



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 8857 del 2008, proposto da:

Graded S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Bianca Luisa Napolitano, Raffaele Ferola, con domicilio eletto presso Raffaele Ferola in Roma, via G.B. De Rossi N.30;

contro

Consiglio Regionale della Campania, Consiglio Regionale Campania - Settore Amm.Ne ed Economato, Natuna S.r.l.; Regione Campania, rappresentato e difeso per legge dall'avv. Rosanna Panariello, domiciliata in Roma, via Poli, 29; Siram S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia e Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 14101/2008, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di sorveglianza gestione e manutenzione ordinaria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Ferola e Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Graded S. p. a , classificatasi al terzo posto in una gara di appalto indetta con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa dalla Regione Campania per l'affidamento triennale del servizio di conduzione, sorveglianza, gestione, manutenzione e reperibilità degli impianti tecnologici installati negli edifici del Consiglio Regionale siti in Napoli , ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e gli atti di gara sostenendo che le due imprese classificate al primo e secondo posto (Siram S. p. a. e Natuna s. r. l.) dovevano essere escluse e, comunque, che la commissione di gara avrebbe omesso di prestabilire i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta per l'attribuzione del punteggio previsto dal bando.

Il TAR della Campania adito, con sentenza n. 14101/2008, ha respinto il relativo ricorso.

Avverso detta sentenza la Graded ha interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Campania e la controinteressata SIRAM, chiedendo il rigetto del gravame siccome infondato.

Alla pubblica udienza del 29 maggio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha respinto il secondo motivo del ricorso proposto in prime cure, volto all'esclusione della seconda graduata Natuna per inammissibilità dell'offerta economica.

Assume, al riguardo, che la decisione adottata sul punto dal Tar sarebbe "frettolosa ed erronea", non essendo "condivisibile l'assunto secondo cui Natuna avrebbe potuto limitarsi ad indicare il mero ribasso numerico, senza altra specificazione".

2. La doglianza è priva di fondamento.

Ed invero, il disciplinare di gara all'art. 2 (importo dell'appalto), dispone che "la spesa complessiva annuale ... è prevista in € 299.443,72 oltre IVA ..., calcolata con riferimento ai costi della manodopera degli operai per industria di installazione di impianti rilevati dai prospetti (in vigore alla data di pubblicazione del bando relativo al presente appalto) convalidati dall'ufficio provinciale del lavoro di Napoli, non soggetti ad alcun ribasso, incrementati di spese generali (15%) ed utile di impresa (10%), a cui deve essere applicato il ribasso percentuale offerto dall'aggiudicatario in sede di gara".

Il successivo art. 6 ("Condizioni di partecipazione e modalità di presentazione dell'offerta") con riferimento alla Busta C (offerta economica), stabilisce che:

"la BUSTA C" deve contenere, a pena esclusione il seguente documento:

1. dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante o dal suo procuratore contenente:

a) l'indicazione del ribasso percentuale unico, espresso in cifre e in lettere (in caso di incongruenza farà fede...) che il concorrente offre per l'esecuzione del servizio, da applicare sia ai canoni di manutenzione, di cui all'art. 2, comma 3, 3.1 del presente disciplinare (solo alle spese generali ed all'utile di impresa), che ai prezzi di tariffa in vigore nella Regione Campania, approvati con Delibera di G. R. n. 2184 del 29 Dicembre 2006, pubblicata sul BURC Anno 2007, numero speciale del 2 Marzo per lavori di adeguamento....;

b) le giustificazioni di cui all'art. 87 comma 2 in merito agli elementi costitutivi dell'offerta stessa".

Ciò posto, osserva il Collegio come dalla richiamata normativa emerga con evidenza, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, che:

- la comminatoria di esclusione non è affatto riferita alla omissione della espressa limitazione del ribasso alle spese generali ed all'utile di impresa, bensì all'assenza nella busta "C" di uno dei documenti ivi previsti e, cioè, dell'offerta economica o delle giustificazioni preventive di cui all'art. 87 del D. Lgs. N. 163/2006;

- la formulazione della *lex specialis* è tale da non richiedere da parte dei candidati una riproduzione testuale del contenuto dell'art. 6, comma 1 lett. a), comprensiva anche delle parti che - per essere riportate tra parentesi - si connotano in termini di non essenzialità.

Pertanto l'offerta di Natuna, facendo espresso rinvio alla previsione di cui all'art. 2, comma 3, punto 3.1. del disciplinare, ai sensi del quale il ribasso non sarebbe stato applicato che alle spese generali e agli utili di impresa, risulta conforme alla normativa di gara.

Detta offerta, infatti, è sostanzialmente modellata sull'art. 6 del disciplinare di gara e l'omissione di una dicitura riportata tra parentesi (solo alle spese generali ed all'utile d'impresa) non è di per sé idonea ad attribuire alla Natuna la volontà di praticare il ribasso su quelle voci che, per legge speciale, erano fisse ed invariabili.

In altri termini, solo una espressa previsione della *lex specialis* o una esplicita dichiarazione in tal senso della Natuna (cioè il voler ribassare gli importi fissi ed invariabili) avrebbero giustificato la sua esclusione, ma non di certo l'offerta economica in questione, così per come presentata.

Del tutto correttamente, quindi, il primo giudice ha osservato al riguardo che "la doglianza non risulta fondata, posto che per la validità dell'offerta sarebbe bastata la sola indicazione del ribasso percentuale unitario, senza altra specificazione, e che la formula adoperata nell'offerta della Natuna s.r.l. appare modellata su quella dell'art. 6 del disciplinare senza che la circostanza della mancata riproduzione dell'inciso in tale articolo riportato tra parentesi - "(solo alle spese generali ed all'utile d'impresa)"- per ricordare quanto già precisato nello stesso art. 2 del disciplinare possa essere interpretato quale manifestazione di una precisa volontà della Natuna s.r.l. di offrire un ribasso anche sulla componente del costo della manodopera".

3. Nell'odierna sede Graded introduce , poi , delle nuove censure avverso la mancata esclusione di Natuna, sostenendo che i relativi vizi sarebbero emersi solo dopo aver acquisito in data 3.10.08, a seguito di specifica istanza di accesso agli atti, l'offerta tecnica della società, e che quando la causa è stata trattenuta in decisione, all'udienza dell'8.10.08, non erano ancora decorsi i termini per proporre motivi aggiunti.

Assume, al riguardo, che nella specie sarebbe senz'altro applicabile il principio della conversione in mezzi di gravame delle censure che non sia stato possibile dedurre in primo grado, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alla proposizione del ricorso incidentale.

4. L'assunto non può essere condiviso.

4.1 Osserva il Collegio come nel caso di specie:

- la Graded abbia acquisito l'offerta tecnica di Natuna in data 3.10.2008;
- il Tar abbia deciso il merito della causa con sentenza succintamente motivata nella Camera di Consiglio dell'8.10.2008 e, quindi, cinque giorni dopo l'acquisizione da parte di Graded della documentazione in relazione a cui intendeva proporre motivi aggiunti;
- in tale sede, il Collegio abbia dato piena e formale informazione ai difensori costituiti, che la causa poteva essere decisa con sentenza in forma semplificata;
- a fronte di detta rituale informazione, Graded non abbia opposto alcunché, né abbia chiesto un rinvio per proporre motivi aggiunti o un termine a difesa.

4.2 Tanto premesso, i nuovi motivi dedotti nell'odierna sede si appalesano inammissibili.

Ed invero, come è noto, già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo non era consentita la proposizione di domande nuove in sede di appello (c.d. divieto di "nova" o "ius novorum" in appello).

Tale divieto, infatti, costituisce la naturale conseguenza del doppio grado di giurisdizione, da cui discende l'esigenza di una piena e inalterata corrispondenza oggettiva tra il primo ed il secondo grado del giudizio, nonché del principio di specificità dei motivi di impugnazione e, più in generale, dell'onere di specificazione della domanda.

Così, in linea di principio, la cognizione del giudice d'appello deve essere limitata alla sentenza appellata ed ai motivi dedotti e dibattuti in primo grado.

Con l'entrata in vigore del codice, il predetto divieto è stato formalmente positivizzato e compiutamente disciplinato in sostanziale conformità alle regole fissate in materia dell'art. 345 c.p.c.

L'art. 104, infatti, dispone che nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, né eccezioni non rilevabili d'ufficio e che parimenti non sono ammessi nuovi mezzi di prova né nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini del decidere ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli per causa ad essa non imputabile.

In linea di principio, quindi, l'oggetto del giudizio di prime cure non può essere modificato in appello mediante la proposizione di domande o eccezioni nuove, che siano idonee a pregiudicare la corrispondenza, nei limiti di quanto devoluto alla cognizione del giudice superiore, della res litigiosa di primo e secondo grado.

Tuttavia, essendo ammesse iniziative istruttorie anche in secondo grado, il codice ha parimenti assicurato la possibilità di ampliare il thema decidendum attraverso la proposizione di motivi aggiunti, con il tassativo quanto ovvio limite che i vizi dedotti effettivamente emergano dalle nuove acquisizioni senza essere riconoscibili già in primo grado.

Così, il terzo comma del medesimo art. 104 dispone che possono essere proposti motivi aggiuntivi, qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti già impugnati.

Peraltro, a fronte del generale divieto di "nova" in appello, la riconosciuta possibilità di proporre motivi aggiunti in tale grado di giudizio assume, all'evidenza, natura del tutto eccezionale e derogatoria e, come tale, da ammettere solo negli stretti limiti precisati dalla norma.

Pertanto, saranno proponibili nuovi motivi in sede di appello, solo ove i vizi con gli stessi denunciati siano emersi da acquisizioni documentali verificatesi successivamente alla conclusione del giudizio di primo grado.

Ora, nel caso di specie, Graded ha introdotto nell'odierna sede le nuove censure in questione, denunciando vizi emersi dall'acquisizione dell'offerta tecnica di Natura verificatesi in data 3 ottobre 2008 e, quindi, nella pendenza del primo grado di giudizio.

Dette censure, pertanto, si appalesano all'evidenza inammissibili .

Le stesse, infatti, andavano ritualmente dedotte in prime cure e non di certo in grado di appello atteso che , come già precisato, tale eccezionale possibilità è da intendersi limitata alla sola e tassativa ipotesi in cui i vizi denunciati siano emersi da documenti acquisiti nel corso del giudizio di secondo grado.

Né tale specifica regola può subire eccezioni, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, in ragione del fatto che il ricorso introduttivo del giudizio facesse espressa riserva di proporre motivi aggiunti all'esito della conoscenza dell'offerta tecnica di Natuna e che, ciò non di meno, la gravata sentenza del Tar sia intervenuta all'udienza camerale in data 8.10.2008, prima della scadenza del termine utile per la proposizione degli stessi.

Per un verso, infatti, è appena il caso di rilevare come la riserva di proporre motivi aggiunti espressa nell'atto introduttivo del giudizio, sostanzialmente una formula di stile di per sé inidonea a vincolare il collegio giudicante e, tantomeno, a produrre gli effetti ipotizzati dall'appellante.

Per altro verso, come già precisato, nella camera di consiglio del giorno 08.10.2008 il collegio ha dato piena e formale informazione ai difensori costituiti in merito alla possibilità di definire la causa con una sentenza in forma semplificata.

E non v'è dubbio, che tale informazione non fosse finalizzata alla previa acquisizione del consenso delle parti (non richiesto dalla legge), bensì a consentire a queste ultime l'esercizio completo ed esauriente del proprio diritto di difesa nel caso concreto, mediante un'eventuale richiesta di rinvio per la produzione di nuove prove o per proporre motivi aggiunti, ovvero per chiedere un termine a difesa.

E' in tale sede, pertanto, che la ricorrente aveva l'onere di evidenziare formalmente la necessità di proporre motivi aggiunti, in relazione alla documentazione (offerta tecnica di Natuna) medio tempore (in data 3.10.2008) acquisita, inibendo per questa via al collegio di potersi in ogni caso pronunciare nell'immediato con sentenza succintamente motivata.

Non avendo viceversa opposto alcunché, Graded ha all'evidenza accettato implicitamente tale evenienza, con ogni ulteriore e consequenziale effetto, ivi compreso quello di non poter utilmente proporre motivi aggiunti, ove il

primo giudice (come poi avvenuto) avesse deciso la causa nel merito.

In altri termini, Graded doveva formalmente opporsi alla definizione della controversia in sede cautelare, evidenziando la necessità di proporre motivi aggiunti nei termini di legge, ben potendo, laddove il Tar si fosse comunque pronunciato, appellare sul punto la relativa sentenza, ma non di certo dedurre i motivi stessi ex novo nell'odierna sede, con una inammissibile modifica dell'oggetto del giudizio di primo grado.

Conclusivamente, i motivi in questione sono inammissibili.

5. In ragione di quanto precede, le ulteriori censure dedotte in relazione alla mancata esclusione di Siram dalla gara, si appalesano comunque inconducibili.

E' di tutta evidenza, infatti, che la permanenza di Natuna nella seconda posizione della graduatoria, preclude comunque all'appellante di risultare aggiudicataria della gara, privandola di conseguenza di ogni concreto interesse ad ottenere una eventuale pronuncia di esclusione dalla gara stessa della Siram classificatasi in prima posizione.

6. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e, come tale, va respinto.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 29 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati :

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2012

IL SEGRETARIO

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