N. 00277/2018REG.PROV.COLL.
N. 07815/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7815 del 2017, proposto da: Q. Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria della Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Comune di (.....), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gaetano Pastena, Vincenzo Pastena, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso Consiglio di Stato Segreteria in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

M. R. s.r.l., G. F. s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avvocati Pierluigi Piselli, Gianni Marco Di Paolo, con domicilio eletto presso lo studio Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13; Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Potenza, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Per la revocazione

ex art.106 Cod. proc. amm. della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 03593/2017, resa tra le parti, pubblicata in data 20 luglio 2017, nella sola parte che non ha accolto l'appello principale della Q. in relazione alla idoneità urbanistica del

centro cottura di (.....); nonché, per l'effetto devolutivo dell'appello, degli atti e provvedimenti impugnati in primo e secondo grado, ove lesivi, rispetto al solo profilo della idoneità urbanistica del centro cottura di (.....).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (.....), di M. R. s.r.l. e di G. F. s.r.l., del Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Potenza e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 il Cons. Daniele Ravenna e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi, Pasquale Suriano su delega dell'avv. Gaetano Pastena, Silvia Lanzaro su delega dell'avv. Gianni Marco Di Paolo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Q. – 2001 società cooperativa sociale (di seguito "Q.") impugna per revocazione la sentenza 20 luglio 2017, n. 3593 di questa V Sezione del Consiglio di Stato che, accogliendo in parte l'appello presentato dalla stessa Q. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo per la Campania, Napoli, VIII, 14 marzo 2017, n. 1467 ha dichiarato respinto nel merito il suo ricorso.
La Q. ricorda di aver partecipato alla gara bandita dal Comune di (.....) per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per un quadriennio; di essersi graduata seconda e di aver quindi impugnato gli atti di gara. L'ATI aggiudicataria presentava per parte sua ricorso incidentale, lamentando la mancata esclusione di Q. dalla gara.

Il giudice di primo grado, con la sentenza 14 marzo 2017, n. 1467, accoglieva il ricorso incidentale dell'aggiudicataria e dichiarava improcedibile il ricorso principale della Q..

La Q. appellava la sentenza avanti questo Consiglio di Stato che, con la sentenza revocanda V, 20 luglio 2017, n. 3593, se da un lato ha parzialmente accolto la prospettazione della Q., nel senso di dichiarare procedibile il suo ricorso introduttivo, dall'altro nel merito ha respinto i motivi da questa dedotti in primo grado.

Nel ricorso per revocazione la Q. specifica che il suo attuale interesse processuale è rivolto esclusivamente a far acclarare "*la sussistenza dei requisiti di partecipazione e di esecuzione della stessa rispetto alla sola idoneità urbanistica e igienico sanitaria del centro di cottura di (.....)*" e non anche rispetto alla volontà di subentrare nel contratto oggetto dei due primi gradi di giudizio. Ciò perché la sentenza revocanda sta determinando conseguenze "*catastrofiche"* per la sopravvivenza dell'attività aziendale, dal momento che a partire dalla sua pubblicazione la società avrebbe già subìto quattro esclusioni di gara (tutte peraltro da essa impugnate) e una risoluzione contrattuale, mentre – paradossalmente – quelle stazioni appaltanti che si rivolgono direttamente al Comune di (.....) per chiedere autonomamente la sussistenza dei titoli edilizi e igienico sanitari del centro cottura in questione ne riceverebbero il nulla osta e perfezionerebbero la sottoscrizione del contratto. Ciò premesso, la società prospetta due motivi di revocazione.

1. Sussistenza del vizio revocatorio ex art. 395, primo comma, n. *3)* Cod. proc. civ..

Al riguardo, la società fa presente che la propria originaria SCIA del 2012, riferita al centro di cottura di (.....), era stata annullata dal Comune con un provvedimento la cui legittimità è stata affermata dal Tribunale amministrativo regionale con sentenza n. 565 del 2015 (pure appellata da Q.). In base a ciò, sia la sentenza di primo grado sia quella di questo Consiglio di Stato hanno accolto nella sostanza il ricorso incidentale della ATI aggiudicataria (rispettivamente con la ricordata

sentenza n. 1467 del 2017 e con la n. 3593 del 2017 della quale si chiede ora la revocazione), secondo il quale Q., in sede di gara, avrebbe fatto una dichiarazione mendace circa l'idoneità sotto il profilo urbanistico e igienico sanitario del centro di cottura.

In realtà la Q. eserciterebbe legittimamente la propria attività in forza di una nuova SCIA del 23 ottobre 2015, mai contestata dal Comune. E infatti dopo l'annullamento della SCIA del 2012, l'appellante aveva presentato una nuova istanza di concessione dell'agibilità in data 19 febbraio 2014, sulla quale l'ASL aveva espresso parere favorevole il 26 febbraio. In conseguenza, nell'assenza di un esplicito diniego del Comune, il certificato di agibilità avrebbe dovuto ritenersi concesso a mezzo del silenzio-assenso quantomeno in data 28 marzo 2014. Peraltro, la sentenza qui revocanda, ha respinto nel merito l'appello della Q., concordando con la sentenza di primo grado laddove ha ritenuto che l'agibilità non potesse essere stata conseguita con provvedimento tacito. Tuttavia la suddetta decisione – afferma la Q. - sarebbe stata assunta senza tener conto delle note del Comune n. 12801 del 27 ottobre 2015 e n. 278 del 14 settembre 2017, nelle quali l'Amministrazione si è pronunciata definitivamente sulla regolarità urbanistico-edilizia del centro cottura, affermando che sulla domanda di rilascio del certificato di agibilità del 2014 si è formato il silenzio assenso. Tali note non sarebbero state prodotte nel giudizio avanti questo Consiglio di Stato per cause di forza maggiore o comunque non imputabili alla Q., perché la prima era stata richiesta al Comune dalla Q. fin dal 27 marzo 2017 (ben prima cioè del termine per la produzione degli atti nel giudizio avanti questo Consiglio di Stato, scadente il 1 giugno), ma ha potuto essere conosciuta solo il 14 settembre. Dunque nel merito sarebbe errata l'affermazione della sentenza revocanda, secondo la quale sarebbe perdurante lo stato di inagibilità dell'immobile. Ciò anche alla luce del fatto che la SCIA, ovvero il presupposto certificato di agibilità, non sarebbero oggetto del contendere. In sostanza, l'efficacia propria della sentenza del Tribunale amministrativo n. 565 del

2015 non avrebbe potuto essere portata fino a travolgere i nuovi provvedimenti (ipotizzato nuovo certificato di agibilità del 19 febbraio 2014 e nuova SCIA del 23 ottobre 2015) mai contestati o annullati dal Comune. In conclusione la sentenza revocanda non avrebbe potuto legittimamente statuire la inidoneità urbanistica del centro cottura.

2. Sussistenza del vizio revocatorio ex art. 395, primo comma, n. *4)*, Cod. proc. civ.. L'errore di fatto consisterebbe: *1*. nel non aver rilevato che la SCIA del 23 ottobre 2015 si fonderebbe su un presupposto urbanistico valido (nuovo certificato di agibilità del 19 febbraio 2014); *2*. nel non aver rilevato che la situazione edilizia presupposta alla SCIA del 2015 non sarebbe giuridicamente la stessa; *3*. nel non aver rilevato che la situazione di fatto in base alla quale il Comune ha annullato in autotutela la originaria SCIA del 2012 sarebbe stata da quello erroneamente valutata; *4*. nel non aver rilevato che la legittimità della nuova SCIA o del nuovo certificato di agibilità non era oggetto dell'originario ricorso principale e di quello incidentale. Le risultanze della sentenza di primo grado n. 565 del 2015 non sarebbero state utilizzabili, stante il sopraggiungere della nuova SCIA e del nuovo certificato di agibilità e pertanto questo Consiglio di Stato avrebbe dovuto cogliere il vizio di ultrapetizione della sentenza di primo grado.

La società appellante conclude formulando istanza cautelare, anche *inaudita altera parte*.

Si è costituito il Comune di (.....), argomentando per l'inammissibilità del gravame.

Si sono costituiti *ad opponendum* altresì il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - sede di Potenza, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la M. R. s.r.l. in proprio e quale mandataria del R.T.I. con G. F. s.r.l..

Con decreto n. 4774 del 9 novembre 2017 è stata respinta l'istanza di misura cautelare provvisoria ed è stata fissata la camera di consiglio del 5 dicembre 2017, in esito alla quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

L'errore revocatorio non sussiste e pertanto il ricorso va dichiarato inammissibile.

Con il primo motivo la Q. asserisce l'erroneità della sentenza di questo Consiglio di Stato n. 3593 del 2017 ex art. 395, comma primo, n. *3)*Cod. proc. civ., poiché non avrebbe tenuto conto di sopraggiunti "documenti decisivi" che la parte non avrebbe potuto esibire in giudizio.

Si tratterebbe della nota del Comune n. 12801 del 27 ottobre 2015 (asseritamente conosciuta all'appellante solo tardivamente non per sua colpa) e della nota n. 278 del 14 settembre 2017, entrambe volte ad affermare che sulla domanda di rilascio del certificato di agibilità presentata dalla Q. il 19 febbraio 2014 si sarebbe formato il silenzio assenso.

Giova richiamare la successione dei fatti dedotti in giudizio, rilevanti ai fini del decidere.

La SCIA presentata da Q. nel 2012 per l'effettuazione dell'attività di centro di cottura per mensa e servizi alla comunità è stata annullata in autotutela dal Comune, sul rilievo della mancanza del certificato di agibilità dei locali ove si svolge l'attività.

Successivamente al provvedimento di annullamento, Q. ha presentato il 19 febbraio 2014 istanza di concessione dell'agibilità, su cui il 26 febbraio la ASL ha espresso parere favorevole. Su ciò l'appellante desume essersi formato il silenzio-assenso.

L'annullamento della SCIA del 2012 è stato giudicato legittimo dalla sentenza del Tribunale amministrativo 29 gennaio 2015, n. 565 (appellata da Q. ma della quale questo Consiglio di Stato ha negato la sospensione con ordinanza n. 1287 del 23

marzo 2015) per "*la permanenza di tale situazione di irregolarità, sotto il profilo della (non) agibilità del cespite, e l'attuale non conformità dei locali utilizzati per lo svolgimento della predetta attività alla normativa urbanistico-edilizia*".

Nel diverso contenzioso, instaurato dalla Q. a seguito della gara bandita dal Comune ed oggetto del presente giudizio di revocazione, il ricorso incidentale presentato dall'ATI aggiudicataria avverso l'ammissione di Q. è stato accolto in primo grado con la sentenza n. 1467 del 2017, fra l'altro, sulla base della motivazione per cui la intervenuta presentazione di una nuova SCIA in data 23 ottobre 2015 non sarebbe stata idonea a legittimare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Infatti "*la nuova SCIA, presentata in data 23.10.2015, non fa venir meno l'aspetto dell'inidoneità dei locali derivante dall'assenza del certificato di agibilità, ben evidenziato in sentenza* [si intende la n. 565 del 2015]. *Ciò comporta la mancata idoneità, per l'assenza di tutti i titoli abilitativi necessari, del centro cottura di cui la partecipante alla gara ha indicato la disponibilità e, quindi, l'assenza di un requisito di partecipazione alla gara, stante che tale idoneità doveva sussistere sin dal momento della presentazione dell'offerta.*"

In sede di appello avanti questo Consiglio di Stato, la Q. ha rappresentato che l'agibilità sarebbe stata rilasciata *per silentium* nel 2014, ma la sentenza revocanda ha respinto l'assunto, affermando che, alla luce degli atti del giudizio, la nuova SCIA "*si fonda su una situazione edilizia del centro di cottura identica a quella sulla base del quale il tribunale* [si intende la più volte citata sentenza n. 565 del 2015] *ha reputato legittimo il provvedimento di annullamento della precedente segnalazione certificata ed ha negato che in ragione di ciò l'agibilità potesse essere conseguita con provvedimento tacito."* E pertanto ha confermato sul punto la sentenza di primo grado, laddove ha fatto applicazione del principio, affermato dalla "*consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo cui la conformità degli immobili alle norme urbanistico-edilizie costituisce il presupposto indispensabile per il legittimo rilascio del certificato di agibilità, in base al combinato disposto degli artt. 24, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 e 35, comma 20, l. n. 47 del 1985 (in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, IV, 2 maggio 2017, n. 1996)."*

Alla luce di quanto sopra esposto, ritiene questo Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, le due Note del Comune del 2015 e del 2017, che affermano essersi formato il silenzio-assenso sulla istanza di concessione dell'agibilità in data 19 febbraio 2014, non conosciute a questo Consiglio di Stato, non valgano a configurare l'eccezionale errore revocatorio, vale a dire una deviazione o vizio nella formazione della sentenza.

Esse, infatti, non possono essere considerate *«documenti decisivi»* ex art. 395, primo comma, n. *3)*, Cod. proc. civ., perché – avuto doveroso riguardo al loro oggetto (Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2809; 5 luglio 2007, n. 3828; 6 giugno 2008, n. 2701) non attestano *fatti* che, ove conosciuti da questo Consiglio di Stato, avrebbero condotto ad una decisione diversa da quella in concreto adottata. Sulla base di quelle Note infatti, muovendo da un *fatto* ben conosciuto anche a questo giudice allorché ha pronunciato la sentenza revocanda (la presentazione dell'istanza di concessione dell'agibilità del 19 febbraio 2014) si trae da parte dell'Amministrazione una conseguenza giuridica diversa (la formazione del silenzio-assenso) rispetto a quella affermata dalla sentenza (la sussistenza di una situazione edilizia del centro di cottura identica a quella che aveva legittimato l'annullamento della precedente SCIA e tale da precludere il prodursi del silenzio-assenso). Il fatto che la sentenza revocanda abbia ritenuto che da un fatto noto e non controverso discenda una determinata conseguenza giuridica e che l'Amministrazione abbia affermato – prima e dopo - che da quel medesimo fatto discende una conseguenza giuridica differente non configura l'invocato errore revocatorio del giudice.

I motivi proposti al n. *2* attengono con evidenza ad argomentazioni giuridiche, di loro estranee alle fattispecie connotanti l'*«errore di fatto»*revocatorio, di cui all'art. 395, primo comma, n. *4)* Cod. proc. civ., tanto più che taluni configurano chiaramente un "punto controverso" sul quale la sentenza ha avuto modo di

pronunciarsi, sì che il loro accoglimento configurerebbe un inammissibile terzo grado di giudizio.

Dall'inammissibilità del ricorso discende la statuizione sulle spese, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile. Condanna la ricorrente alle spese, nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00) per ciascuna delle parti costituite. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Daniele Ravenna	Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO