Pubblicato il 12/10/2022

N. 08728/2022REG.PROV.COLL.
N. 01727/2022 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1727 del 2022, proposto da Garage Autostrada S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Rti, Autoparco Giambellino S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Centrauto S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Autogru Cerabino di Cerabino Vito in proprio e quale Mandante Rti, Carrozzeria F.Lli Bianco di Bianco Giovanni e Francesco S.n.c. in proprio e quale Mandante Rti, Bove Luigi Automobili S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Autodemolizioni Mauro S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Alfa Auto Carrozzeria di Salerno Giovanni in proprio e quale Mandante Rti, Autoriparazioni Marchesi S.n.c. di Marchesi Daniele & C. in proprio e quale Mandante Rti, Officina Autoriparazioni F.Lli Mascolino di Mascolino Giuseppe quale Mandante Rti, Autoparco Fiorenza S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Garage Autostrada Lainate S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Silva & C. S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Autoparco Santa Barbara S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Torino S.r.l. in proprio e quale Mandante Rti, Mascolino Pietro Paolo & C Snc Quale Mandante Rti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi

dall'avvocato Giuseppe Altieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo Milano, Agenzia del Demanio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Agenzia del Demanio - Direzione Lombardia, Agenzia del Demanio – Direzione Regionale Lombardia, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 130/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, dell'Ufficio Territoriale del Governo di Milano, della Agenzia del Demanio e della Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Altieri ed Invernizzi;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Garage Autostrada s.r.l., quale capogruppo dell'RTI costituendo composto con le mandanti indicate in epigrafe ha partecipato alla gara per l'affidamento

del servizio di recupero, custodia ed acquisto di veicoli, oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214 bis del d.lgs. 30.4.1992 n. 285, ambito provinciale di Milano, indetta dal Ministero dell'interno Prefettura, ufficio territoriale del Governo di Milano e dall'Agenzia del Demanio.

2. Alla gara ha partecipato l'Impresa Sangalli s.r.l. che è stata esclusa all'esito della verifica dell'offerta tecnica, stante il mancato raggiungimento della soglia minima prevista dal disciplinare. Avverso il provvedimento di esclusione l'Impresa Sangalli ha presentato ricorso al TAR Lombardia che, con sentenza n. 1414 del 22 luglio 2020, lo ha rigettato.

3. La sentenza è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che, con pronuncia n. 1497/2021, ha accolto il ricorso relativamente al riconoscimento dell'avvalimento, precedentemente escluso dalla commissione di gara, e disposto la trasmissione degli atti alla medesima commissione per la valutazione del punteggio attribuibile all'offerta tecnica presentata dalla Impresa Sangalli. La commissione, nella seduta del 9 marzo 2021, ha confermato l'esclusione della Impresa Sangalli s.r.l. per mancato raggiungimento della soglia minima di 42 punti prevista dal disciplinare di gara.

4. Avverso il provvedimento di esclusione è stato proposto ricorso al TAR Lombardia rubricato al numero 676/2021 definito con la sentenza 130/2022.

5. Riferisce l'appellante che, nelle more della definizione dei procedimenti intrapresi dalla Impresa Sangalli contro la sua esclusione, è stata disposta, con provvedimento del 29 luglio 2020, l'aggiudicazione della gara in favore del RTI Garage Autostrada s.r.l.

6. Avverso il provvedimento di aggiudicazione, e gli atti presupposti, inclusi il provvedimento 13.1.2020 prot. 5586 Prefettura e prot. 14/2020 Agenzia, di esclusione di Sangalli dalla gara e della inerente nota di trasmissione 14.1.2020 prot. 6926 è stato proposto ricorso dinanzi al TAR Lombardia, da parte dell'Impresa Sangalli & C. s.r.l., rubricato al numero 1524/2020.

7. Con sentenza n. 1111/2021, depositata in data 4 maggio 2021 il Tar Lombardia ha accolto il ricorso e dichiarato l'esclusione del RTI Garage Autostrada. La sentenza n. 1111/2021 è stata confermata dal Consiglio di Stato.

8. Della sentenza 130/2022, asseritamente ingiusta e illegittima, Garage Autostrada S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di cinque articolati motivi, rubricati: "*1. La sentenza impugnata è affetta da vizio di ultra petizione per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto (nel ricorso introduttivo) e pronunciato. Inammissibilità dei motivi rubricati ai numeri dal terzo all'ottavo; 2. La sentenza impugnata è errata per violazione del contraddittorio e irritualità e inammissibilità della censura riguardante il vizio delle operazioni di gara per l'attribuzione del punteggio in quanto calcolato tenendo conto della presenza del concorrente Garage Autostrada s.r.l. dichiarato escluso. 3. La sentenza è ingiusta ed errata nella parte in cui, pur riconoscendo la applicabilità in astratto del principio di invarianza, ha ritenuto che lo stesso non sia di ostacolo, in concreto, alla riammissione del ricorrente alla gara e alla rideterminazione del punteggio tecnico. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici; 4. La sentenza è errata e ingiusta per violazione, falsa applicazione dell'art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici e delle finalità sottese alla soglia tecnica di sbarramento – violazione del paragrafo XI del disciplinare di gara; 5. La sentenza è ingiusta ed errata nella parte in cui ha disposto la riammissione della ricorrente in gara e la rinnovazione delle operazioni di gara senza che sia stato accolto alcun motivo di ricorso introdotto per censurare il giudizio tecnico della commissione di gara, inammissibilità dell'ottavo di ricorso*".

9. Ha resistito al gravame l'impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. chiedendone il rigetto. In data 18 marzo 2022 l'impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. ha depositato memoria *ex* art. 101 comma 2 c.p.a. Si sono costituiti con memoria di stile l'Ufficio territoriale del Governo di Milano, il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del demanio.

10. Alla udienza pubblica del 6 ottobre 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

11. Con il primo motivo l'appellante argomenta come segue.

11.1. Con il ricorso introduttivo del giudizio l'Impresa Sangalli ha impugnato il provvedimento del 17 marzo 2021 per due ordini di motivi: i motivi uno e due contenenti censure dirette alla nuova esclusione della ricorrente e i motivi da tre a otto in riproposizione, per espressa ammissione della ricorrente e per come rilevato nella sentenza impugnata, dei motivi già introdotti con giudizio numero 1524/2020 e deciso con sentenza 1111/2021, confermata dal Consiglio di Stato prima della decisione del presente giudizio. I motivi rubricati dal numero tre al numero otto sarebbero inammissibili per come già stabilito dallo stesso giudice amministrativo nella ordinanza cautelare n. 457/2021, nella quale si rilevava che le ulteriori censure paiono inammissibili perché ripropongono motivi di ricorso già proposti nel ricorso RG 1524/2020, definito con sentenza n. 1111/2021. Il *thema decidendum* del giudizio sottoposto davanti al TAR Lombardia è quindi limitato ai soli primi due motivi di ricorso nei quali è stato censurato il provvedimento di attribuzione del punteggio. Con il primo motivo il provvedimento impugnato è stato censurato nella parte in cui la commissione di gara non avrebbe valorizzato il numero di carri di soccorso e la loro idoneità per lo svolgimento del servizio. Con il secondo motivo è stato censurato il provvedimento impugnato perché contenente l'identica assegnazione del punteggio attribuito per 13 carri di soccorso senza tenere conto della variazione che il quattordicesimo carro avrebbe dovuto produrre.

11.2. In nessuno dei due motivi legittimamente portati al vaglio del giudice è stata sollevata la rilevanza, sulla attribuzione del punteggio, della esclusione del concorrente Garage Autostrada s.r.l. dalla gara. Negli stessi si è censurato l'operato della commissione di gara sotto l'unico profilo della ingiusta attribuzione del punteggio.

11.3. I motivi di ricorso sono stati rigettati dalla sentenza impugnata dato che essa ha disposto la rinnovazione delle operazioni di gara "*mantenendo fermi i*

coefficienti provvisori già assegnati alla ricorrente". La decisione impugnata sarebbe quindi affetta da vizio di ultra petizione stante la non corrispondenza tra quanto chiesto in fase di ricorso e quanto pronunciato.

11.4. Se il perimetro del *thema decidendum* deve essere ricondotto ai primi due motivi di ricorso, stante la sanzione di inammissibilità della quale sono affetti i motivi riproposti e già sollevati con il ricorso 1524/2020, la circostanza della esclusione della RTI Garage Autostrada s.r.l. sarebbe irrilevante.

11.5. La ricorrente si è limitata a far risaltare la rilevanza della esclusione della RTI Garage Autostrada s.r.l., intervenuta con sentenza di primo grado n. 1111/2021 soltanto con memoria difensiva del 4 ottobre 2021. Il TAR dichiarando fondato il ricorso avrebbe violato il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato perché ha deciso sulla scorta di una censura (motivo VIII) che sarebbe inammissibile perché affetta da *ne bis in idem* dato che costituisce la riproposizione di questioni già sottoposte al vaglio del giudice amministrativo nel ricorso 1524/2020.

11.6. La prova del vizio di ultra petizione sarebbe rinvenibile nella sentenza impugnata dalla mancata indicazione di quale sia il motivo di ricorso accolto.

11.7. Il TAR Lombardia, conclude l'appellante, si è limitato a stabilire che il ricorso è fondato ma senza indicare in accoglimento di quale motivo, assumendo a fattore decisivo la circostanza della esclusione di Garage Autostrada s.r.l. "*con la conseguenza che l'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. avrebbe dovuto essere l'unica partecipante alla procedura*".

12. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

12.1. Laddove si dovesse superare l'eccezione di inammissibilità dell'ottavo motivo per violazione del divieto del *ne bis in idem* la sentenza sarebbe ugualmente viziata in quanto la rilevanza, sulla esclusione dell'Impresa Sangalli, della esclusione della RTI Garage Autostrada s.r.l. non è stata ritualmente introdotta nel giudizio.

12.2. Il tema è stato sollevato dalla ricorrente soltanto con la memoria del 4 ottobre 2021 senza che la stessa sia stata ritualmente notificata alle

controparti.

12.3. Non appare sufficiente la formalizzazione di una ipotesi all'interno di un motivo di ricorso dettato per altra questione per integrare il rispetto del contraddittorio e soprattutto la precisa indicazione del motivo di impugnazione. La ricorrente ha introdotto l'ottavo motivo non come motivo autonomo ma quale illustrazione delle conseguenze giuridiche che l'accoglimento degli altri motivi proposti dovrebbe avere sugli esiti della gara.

12.4. Il TAR Lombardia nell'accogliere il ricorso non ha censurato i provvedimenti impugnati ma si è limitato a sancire le conseguenze che sono derivate dall'accoglimento di uno dei motivi che però erano stati proposti nel ricorso rubricato con il numero 1524/2020, supplendo in tal modo a quanto non statuito con la sentenza n. 1111/2021 dello stesso TAR Lombardia e né con la sentenza del Consiglio di Stato n. 8485/2021.

12.5. Solo in quel procedimento avrebbe dovuto lamentarsi la mancata decisione sulle conseguenze che l'esclusione del concorrente Garage Autostrada avrebbe potuto avere sulla attribuzione dei punteggi assegnati. Né il tema è mai stato introdotto ritualmente nel giudizio attraverso una memoria notificata alle controparti.

13. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

13.1. La corretta applicazione del principio di invarianza non avrebbe dovuto limitarsi a salvaguardare i coefficienti provvisori già assegnati alla ricorrente ma avrebbe dovuto ritenere non rilevanti fatti successivi alla fase di verifica delle offerte e quindi, nel caso specifico, la ininfluenza della esclusione della concorrente Garage Autostrada s.r.l.

13.2. La sentenza impugnata pur lasciando invariati i coefficienti assegnati alla ricorrente ha comunque disposto la rinnovazione delle operazioni di gara tenendo conto che quest'ultima (la ricorrente) era ormai l'unica partecipante; attribuendo in tal modo valore alla sentenza sopravvenuta con la quale è stata disposta l'esclusione dell'altro partecipante alla gara violando quanto previsto dall'art. 95 comma 15 del d.lgs. 50 del 2016. Il principio di invarianza è posto

a garanzia della continuità della gara e alla stabilità dei suoi esiti proprio per impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino a travolgere la soglia minima posta a garantire la capacità e l'idoneità delle imprese allo svolgimento del servizio.

13.3. Nel caso in esame ci troviamo nell'ipotesi di provvedimento giurisdizionale (quale è quello che ha sancito l'esclusione del concorrente Garage Autostrada s.r.l.) che è intervenuto successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte.

13.4. Né può ritenersi che la fase dell'esclusione delle offerte non sia terminata per effetto della pendenza del presente giudizio. La estromissione della ricorrente si è verificata infatti dopo che le offerte tecniche sono state esaminate e valutate dalla commissione di gara con assegnazione per ciascun criterio qualitativo discrezionale del relativo punteggio. Punteggio che non risulta travolto nel merito del presente giudizio atteso che la sentenza impugnata, in applicazione parziale del principio di invarianza, ha mantenuto fermo quello attribuito dalla Commissione di gara. La corretta applicazione del principio di invarianza avrebbe dovuto determinare il giudice di primo grado non soltanto a cristallizzare i coefficienti provvisori ma anche a non attribuire rilevanza alla circostanza dell'esclusione della concorrente Garage Autostrada s.r.l. con conseguente rigetto del ricorso proposto. Tra l'altro, una volta che è stato stabilito che devono essere tenuti fermi i coefficienti provvisori già assegnati, viene meno l'interesse della ricorrente alla ripetizione delle operazioni di gara dato che, anche tenendo conto che Impresa Sangalli s.r.l. è l'unica concorrente, l'accoglimento del ricorso sarebbe privo di alcuna utilità in quanto la verifica del punteggio, al netto della riparametrazione effettuata nel confronto con la concorrente esclusa, determina la conferma della esclusione della ricorrente.

13.5. Il mancato raggiungimento della soglia di sbarramento non è stato determinato dal punteggio assegnato a Impresa Sangalli s.r.l. dopo la parametrazione a seguito della quale è stato attribuito il punteggio di 41,54

ma, come testualmente riportato nello stesso verbale del 9 marzo 2021, anche in quanto il punteggio attribuito ante parametrazione è risultato pari a 38,5 e quindi inferiore alla soglia di sbarramento.

14. Con il quarto motivo l'appellante argomenta come segue.

14.1. La sentenza sarebbe errata nella parte in cui ha ritenuto che "*le operazioni di determinazione del punteggio tecnico della ricorrente e il provvedimento di esclusione della stessa dalla gara, quindi sono affette da evidente difetto d'istruttoria e travisamento risultando chiaro che l'illegittima presenza in gara del RTI controinteressato ha influito sulla riparametrazione delle medie provvisorie dei coefficienti attribuiti alla ricorrente e, di conseguenza, sul calcolo del punteggio definitivo della sua offerta tecnica"* e nella parte in cui ha disposto " *la riammissione della ricorrente alla gara e l'obbligo per l'amministrazione di ripetere le operazioni di gara a partire dalla determinazione del punteggio tecnico dell'offerta dell'Impresa Sangalli Giancarlo s.r.l. secondo quanto stabilito dal disciplinare*".

14.2. Contrariamente a quanto asserito nella sentenza impugnata, il mancato raggiungimento della soglia di sbarramento non è stato determinato dal punteggio assegnato alla Impresa Sangalli s.r.l. dopo la parametrazione a seguito della quale è stato attribuito il punteggio di 41,54 ma, come testualmente riportato nello stesso verbale del 9 marzo 2021, in quanto "*il punteggio attribuito all'offerta tecnica del concorrente Impresa Sangalli Giancarlo, sia ante riparametrazione sia post riparametrazione, risulta inferiore alla soglia di sbarramento pari a 42/70esimi , così come indicata all'all'articolo XI del disciplinare di gara".*

14.3. Dal verbale di gara del 9 marzo 2021 si desume che ogni commissario ha proceduto alla attribuzione del coefficiente discrezionale, alla media dei coefficienti e alla attribuzione del punteggio prima della rimodulazione: la concorrente Impresa Sangalli s.r.l. ha ottenuto per il primo criterio il punteggio di 0,6 (equivalente a elementi presenti in misura sufficiente) pari a 21 punti; ha ottenuto per il secondo criterio il punteggio di 0,4 (equivalente a elementi incompleti e superficiali) pari a 11,2 punti; ha ottenuto per il terzo criterio il punteggio di 0,9 (equivalente a elementi completi, più che adeguati e

con caratteristiche particolarmente apprezzabili) pari a 6,3. Ottenendo così un punteggio complessivo pari a 38,5 punti, inferiore a quello di 42 previsto come soglia di sbarramento dal disciplinare di gara. Quindi l'attribuzione di un punteggio inferiore alla soglia di sbarramento è stato reso a prescindere dalla presenza in gara del RTI Garage Autostrada s.r.l. Né può ritenersi che la verifica del superamento della soglia di sbarramento debba effettuarsi, stante la presenza di un'unica impresa in gara, dopo aver proceduto alla riparametrazione portando a 1 i coefficienti assegnati dalla Commissione, dato che in tal modo verrebbe meno la *ratio* della previsione della soglia di sbarramento.

14.4. Se la previsione di una soglia tecnica di sbarramento risponde alla precisa finalità di consentire alla Stazione appaltante una verifica in ordine alla effettiva capacità delle offerte di raggiungere uno standard minimo di qualità, allora ne consegue che la verifica deve operarsi sulle offerte non riparametrate. Dato che la previsione di un punteggio minimo viene prevista a salvaguardia dell'interesse della stazione appaltante a consentire l'accesso alle successive fasi di gara soltanto a imprese con un minimo di capacità tecnica per lo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, tale interesse verrebbe di fatto pregiudicato laddove si consentisse una deroga a tale principio nel caso di un solo partecipante alla gara.

14.5. Se così fosse, il meccanismo dell'adeguamento a uno dell'unica offerta in gara avrebbe l'effetto di consentire che qualunque impresa, anche priva di un requisito minimo, possa essere aggiudicataria del servizio nel caso di unica partecipante alla gara. Inoltre, laddove il disciplinare di gara introduce il meccanismo della riparametrazione ciò è previsto soltanto allorquando vi sia una pluralità di offerte. Ciò si desume dal senso letterale delle parole dato che si procede a riportare a uno la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate.

14.6. Il dato letterale rimanda a una pluralità di offerte tra le quali individuare quella più alta e quindi riparametrare le altre a quest'ultima. Soccorre anche

l'interpretazione sistematica delle regole del disciplinare di gara per escludere che nel caso di una sola offerta possa operarsi la riparametrazione riportando a uno l'unica offerta in gara. Il disciplinare di gara, a pagina 21, antepone, alla illustrazione del metodo di calcolo dei coefficienti qualitativi delle offerte, la precisazione che "*non saranno ammessi alla successiva fase di gara i concorrenti che in relazione alle offerte tecniche avranno conseguito un punteggio inferiore a 42/70 punti*".

14.7. Detta previsione sarebbe *inutiliter data* se si consentisse la verifica della soglia di sbarramento dopo la riparametrazione dell'unica offerta con attribuzione alla stessa, per effetto del meccanismo di riparametrazione, del massimo punteggio. Verrebbe in tal modo frustrato l'interesse della stazione appaltante a selezionare le imprese tra quelle che superano una certa soglia e si consentirebbe anche a imprese inidonee allo svolgimento del servizio di ottenere l'aggiudicazione.

14.8. L'impresa Sangalli giudicata inidonea allo svolgimento del servizio, con giudizio di merito confermato anche dal Tribunale amministrativo con il rigetto dei primi due motivi di ricorso, si troverebbe a divenire idonea e a superare il punteggio minimo di 42 solo perché il suo insufficiente punteggio verrebbe riportato a uno.

15. Con il quinto motivo l'appellante argomenta come segue.

15.1. L'ottavo motivo di ricorso, ferme le eccezioni contenute nei motivi di impugnazione primo e secondo, non contiene alcuna censura ai provvedimenti impugnati ma si limita a indicare le conseguenze che deriverebbero dall'accoglimento dei veri motivi di censura poste nei confronti del provvedimento di esclusione della ricorrente.

15.2. Quanto dedotto nell'ottavo motivo non può costituire fondamento per l'annullamento dei provvedimenti impugnati e soprattutto per la riammissione della ricorrente alla gara.

15.3. Proprio la circostanza del mantenimento delle medie provvisorie assegnate dalla commissione, con conseguente implicito rigetto dei motivi proposti contro l'attribuzione del punteggio assegnato a Impresa Sangalli,

impedisce che possa essere disposta la riammissione della concorrente alla gara e quindi possa essere invocata la riparametrazione in quanto unica concorrente in gara.

15.4. Senza l'annullamento del giudizio tecnico della commissione, unico mezzo per potersi ordinare la riammissione della ricorrente alla gara e il rinnovamento delle operazioni, l'Impresa Sangalli deve essere confermata come esclusa dalla gara e non può beneficiare delle conseguenze derivanti dalla esclusione della Garage Autostrada s.r.l.

15.5. Si perviene alla conseguenza di attribuire alla sentenza che ha stabilito l'esclusione della Garage Autostrada s.r.l. conseguenze ulteriori quali quelle dell'annullamento del verbale di gara del 9 marzo 2021 che la stessa sentenza non ha statuito. La ricorrente, infatti, per richiedere l'applicazione delle conseguenze derivanti dalla esclusione della Garage Autostrada s.r.l., proposte nel ricorso 1524/2020 al motivo ottavo e decise con sentenza n. 1111/2021, avrebbe dovuto proporre appello principale o quanto meno insistere nel motivo dichiarato improcedibile con la sentenza 1111/2021 con memoria depositata entro il termine di costituzione a giudizio.

15.6. La ricorrente, nel giudizio di appello introdotto da Garage Autostrada s.r.l. ha depositato memoria *ex* art. 101 ma limitandosi a riproporre i motivi I, II, IV, V, XIII, XIV, come elencati nella motivazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 8485/2021, ma non anche l'ottavo nonostante che fosse già stato emesso il provvedimento del 17 marzo 2021 di esclusione dalla procedura di gara. Detto motivo avrebbe dovuto essere riproposto nel giudizio di appello instaurato contro la sentenza che lo aveva dichiarato improcedibile e non articolato con ricorso principale proposto avverso il provvedimento del 17 marzo 2021.

16. Le complesse censure così sintetizzate possono a questo punto essere esaminate.

17. Occorre partire da un punto fermo. Garage Autostrada s.r.l. è stata esclusa dalla gara.

18. Anche se nelle gare pubbliche di appalto è di regola sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che, per effetto dell'esclusione, egli rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedimentali; di conseguenza il consolidamento della esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. V, 1° febbraio 2021, n. 937).

19. In ogni caso l'appello è infondato nel merito.

20. Quanto ai primi due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, va osservato quanto segue.

20.1. Come noto, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato comporta:

a) che il giudice debba decidere su tutta la domanda;

b) che il giudice non possa pronunciare oltre i limiti della domanda formulata;

c) che il giudice non possa pronunciare su eccezioni la cui rilevabilità è rimessa all'iniziativa delle parti.

20.2. E' altrettanto noto che spetta al giudice interpretare la domanda proposta, individuando, mediante l'analisi delle allegazioni e delle affermazioni della parte gli elementi costitutivi della stessa, e cioè, le *personae*, il *petitum* e la *causa petendi*. La valutazione da parte del giudice circa l'effettivo contenuto della domanda, è dunque discrezionale e libera, soprattutto con riferimento agli elementi oggettivi. In tale interpretazione, infatti, il giudice non è necessariamente vincolato alle espressioni letterali utilizzate, ma deve indagare e considerare il contenuto sostanziale della domanda (Cass. civ. Sez. I, ordinanza, 19 marzo 2020, n. 7467, Cass. civ. Sez. III, ordinanza, 21 maggio 2019, n. 13602).

20.3. L'interpretazione, ovviamente, non può spingersi sino a configurare una domanda radicalmente difforme, nel *petitum* o nella causa *petendi*, da quanto espressamente allegato e dedotto dalle parti (Cass. civ. Sez. I, ordinanza, 3 dicembre 2020, n. 27704, Cass. civ. Sez. I, 12 aprile 2006, n. 8519).

20.4. In definitiva, sussiste il vizio di ultrapetizione, quando l'accertamento compiuto in sentenza finisce per riguardare un *petitum* e una causa *petendi* nuovi e diversi rispetto a quelli fatti valere nel ricorso e sottoposti dalle parti all'esame del giudice, con conseguente attribuzione di un bene o di un'utilità non richiesta dalla parte ricorrente (o comunque attribuita per ragioni dalla stessa non esternate), e pregiudizio del diritto di difesa della parte soccombente; ciò si verifica, quindi, nelle ipotesi in cui vi sia stata pronuncia oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni formulate o su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio, se il giudice ha esaminato e accolto il ricorso per un motivo non prospettato dalle parti (Consiglio di Stato sez. II, 21 ottobre 2021, n. 7078) circostanza che, nel caso qui all'esame, non si ravvisa. E' difatti pacifico che non è ipotizzabile l'ultrapetizione quando il giudice accoglie una domanda la quale può ritenersi anche virtualmente contenuta nella domanda dedotta in giudizio, e cioè quando, con particolare riguardo al *petitum* e alla causa *petendi*, la domanda accolta si trovi in rapporto di necessaria connessione con l'oggetto della pretesa che l'attore ha voluto tutelare.

20.5. E' del tutto condivisibile, peraltro, quanto affermato dalla Impresa Sangalli nella memoria depositata il 29 marzo 2022 secondo cui il provvedimento di aggiudicazione in origine impugnato è distinto dal provvedimento di seconda esclusione della Sangalli. E ugualmente condivisibile è l'affermazione secondo cui in rapporto a entrambe i provvedimenti rilevava il tema dell'ammissione alla gara di Garage Autostrade. In un giudizio la questione ineriva l'aggiudicazione della gara a Garage Autostrade che è altro tema rispetto alle esclusioni (impugnate) della impresa Sangalli.

La giurisprudenza di questa Sezione è costante nel circoscrivere la portata del principio del *ne bis in idem*. Qualora su di una determinata domanda vi sia stata statuizione del giudice e detta statuizione sia passata in giudicato, non è possibile che la stessa domanda venga riproposta, in quanto ciò comporterebbe la violazione del principio del ne bis in idem; ma perché ciò si verifichi, occorre che il precedente giudizio coinvolga le stesse parti in causa e prospetti gli stessi elementi identificativi dell'azione proposta, e quindi che nei giudizi sia chiesto l'annullamento degli stessi provvedimenti, od al più di provvedimenti diversi ma legati da uno stretto vincolo di consequenzialità, in quanto inerenti ad un medesimo rapporto, sulla base di identici motivi di impugnazione (Consiglio di Stato sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491).

Le argomentazioni esposte con ampi svolgimenti dall'appellante anche alle pagine 6 e 7 della memoria depositata il 23 settembre 2022 sono quindi del tutto inconferenti.

21. Acclarato che non sussiste alcun vizio di ultrapetizione, va osservato che la sentenza impugnata non merita le critiche che le sono state rivolte.

21.1. Con motivazione succinta ma completa il giudice di primo grado ha correttamente statuito che:

a) Garage Autostrada S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, con la conseguenza che l'Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. avrebbe dovuto essere l'unica partecipante alla procedura;

b) la fase della valutazione delle offerte tecniche, conclusasi con l'attribuzione alla Sangalli del punteggio complessivo di 41,54 punti, si è svolta in maniera viziata; il punteggio è stato determinato dal fatto che per due dei tre criteri di valutazione delle offerte tecniche (criterio n. 1 e criterio n. 2) la commissione ha riportato a uno la media dei coefficienti attribuiti dai commissari al RTI controinteressato (in quanto media più alta di quella della Sangalli), ma quest'ultimo, non avrebbe dovuto partecipare alla gara;

c) l'illegittima presenza in gara del RTI controinteressato ha influito sulla riparametrazione delle medie provvisorie dei coefficienti attribuiti alla Sangalli

e, di conseguenza, sul calcolo del punteggio definitivo della sua offerta tecnica;

d) a tale soluzione non osta il principio di invarianza; l'annullamento degli atti impugnati non comporta la necessità di variare medie o coefficienti, essendo sufficiente applicare le regole stabilite nel disciplinare, mantenendo fermi i coefficienti provvisori già assegnati alla Sangalli e tenendo conto che quest'ultima è rimasta l'unica partecipante alla gara.

21.2. Sulla base di un ragionamento lineare il TAR non ha fatto altro che adottare l'unica, semplicissima, soluzione possibile: applicare l'art. XI del Disciplinare.

22. Sulla scorta di queste considerazioni è agevole rilevare l'infondatezza, anzitutto, del terzo motivo d'appello in quanto:

a) il disciplinare ha previsto un meccanismo automatico per il calcolo dei coefficienti;

b) il principio di invarianza è qui richiamato in modo del tutto inconferente.

23. Ugualmente infondato è il quarto motivo d'appello.

23.1. Ritorniamo, ancora una volta, all'art. XI del disciplinare che così recita: *(…) In particolare, ciascun componente della Commissione attribuirà – in base alla tabella di cui sopra – un coefficiente, variabile tra zero e uno, a ciascun elemento di valutazione. Successivamente si procederà a calcolare le medie dei coefficienti attribuiti dai commissari e a trasformarle in coefficienti definitivi riportando ad uno la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate. A seguire si procederà a moltiplicare ciascun coefficiente definitivo per il relativo fattore ponderale attribuendo così un punteggio a ciascun elemento di valutazione. Infine, verranno sommati tutti i punteggi attribuiti agli elementi di valutazione in riferimento a ciascun concorrente. Il punteggio massimo relativo agli elementi di valutazione 1, 2 e 3 sarà attribuito all'Offerta che meglio risponderà alle specifiche oggettive esigenze organizzative e qualitative della Stazione Appaltante, secondo gli elementi di valutazione riportati nella griglia per la valutazione delle offerte; più specificatamente si precisa che: - in ordine all'elemento di valutazione di cui al punto 1 della tabella il punteggio sarà attribuito sulla base della valutazione della*

qualità, della adeguatezza e completezza della metodologia esposta rispetto a quanto previsto dall'espletamento del servizio per il recupero, la custodia e la vendita dei veicoli, tenendo conto della dotazione tecnica dell'operatore e della distribuzione dello stesso sul territorio; - in ordine all'elemento di valutazione di cui al punto 2 della tabella il punteggio sarà attribuito sulla base della valutazione delle procedure descritte dall'operatore per fronteggiare le situazioni di emergenza connesse allo stato dei veicoli e non rientranti nello svolgimento ordinario del servizio, tenendo conto delle tempistiche di intervento proposte; - in ordine all'elemento di valutazione di cui al punto 3 il punteggio sarà attribuito sulla base della valutazione delle modalità e tecniche informatiche adottate per garantire la gestione dei veicoli, tenendo conto della qualità, completezza ed innovatività delle stesse;(…).

23.2. Il punto che risolve la questione, complicata dalle articolate argomentazioni dell'appellante, che, si ricorda, è stata esclusa dalla gara, è che la soglia di sbarramento si riferisce chiaramente al punteggio definitivo e, quindi, la pronuncia del Giudice di primo grado, nella semplicità della sua motivazione, è da confermare.

24. Infondato è anche il quinto motivo di appello.

24.1. E anche in questo caso, le argomentazioni della Impresa Sangalli (pagina 16 della memoria depositata il 29 marzo 2022) sono condivisibili dato che l'illegittima partecipazione di Garage Autostrada ha prodotto inevitabili conseguenze sul punteggio.

24.2. Le conclusioni cui è giunto il TAR non sono scalfite neppure dalle non condivisibili argomentazioni contenute alle pagine da 9 a 13 della memoria depositata da Garage Autostrada s.r.l. il 29 marzo 2022 in cui si insiste nell'ignorare l'art. XI del disciplinare di gara.

25. Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello va perciò respinto, con integrale conferma della sentenza gravata.

26. L'esame del merito dell'appello rende irrilevante la seguente domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE proposta in via subordinata (pagina 6 della memoria depositata da Garage Autostrada il 29 marzo 2022) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 267 TFUE: "*Stabilisca la Corte se, nel caso in cui*

hanno partecipato ad una gara di appalto due concorrenti, la direttiva 89/665/CEE osta a che venga deciso il ricorso in appello, proposto dal controinteressato, nel frattempo dichiarato escluso, avverso la sentenza che aveva accolto il ricorso proposto dall'altro concorrente contro la sua esclusione. E se, in tal caso, l'interesse alla rinnovazione della gara, che si consegue dall'accoglimento dell'appello, sia meritevole di tutela con conseguente obbligo per il giudice investito dell'appello di decidere nel merito".

27. Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo. E' disposta la compensazione nei confronti dell'amministrazione che si è costituita con memoria di stile.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 130/2022.

Condanna l'appellante alle spese del grado di giudizio liquidate in € 5.000/00 (cinquemila) in favore di Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l. Compensa le spese nei confronti del Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo Milano, e dell'Agenzia del Demanio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Gianluca Rovelli	**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO