto dal giudice amministrativo, in via analogica, dall’art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, che impone all’amministrazione di liquidare un indennizzo commisurato al dieci per cento dei lavori ancora da eseguire, nel caso receda dal contratto d’appalto, disposizione in seguito ripresa dapprima dall’art. 122 d.p.r. 554/1999 e poi recepita prima dall’art. 134 d.lgs. 163/2006 e poi, in ultimo dall’art 109 del d.lgs. 50/2016.

Questo secondo indirizzo, laddove non di rado finisce per riconoscere all’impresa vittoriosa in giudizio un risarcimento maggiore del guadagno che avrebbe conseguito dall’aggiudicazione della gara o da un qualunque altro impiego del suo capitale, ha sollevato in dottrina ricorrenti critiche, cui la giurisprudenza ha risposto adottando alcuni correttivi, volti a contenere la misura dei danni liquidati ed a limitare in questo modo anche l’esborso di denaro pubblico .

Il correttivo più frequente è stato quello di decurtare, al momento della liquidazione del danno, (di regola della metà) il criterio presuntivo sopra indicato, quindi riducendolo ad esempio al 5%, ove l’impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l’espletamento di altri servizi (v., ancora di recente, Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456 e 11 ottobre 2006, n. 6059) .

In questo modo è agevole osservare come l'impresa, dopo essere stata generosamente dispensata da una prova positiva tutto sommato agevole (l'utile che avrebbe ricavato dall'aggiudicazione dell'appalto), sia invece onerata di una prova negativa discutibile ed in ipotesi ben più impegnativa, essendo a carico della parte danneggiante provare semmai i fatti impeditivi o modificativi della pretesa risarcitoria (in questo senso si veda per l'appunto Cons. St., VI, 10 dicembre 2015, n. 5611 e 15 settembre 2015, n. 4283).

Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale, secondo l'insegnamento tradizionale il danno risarcibile è rapportato all'interesse contrattuale negativo, quindi alle spese inutilmente sostenute e all'eventuale perdita di occasioni alternative. Ciò sul presupposto che l'illecito abbia impedito la stipulazione del contratto o comunque ne abbia determinato l'invalidità e quindi la sua inefficacia. Da tempo, tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione (v. sent. 29 settembre 2005, n. 19024) ha posto in risalto la valenza generale dell'art. 1440 c.c. che, in tema di dolo incidente, ammette espressamente l'ipotesi che la responsabilità precontrattuale possa accompagnarsi ad un contratto comunque valido ed efficace, quando il comportamento contrario a buona fede ne abbia condizionato il contenuto, in senso pregiudizievole e quindi "sconveniente" per la vittima del dolo. In tali casi si è ritenuto che il risarcimento debba essere rapportato "al minor vantaggio e al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle due parti", con un ragionamento che parrebbe applicabile anche ai rapporti tra pubblica amministrazione e privato, ogni qual volta all'esito del procedimento, la condotta scorretta della prima sia stata all'origine di un provvedimento lesivo per il privato, quantunque non oggetto di impugnazione o magari "non annullabile" ai sensi dell'art. 21 *octies* co. 2 della l. 241/1990.

In teoria, nel danno da mancata aggiudicazione, ad essere risarcito è l'interesse positivo – ossia l'importo che sarebbe stato conseguito dall'impresa attraverso l'esecuzione del contratto – sebbene, come noto, l'aggiudicazione (mancata) non equivalga (più) a contratto.

Nella diversa ipotesi della revoca dell'aggiudicazione già disposta, che A.P. 6/2005 qualifica come responsabilità precontrattuale, ad essere risarcito è l'interesse negativo.

Può sembrare un paradosso, perché in questo caso il danneggiato aveva conseguito davvero l'aggiudicazione, in seguito revocata, quando, invece, nell'altra ipotesi, non aveva conseguito alcuna aggiudicazione.

Tale paradosso è forse all'origine dei correttivi introdotti dalla giurisprudenza amministrativa in sede di quantificazione del danno, dove le due situazioni finiscono per essere livellate attraverso le riduzioni cui si è fatto cenno.

Da ultimo si va affermando l'idea che vada risarcito anche il **danno curricolare**. Sul presupposto che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere comunque fonte di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti (Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2008, n. 491), si ammette che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio *curriculum* professionale.

Non vi è uniformità di vedute, in giurisprudenza, sulla riconducibilità di questa voce nella categoria del danno emergente o in quella del lucro cessante. La sua valutazione avviene in via equitativa in misura percentuale, ma non è pacifico quale debba essere la base di calcolo: se il valore del contratto o la somma già liquidata a titolo di lucro cessante.

Nelle controversie in materia di contratti pubblici – ma non solo qui- trova di frequente applicazione la tecnica risarcitoria del danno da perdita di **chance**, in tutti quei casi in cui il giudizio sulla spettanza della pretesa non fornisce un risultato garantito ma solo una probabilità. Esempio degli affidamenti diretti, senza gara, e dell'azione proposta dall'operatore del settore e decisa quando oramai il contratto è stato interamente eseguito. O, ancora, si pensi ai casi in cui una gara c'è stata ma l'azione amministrativa non è ritenuta, a torto o a ragione, pienamente sindacabile (sindacato sulla discrezionalità tecnica, in particolare sulla qualità delle offerte).

Permette di risarcire il danno anche in situazioni di deficit conoscitivo e di alleggerire il giudizio da attività istruttorie altrimenti necessarie e faticose.

Giudizio ipotetico per calcolare l'entità del danno patrimoniale: ipotesi sul corso delle cose ove non si fosse verificato il fatto antigiuridico altrui.

Infine, può essere risarcito il **danno non patrimoniale**. Il campo elettivo può essere considerato quello del pubblico impiego non privatizzato ma l'estensione della giurisdizione esclusiva a nuove materie potrebbe rendere più frequenti le occasioni di risarcimento dei danni morali, legati alla persona del danneggiato. Il discorso deve tenere conto degli approdi della giurisprudenza della Corte di Cassazione (v. sentenza 11 novembre 2008, n. 26973), che costruisce il danno non patrimoniale come una categoria generale, non suscettibile di essere scomposta in sottocategorie nelle quali ricomprendere anche un danno di tipo esistenziale dagli incerti confini, a tutela dei diritti inviolabili della persona costituzionalmente rilevanti. Si veda, per un precedente che ha riguardato un alunno di scuola, con problemi di dislessia, non ammesso a frequentare la classe superiore di un liceo scientifico, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 31 gennaio 2011, n. 268. Nelle

controversie relative al sostegno scolastico la tutela risarcitoria è invocata di frequente, proprio in relazione a danni di natura non patrimoniale. Rispetto ai quali va peraltro pur sempre adempiuto l'onere di allegazione da cui il ricorso alla prova per presunzioni, certamente possibile, non permette di prescindere. Si segnala CGA 29 luglio 2016, n. 234 di cui si riporta parte della motivazione:

E quanto alla provata sussistenza in concreto del danno lamentato, non può trascurarsi che esso è stato prospettato dagli interessati in termini del tutto presuntivi e che in detti termini esso è stato poi ritenuto sussistente dal Giudice.

Quando invece è indirizzo giurisprudenziale autorevole (dal quale questo collegio non ritiene sussistano elementi per discostarsi) che - da un lato - il risarcimento non patrimoniale impone al richiedente (anche in presenza di lesioni collegate a valori di rango costituzionale) la allegazione di elementi in grado di fare apprezzare la esistenza effettiva del danno subito ed il suo collegamento causale con la condotta del soggetto asseritamente danneggiante (così ancora, da ultimo: CdS n. 3400/2015) e che - dall'altro - si rischierebbe (come esattamente osservato in più occasioni dalla Suprema Corte di Cassazione) di trasformare inammissibilmente (perché in contrasto con ogni indicatore normativo) il risarcimento in questione, ove lo si considerasse conseguenza in re ipsa dell'illecito, in una vera e propria "pena" oggettiva.

Anche nella materia che ci occupa appare insomma insuperabile la necessità che all'affermazione del danno si accompagni la allegazione di elementi idonei in concreto - ulteriori rispetto alla mera allegazione della violazione intervenuta dell'ordine normativo - a supportare la richiesta perché rivelatori di conseguenze lesive (ad esempio: intervenuto pregiudizio scolastico, intervenuto aggravamento del deficit cognitivo accertato, turbamenti in peius della qualità della vita) eziologicamente collegate (al limite anche solo in via presuntiva, con conseguente rovesciamento degli oneri probatori) alla condotta contestata.

Si veda, sempre in tema, Tar Milano 5 gennaio 2016, n. 8:

Va in proposito rammentato che il pregiudizio, anche qualora collegato a valori riconosciuti a livello costituzionale, deve essere allegato e provato dalla parte ricorrente.

Infatti, la limitazione dell'onere della prova gravante sulla parte che agisce in giudizio, che caratterizza il processo amministrativo, si fonda sulla naturale ineguaglianza delle parti, che connota abitualmente il rapporto amministrativo di natura pubblicistica intercorrente tra la parte privata e la pubblica amministrazione, mentre l'esigenza di un'attenuazione dell'onere probatorio a carico della parte ricorrente viene meno con riguardo alla prova dell'an e del quantum dei danni azionati in via risarcitoria, inerendo in siffatte ipotesi i fatti oggetto di prova alla sfera soggettiva della parte che si assume lesa e trovandosi le relative fonti di prova normalmente nella disponibilità dello stesso soggetto leso (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2011 n. 1672).

Ad avviso del Tribunale l'onere probatorio non è stato minimamente assolto dal ricorrente, non soltanto sotto il profilo del quantum, ma neppure dell'an.

Pur trattandosi di danno non patrimoniale, si deve rammentare che, in base alla giurisprudenza sviluppatasi successivamente alla sentenza della Cassazione SS. UU. 11 novembre 2008, n. 26972, il danno non patrimoniale deve essere allegato e provato, trattandosi comunque di danno -conseguenza. Non può dunque ritenersi che il danno sia in re ipsa, perché in tal modo si snaturerebbe la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

In particolare per il pregiudizio non patrimoniale diverso dal danno biologico la Suprema Corte ammette un ampio ricorso alla prova presuntiva, che può costituire anche l'unica fonte di convincimento del giudice, ma il danneggiato deve allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti, che consentano di risalire al fatto ignoto.

Nel caso di specie la parte ricorrente si è limitata alla formulazione della domanda, allegando argomentazioni astratte e generiche.

Sempre in tema di danni non patrimoniali è importante sottolineare come, mentre nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la figura del danno esistenziale, quale categoria autonoma e distinta, si stata esclusa a partire dal 2008 (sebbene talvolta in alcune pronunce successive sembri riaffiorare), in quella del giudice amministrativo dimostra una sua sorprendente vitalità (a conferma del “lungo addio” che Castronovo, più in generale, riferisce al danno esistenziale). Si veda, per tutti, Cons. St. Ad. Plen. 19 aprile 2013, n. 7 sui danni da usura psico-fisica derivanti dal mancato godimento del riposo settimanale. Dove si valorizza il ricorso alla prova presuntiva in combinato disposto con il ricorso alle massime di comune esperienza (art. 115, co. 2, c.p.c.).

In materia di contratti pubblici, dove di regola il danneggiato è una persona giuridica o comunque un ente collettivo, con o senza personalità giuridica, il tema si inquadra nell’ambito più generale dei danni non patrimoniali sofferti dalle p.g. (v., per il danno all’immagine ed alla reputazione causato all’impresa da un’informativa antimafia illegittima, Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2008, n. 491).

Frequente ricorso allo strumento della cd. sentenza ai criteri, che l’art. 34 co. 4 c.p.a. ha elevato a tecnica generale di liquidazione delle condanne pecuniarie (quindi non solo a titolo risarcitorio).

Si esclude peraltro che attraverso tale meccanismo sia stato introdotto nel giudizio amministrativo l’istituto della condanna generica di cui all’art. 278 c.p.c.

Quali e quanti criteri? Quando i criteri sono generici e quando sono molto stringenti (v. CGA 20 giugno 2013, n. 605 in un caso di concessione edilizia negata dopo che si era formato il silenzio assenso, danni derivanti dal ritardo nell’avvio dei lavori, a causa del diniego poi peraltro annullato in autotutela dalla stessa p.a.). E’ utile riportare, anche in questo caso, uno stralcio della motivazione:

Ciò premesso, e passando alla determinazione del quantum, la società domanda, a titolo di danno emergente, di essere ristorata dei danni (asseritamente ingenti) patiti a seguito della necessità di una integrale riprogettazione dell’opera, per renderla adeguata alle nuove esigenze del settore.

Per questa parte la domanda di risarcimento va accolta.

Quindi il comune dovrà risarcire la società degli oneri sostenuti per la riprogettazione o adeguamento del progetto iniziale: e ciò per un importo pari agli incarichi professionali di progettazione che la società dimostrerà di aver conferito a seguito del tardivo rilascio della concessione.

Analogamente va accolta la richiesta di risarcimento per le penali che l'impresa, in base alle obbligazioni contrattuali assunte, dimostrerà di aver pagato o che sarà tenuta a pagare alla ditte costruttrici in conseguenza del ritardato inizio dei lavori.

Infine va accolta la domanda di risarcimento del danno derivante dall'aumento dei costi di costruzione nel periodo considerato.

Per quanto riguarda il lucro cessante, certamente riconoscibile è il danno derivante dalla mancata percezione – nel periodo rilevante come sopra delimitato – dei canoni di locazione degli esercizi commerciali e delle relative somme per oneri condominiali.

Ugualmente riconoscibile è il danno emergente derivante alla società dalla perdita di finanziamenti bancari, revocati o negati a seguito del ritardato rilascio della concessione.

Alla luce di quanto esposto, e in applicazione dell'art. 34 comma 4 cod. proc. amm., il comune di Siracusa è condannato al pagamento in favore di ██████ un risarcimento determinato secondo i criteri che seguono.

In primo luogo il comune risarcirà - nei limiti sopra indicati - i danni subiti dalla società per la riprogettazione del complesso e per il pagamento di penali alle ditte costruttrici.

Per il resto, come anticipato, il periodo di ritardo da considerare è quello che va dal 10.10.2009 al 30.11.2010, detratto il periodo di sospensione dei lavori per adeguamento alle prescrizioni impartite dalla Soprintendenza il 26.2.2010.

In relazione a tale periodo il comune dovrà corrispondere alla società una somma corrispondente all'incremento, desumibile da listini ufficiali, dei costi di costruzione dichiarati dalla società.

Il comune dovrà altresì corrispondere per un numero di mensilità ut supra calcolato una somma pari ai canoni previsti nei contratti di locazione stipulati dalla società medesima o in vista dei quali la stessa compri (con atti a data certa anteriore al 17.10.2012, di spedizione in decisione del presente ricorso) di aver raggiunto concludenti intese con operatori commerciali interessati.

Analogamente per quanto concerne gli oneri condominiali gravanti sui potenziali conduttori.

Il comune dovrà altresì corrispondere per un numero di mensilità ut supra calcolato l'interesse legale sulle somme in relazione alle quali la società dimostri di aver acceso mutui o finanziamenti per la costruzione con atti a data certa anteriore al 17.10.2012.

Attenzione però a quanto si legge altrove nella sentenza, in ordine alla non assentibilità del progetto di costruzione, nel senso quindi che il diniego sarebbe stato legittimo ove fosse intervenuto prima del maturare del silenzio. Questo che significa? Risarcimento della pretesa disgiunto dalla fondatezza della pretesa medesima? Qualcosa di simile a me sembra che avvenga nei casi di lesione dell'affidamento sull'attività della p.a. che di recente la giurisprudenza della Cassazione ha, per così dire, avvocato al giudice ordinario. Prima con le tre ordinanze del 23 marzo

2011 (6594, 6595 e 6596) e poi con la più recente 4 settembre 2015, n. 17586. Dove, al di là della questione di giurisdizione, si ha il forte dubbio che sia risarcita una improbabile pretesa del cittadino alla conservazione di un provvedimento illegittimo.

4. Il processo (risarcitorio) a parti invertite

Si segnala in primo luogo l'interessante sentenza del Tar Lombardia, Milano, III, n. 736/2014, in cui si è ritenuto rientrare nella giurisdizione esclusiva del g.a. l'ipotesi in cui sia la stazione appaltante ad agire per il risarcimento del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale, nei confronti dell'impresa aggiudicataria in via provvisoria di una finanza di progetto che, con la sua condotta contraria a buona fede, aveva impedito che si arrivasse all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto. In questo modo, in nome del principio di concentrazione (e all'ombra della giurisdizione esclusiva), si finisce per giudicare del comportamento di un soggetto privato, secondo una linea di tendenza che talvolta sembra affiorare anche nella giurisprudenza amministrativa di secondo grado, ma nei limiti di un accertamento incidentale: si veda ad esempio Cons. St., VI, n. 5279/2012, in casi in cui insieme a quella della stazione appaltante è stata accertata, appunto *incidenter tantum*, la responsabilità in solido, ai sensi dell'art. 2055 c.c., del controinteressato aggiudicatario, beneficiario del provvedimento illegittimo.

Con questa sentenza del Tar Lombardia, il sistema della responsabilità nei contratti pubblici si arricchisce di un nuovo tassello. All'azione risarcitoria, ipotesi più frequente, del concorrente pretermesso che si duole del provvedimento a lui sfavorevole e dei danni che ne sono derivati e a quella, di più recente emersione, del beneficiario di un provvedimento favorevole in seguito rimosso che si duole dell'affidamento ingenerato da tale atto - entrambe promosse nei confronti della stazione appaltante - si aggiunge una terza azione, proponibile invece proprio dalla stazione appaltante, nei confronti del privato che con il suo comportamento scorretto abbia impedito la conclusione del contratto.

Più di recente ancora si veda Consiglio di Stato 31 agosto 2016, n. 3755 che, per giustificare la medesima soluzione, invoca il principio di concentrazione delle tutele che escluderebbe la possibilità di materie a giurisdizione frazionata, richiamando Corte Cost. 179/2016.