



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N. 6956/07

Reg.Dec.

N. 9845-10070

10350-10468 Reg.Ric.

ANNO 2006

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello nn. 9845/06, 10070/06, 10350/06, 10468/06, proposti rispettivamente:

1) ric. n. 9845/2006 da:

AIR ONE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Angelo Clarizia, Fabrizio Criscuolo, con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio del primo;

contro

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n. 12;

COMM. STRAORD. SOC. VOLARE GROUP - AIRLINES ED AIR EUROPE SPA, non costituitosi;

FRANCHINI FABIO IN PR. E Q.LE COMM. STRAORDINARIO SOC. VOLARE, VOLARE S.P.A., rappresentati e difesi dagli Avv.ti Laura Pierallini, Mario Sanino e Stefano Vinti, con domicilio eletto in Roma viale Parioli n. 180, presso lo studio del secondo;

ALITALIA-LINEE AEREE ITALIANE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Aristide Police, Claudio Consolo, Daniela Zavattarelli, Emanuela

LE-SP.
SC

Quici, Franco Gaetano Scoca e Marcello Molè, con domicilio eletto in Roma via delle Quattro Fontane n. 15, presso lo studio dell'ultimo;

2) ric. n. 10070/2006 da:

FRANCHINI FABIO IN QUALITA' DI COMMISSARIO STRAORDINARIO GRUPPO VOLARE, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Laura Pierallini, Mario Sanino e Stefano Vinti, con domicilio eletto in Roma viale Parioli n. 180, presso studio legale Sanino;

contro

AIR ONE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Angelo Clarizia e Fabrizio Criscuolo, con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio del primo;

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, non costituitosi;

e nei confronti di

ALITALIA LINEE AEREE ITALIANE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Aristide Police, Claudio Consolo, Daniela Zavattarelli, Emanuela Quici, Franco Gaetano Scoca e Marcello Molè, con domicilio eletto in Roma via delle Quattro Fontane n. 15, presso lo studio dell'ultimo;

VOLARE S.P.A., non costituitasi;

3) ric. n. 10350/2006 da:

ALITALIA - LINEE AEREE ITALIANE S.P.A., rappresentata e difesa Avv.ti Aristide Police, Claudio Consolo, Daniela Zavattarelli, Emanuela Quici, Franco Gaetano Scoca e Marcello Molè, con domicilio eletto in Roma via delle Quattro Fontane n. 15, presso lo studio dell'ultimo;

contro

AIR ONE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Angelo Clarizia e Fabrizio Criscuolo, con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio del primo;

VOLARE S.P.A., non costituitasi;

e nei confronti di

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, RINALDINI CARLO IN PR. NQ DI PREC. COMM. STRAORD. GRUPPO VOLARE, non costituitisi;

FRANCHINI FABIO IN PR. NQ DI COMMISS. STRAORD. GRUPPO VOLARE, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Laura Pierallini, Mario Sanino e Stefano Vinti, con domicilio eletto in Roma viale Parioli n. 180, presso lo studio del secondo;

4) ric. n. 10468/2006 da:

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma via dei Portoghesi n. 12;

contro

AIR ONE S.P.A., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Angelo Clarizia e Fabrizio Criscuolo con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio del primo;

COMMISSARIO STRAORDINARIO SOC. VOLARE GROUP S.P.A., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Laura Pierallini, Mario Sanino e Stefano

Vinti, con domicilio eletto in Roma viale Parioli n. 180, presso lo studio del secondo;

RINALDINI CARLO, non costituitosi;

ALITALIA LINEE AEREE ITALIANE S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Aristide Police, Claudio Consolo, Daniela Zavattarelli, Emanuela Quici, Franco Gaetano Scoca e Marcello Molè, con domicilio eletto in Roma via delle Quattro Fontane n. 15, presso lo studio dell'ultimo;

e nei confronti di

FRANCHINI FABIO, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Laura Pierallini, Mario Sanino e Stefano Vinti, con domicilio eletto in Roma viale Parioli n. 180, presso lo studio del secondo;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sede di Roma, Sez. III ter, 11613/2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 10 luglio 2007 relatore il Consigliere Francesco Caringella. Uditi l'Avv. Clarizia, l'Avv. Criscuolo, l'Avv. Sanino, l'Avv. Pierallini, l'Avv. Molè, l'Avv. Consolo, l'Avv. Scoca e l'Avv. dello Stato Tamiozzo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

4

FATTO

1. Con la sentenza di primo grado i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto da Air One S.p.A., compagnia aerea italiana, limitatamente alla domanda di annullamento degli atti relativi alla procedura indetta dal Commissario straordinario delle società Volare Group S.p.A., Volare Airlines S.p.A. ed Air Europe S.p.A. in amministrazione straordinaria, per la cessione del relativo complesso aziendale, procedura culminata con l'individuazione di Alitalia s.p.a. come migliore offerente. Il Tribunale ha invece declinato la giurisdizione con riguardo alla domanda intesa alla declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto di vendita stipulato, a valle della menzionata procedura di evidenza pubblica, tra il Commissario straordinario della procedura e Volare S.p.A., "società veicolo" appositamente costituita da Alitalia.

Con i ricorsi di cui ai nn. 2, 3 e 4 dell'epigrafe il Commissario straordinario del gruppo Volare, Alitalia ed il Ministro dello Sviluppo Economico appellano il *decisum* di primo grado nella parte relativa all'accoglimento della domanda di annullamento degli atti della procedura. Air one s.p.a., dal canto suo, con il ricorso n. 9845/2006, contesta la ricordata declinatoria di giurisdizione in ordine alla rivendicata inefficacia e/o nullità della pattuizione contrattuale siglata a seguito dell'espletamento della procedura di evidenza.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive posizioni difensive.

All'udienza del 10 luglio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'identità della sentenza gravata impone la riunione degli epigrafati appelli.

3. Devono essere esaminati per primi gli appelli nn. 2, 3 e 4 che riguardano la legittimità della procedura di evidenza, come tali logicamente pregiudiziali rispetto al gravame interposto da Airone con riguardo alla statuizione di prime cure concernente la conseguenziale stipulazione traslativa.

3.1. La Sezione reputa fondato il primo, comune, motivo di appello con cui si contesta la sentenza appellata nella parte in cui ha reputato fondato il motivo di ricorso di primo grado volto a stigmatizzare la mancata estromissione dalla procedura di Alitalia s.p.a. nonostante avesse prodotto in sede di offerta una dichiarazione sostitutiva del Presidente della Società in luogo dell'estratto del libro dei soci contenente l'elenco dei primi dieci soci, espressamente richiesto dal bando, nei punti 5.3.1. e 6.4., a pena di esclusione.

Il Collegio deve infatti osservare che il documento prodotto da Alitalia in sostituzione dell'estratto del libro soci costituiva un equipollente sostanziale del documento formalmente richiesto, nella misura in cui assolveva alla perseguita funzione di identificare i soci di controllo della compagine societaria. E tanto specie se si considera la notoria peculiarità della società in esame, partecipata per il 49% dallo Stato e, soprattutto, quotata in borsa con conseguente frammentazione e continua evoluzione del flottante. Si deve aggiungere che, a conferma dell'idoneità del documento richiesto a fotografare il quadro dei soci di controllo di una società caratterizzata da una compagine azionaria polverizzata, si pone il

u

non contestato rilievo che la stessa autorità di controllo del trasporto aereo (ENAC) riconosce quale equipollente dell'estratto del libro soci la dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante.

Si deve allora convenire che correttamente il Commissario non ha aderito ad un' interpretazione formalistica delle norme procedurali ma, accedendo ad una lettura teleologica della prescrizione in conformità al canone del *favor participationis*, ha reputato soddisfatto l'onere documentale imposto dalla *lex specialis*.

3.2. Sono invece infondati i motivi di appello volti a stigmatizzare l'accoglimento delle due censure relative alla violazione della norma del bando che imponeva la fissazione dei sottocriteri e la valutazione delle offerte in presenza del notaio nonché alla posteriorità della fissazione dei sottocriteri rispetto all' apertura delle buste contenenti le offerte.

I due profili sono suscettibili di trattazione congiunta per la connessione fattuale che li avvince.

3.2.1. In punto di fatto la lettura dei verbali della procedura consente di sintetizzare come segue il dipanarsi della procedura per i segmenti che in questa sede rilevano.

In sede di verbale notarile "di apertura di plichi contenenti offerte di acquisto del Gruppo Volare" in data 28 dicembre 2005 si dà atto, in chiusura (avvenuta alle ore 19,55), che "i plichi con i relativi contenuti vengono ritirati dal Commissario Straordinario onde consentirgli la valutazione delle offerte ai sensi dell'art. 63, comma 3, del D.Lgs. 8 luglio 1999 n. 270, come previsto al punto 6.2 del Bando". Segnatamente, dal verbale risulta che il Commissario straordinario "dà seguito all'apertura

delle buste 'A', 'B' e 'C' di tutti i plichi ...", ossia delle buste contenenti, oltre alla documentazione amministrativa, l'offerta tecnica (busta B) e l'offerta economica (busta C) di ciascuno dei cinque offerenti.

Nel verbale notarile "di selezione della migliore offerta di acquisto del Gruppo Volare" il 29 seguente, aperto alle ore 10,15, dato atto della comparsa del dott. Rinaldini e del precedente verbale, si espone che, completate le formalità di apertura delle buste, occorre proseguire nella procedura e si richiama al riguardo il disposto dei punti 6.1 (n. 5, sopra riportato) e 6.5 (rubricato "graduatoria", secondo cui "completate le formalità di apertura delle buste, il Commissario Straordinario o soggetto da esso delegato, con l'assistenza degli *advisors*, procederà, alla presenza del Notaio, in una o più riunioni successive, alla valutazione delle Offerte Vincolanti rimaste in gara, alla determinazione della graduatoria delle stesse ed alla selezione della migliore Offerta"). Quindi "Tutto ciò premesso e costituente con il seguito unico ed inscindibile contesto, alla mia presenza, il Commissario Straordinario dichiara quanto segue:

a) di aver proceduto alla valutazione delle offerte (...) con l'assistenza degli Studi Legali (...), come da documento che, sottoscritto dal Comparsante e da me Notaio, si allega al presente atto sotto la lettera "A";

b) di aver stabilito l'assegnazione dei punteggi sotto indicati a ciascuna delle offerte pervenute e, pertanto, di aver stabilito la seguente graduatoria (..)

c) di aver, pertanto, selezionato quale migliore offerta quella pervenuta dalla Società "ALITALIA-LINEE AEREE ITALIANE S.P.A.", portante un prezzo non inferiore al valore di stima ...".

4

Il verbale si chiude alle ore 11,25.

Va soggiunto che l'allegato 'A' al citato verbale del 29 dicembre 2005 reca la determinazione dei criteri di valutazione delle offerte. Il Commissario straordinario ha assegnato agli elementi 1) prezzo offerto, 2) affidabilità dell'offerente, 3) piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali; 4) livello occupazionale, una ponderazione rispettivamente del 40%, 15%, 15% e 30%.

3.2.2. L'esposta dinamica dei fatti pone in rilievo che, il Commissario straordinario, per un verso, ha proceduto alla fissazione dei sottocriteri di valutazione in un torno di tempo successivo alla conoscenza (almeno potenziale) delle offerte e, per altro verso, ha proceduto alla relativa valutazione senza la presenza del notaio. Di qui l'integrazione del duplice vizio dato dalla violazione del principio generale che, per ragioni legate alla tutela della trasparenza e dell'imparzialità delle procedure di evidenza, impone che la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte debba essere effettuata in un torno di tempo anteriore all'apertura delle buste in guisa da evitare che detti elementi possano essere confezionati e calibrati in chiave premiale o penalizzante rispetto alle singole offerte; nonché dalla trasgressione della disposizione di cui alla sezione 6.1., punto 5, che richiedeva *expressis verbis* la presenza del notaio in occasione della o delle riunioni dedicate alla valutazione delle offerte.

3.2.3. In ordine al primo aspetto, l'analisi del tenore dei due sopra riportati verbali del 28 e del 29 dicembre consente di ricavare che la predeterminazione dei "pesi" in base ai quali valutare i quattro elementi è stata effettuata dopo che il Commissario, aperte le buste dinanzi al notaio,

aveva potuto prendere conoscenza degli specifici contenuti delle offerte tecniche ed economiche. Donde la violazione del principio affermato dal consolidato indirizzo giurisprudenziale che consente la specificazione dei criteri di valutazione con la determinazione dei relativi valori ponderali solo in una fase necessariamente anteriore al momento dell'apertura delle buste. Infatti, anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse. Nel caso in esame, in particolare, la conoscibilità delle cinque, diverse, offerte tecniche ed economiche consentiva, in linea astratta, di assumere per i singoli elementi di valutazione una determinata misura percentuale in luogo di altra, in modo che nella combinazione delle rispettive valutazioni ~~è~~ risultasse attribuito un miglior punteggio complessivo ad un offerente anziché ad un altro.

Non induce ad una valutazione positiva della condotta del Commissario l'insistito accento delle parti appellanti sulla circostanza che detti parametri rileverebbero quali meri canoni motivazionali della scelta in ordine all'attribuzione dei punteggi. L'esame della prima citata documentazione mette infatti in evidenza che con detta tabella l'organo procedente, lungi dall'aver fornito un sostrato motivazionale alle proprie valutazioni, si è auto-assoggettato a seguire determinati criteri di valutazione, mediante l'elaborazione dei pesi, in un'epoca successiva alla conoscenza integrale delle offerte. Detta operazione integra quindi

4

fissazione tardiva di un autovincolo valutativo senza potere essere derubricata a semplice sostrato motivazionale o traduzione matematica dell'importanza attribuita dal Commissario ai diversi elementi dell'offerta.

Non persuade, poi, il rilievo secondo cui l'iniziativa di vendita in esame non comporterebbe alcun obbligo legale di esperire qualsivoglia procedura concorsuale di selezione, né ancor meno il vincolo di improntare la contrattazione a regole e principi valevoli per le tipiche procedure ad evidenza pubblica. A tale argomento si deve replicare che l'autovincolo assunto dal commissario con l'indizione di una gara retta da un vero e proprio bando implica l'indefettibile corollario dell'estensione, quanto meno, dei principi fondamentali, quale quello nella specie trasgredito, delle procedure di evidenza pubblica.

Non è poi persuasivo neanche il richiamo alla fedeltà delle operazioni alla procedimentalizzazione sancita nel bando, se si considera che la *lex specialis* non imponeva un momento preciso ai fini della specificazione dei criteri. Donde la necessità di accedere, all'uopo, all'applicazione dei canoni fissati dalla *lex specialis* in coerenza con i suddetti principi che disciplinano la materia.

Si deve soggiungere che la verifica effettuata dal Comitato di sorveglianza (verbale n. 11 del 23 gennaio 2006, richiamato nel decreto impugnato) risulta eseguita conservando la stessa proporzione dei "pesi" del 40%, 15%, 15% e 30% fissata appunto dal Commissario, rapportati rispettivamente a 400, 150, 150 e 300 anziché ciascuno a 1.000, come fatto dal Commissario. Anche in relazione a tale esito resta pertanto integro l'interesse dell'istante a far valere il vizio riscontrato. Resta quindi ferma

l'incidenza del vizio in cui è incorso il Commissario sugli atti consequenziali, segnatamente con riguardo al decreto ministeriale del 17 marzo 2006, conclusivo della procedura.

Infine, la connessione reciproca tra i pesi riconosciuti ai singoli elementi ed il legame tra il momento della fissazione dei valori ponderali e quello della relativa applicazione impedisce di dare ingresso alla prova di resistenza di cui all'art. 21 *octies* comma 2, della legge n. 241/1990.

3.2.4. In ordine al secondo aspetto (ossia la mancata presenza del notaio all'atto della fissazione dei sottocriteri di valutazione e, soprattutto, al momento della valutazione delle offerte) dal tenore dei verbali si ricava che:

- il giorno 28 dicembre 2005 il Commissario straordinario ha ritirato i plichi, completi del rispettivo contenuto, relativi alle offerte di che trattasi;

- il giorno seguente, alle ore 10,15, si è presentato davanti al notaio ed ha reso le dichiarazioni suddette ("di aver proceduto ...". "di aver stabilito ...", "di aver selezionato ..."), in modo non equivoco riferite ad attività già svolte, relative alle operazioni di cui agli elaborati poi allegati a verbale.

Si evince dallo stesso verbale, quindi, che il Commissario straordinario non ha agito alla presenza del notaio (manca infatti una altrimenti necessaria declaratoria in ordine all'espletamento di dette operazioni in presenza del notaio). Del pari non risulta "redatto apposito verbale" della valutazione delle offerte e dell'assegnazione dei relativi punteggi, come richiesto per queste operazioni dallo stesso bando (vedi il punto 6.1). Di qui la violazione del cit. punto 6.1, n. 5, secondo cui: "Il

Commissario Straordinario (o soggetto da esso delegato) con l'assistenza dei propri Advisor procederà, alla presenza del notaio, in una o più riunioni successive, alla valutazione delle Offerte Tecniche ed Economiche relative alle Offerte rimaste in gara e all'assegnazione dei relativi punteggi, secondo i criteri di valutazione indicati nella Sezione 6.2, di cui verrà redatto apposito verbale dal notaio”.

La fondatezza di tale censura non può essere scalfita dalla dichiarazione postuma rilasciata dal notaio in data 10 maggio 2006, in ordine alla circostanza che “le operazioni di valutazione delle offerte presentate per l’acquisizione del Complesso Aziendale del Gruppo Volare sono state effettuate “in un unico ed inscindibile contesto alla mia presenza e presso il mio Studio ...” . Tale dichiarazione, infatti, non gode di fede privilegiata e non è un grado di infirmare il chiaro tenore dei verbali fidefacenti dai quali si ricava che il Commissario ha ritirato le buste aperte nella serata del giorno 28 e nella mattinata del giorno successivo, senza procedere ad una valutazione delle offerte in un arco di tempo palesemente incongruo (un’ora e dieci minuti), ha semplicemente dato atto, in presenza del notaio, dei criteri di valutazione già stabiliti e della valutazione che, in base a questi, era già stata operata.

3.3. Gli appelli di cui ai nn. 2, 3 e 4 sono pertanto infondati quanto al *petitum* di reiezione del ricorso di primo grado. La sentenza di primo grado merita quindi conferma nel dispositivo finale, pur se con diversa motivazione.

4. E’ infondato anche l’appello sub 1 proposto da Airone nei confronti della statuizione di prime cure nella parte in cui ha declinato la

giurisdizione sulla domanda rivolta alla declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di compravendita del Gruppo Volare stipulato tra il Commissario straordinario e la *newco* Volare S.p.A., costituita da Alitalia.

La Sezione osserva infatti che, in disparte le tematiche sostanziali relative alla sorte del contratto stipulato a valle di una procedura di evidenza retroattivamente travolta dal giudicato amministrativo, le questioni privatistiche relative alla validità od efficacia del contratto stipulato a seguito di una procedura comparativa pubblicistica toccano rapporti paritetici e coinvolgono questioni di diritto soggettivo che sfuggono, in sede di cognizione, alla giurisdizione amministrativa al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. Di qui la correttezza della declinatoria di giurisdizione intervenuta in primo grado, venendo nella specie in rilievo una fattispecie di vendita non sussumibile nel novero dei contratti passivi della P.A. di cui al combinato disposto degli artt. 1 e 244 del codice di contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

5. In conclusione, tutti i riuniti appelli vanno respinti.

La complessità delle questioni giustifica la compensazione integrale di spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Respinge gli appelli riuniti e conferma, con diversa motivazione, la sentenza gravata.

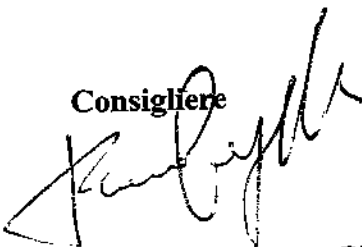
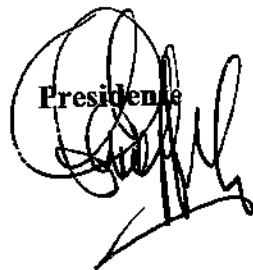
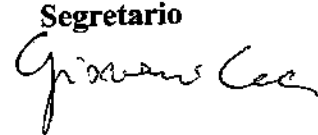
Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 10 luglio 2007 dal Consiglio di Stato, in sede
giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei

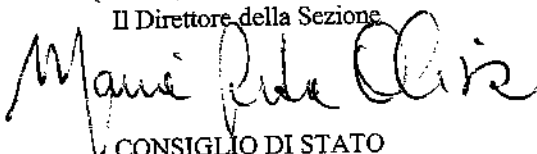
Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Giuseppe Romeo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Caringella	Consigliere Est.
Roberto Chieppa	Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 25/09/07
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione



CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 25/09/07 copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero SVILUPPO ECONOMICO-

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

