



**REPUBBLICA ITALIANA**

N. Reg.Sent.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Anno 2006

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE**

N. 3763 Reg.Ric.

**PER IL LAZIO - SEZIONE III TER**

Anno 2006

composto dai signori

Francesco Corsaro

PRESIDENTE

Angelica Dell'Utri

COMPONENTE, relatore

Giulia Ferrari

COMPONENTE

ha pronunciato la seguente

### **SENTENZA**

sul ricorso n. 3763/06 Reg. Gen., proposto da AIR ONE S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Fabrizio Criscuolo e Angelo Clarizia, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

### **CONTRO**

il Ministero delle attività produttive (ora dello sviluppo economico), in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato e per legge domiciliato presso la medesima in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

### **E NEI CONFRONTI**

del Commissario straordinario delle società Volare Group S.p.A., Volare Airlines S.p.A. ed Air Europe S.p.A. in amministrazione straordinaria, in persona dapprima del dott. Carlo Rinaldini, costituitosi anche in proprio, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Stefano Vinti, Dario Trevisan e Laura

Pierallini, elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, via Emilia n. 88; poi in persona del dott. Fabio Franchini, costituitosi pur esso anche in proprio, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Mario Sanino, Stefano Vinti e Laura Pierallini, elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, viale Parioli n. 180;

di Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Claudio Consolo, Franco Gaetano Scoca, Aristide Police, Marcello Molé, Emanuela Quici e Daniela Zavattarelli, elettivamente domiciliata presso lo studio del quarto in Roma, via delle Quattro Fontane n. 15;

di Volare S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

#### **per l'annullamento**

del decreto in data 17 marzo 2006 del Direttore generale per lo sviluppo produttivo e la competitività del Ministero delle attività produttive;

dell'approvazione rilasciata dal Ministero delle attività produttive della graduatoria presentata dalla commissione di aggiudicazione, così come di ogni provvedimento od atto presupposto, successivo e conseguente o comunque connesso, tra cui il “verbale di apertura dei plichi contenenti offerte di acquisto del Gruppo Volare” per notar Garbagnati di Milano, n. 162154 di rep., n. 23114 di racc., del 28 dicembre 2005, ed il “verbale di selezione della migliore offerta di acquisto del Gruppo Volare” per notar Garbagnati di Milano, n. 162160 di rep., n. 23119 di racc., del 29 dicembre 2005; nonché

#### **per la declaratoria di nullità e/o inefficacia**

del contratto stipulato tra il Commissario straordinario delle società Volare Group S.p.A., Volare Airlines S.p.A. ed Air Europe S.p.A. in amministrazione straordinaria dott. Carlo Rinaldini e la Società Volare S.p.A. in data 13 aprile 2006.

Visti il ricorso con i relativi allegati ed il successivo atto contenente motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle attività produttive, del Commissario straordinario delle società Volare Group S.p.A., Volare Airlines S.p.A. ed Air Europe S.p.A. in amministrazione straordinaria, dott. Carlo Rinaldini poi dott. Fabio Franchini, nonché di Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.;

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

Vista l'ordinanza collegiale 11 maggio 2006 n. 2657, con la quale è stata respinta la domanda cautelare avanzata dalla ricorrente;

Vista l'ordinanza 23 maggio 2006 n. 2464 del Consiglio di Stato, Sez. VI, con la quale, in riforma della predetta ordinanza, sono stati sospesi gli effetti degli atti impugnati;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2006, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri, uditi per le parti gli Avv.ti Clarizia, Criscuolo, Scoca, Police, Molé, Zavattarelli, Vinti, Sanino e l'Avv. dello Stato Tamiozzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **F A T T O**

Con ricorso notificato il 27, 28 aprile e 2 maggio 2006 la Air One S.p.A., compagnia aerea italiana, partecipante 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, dott. Carlo Rinaldini, per la cessione del relativo complesso aziendale, premesse notazioni in fatto circa la contestazione da parte sua della partecipazione alla stessa procedura di Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. e circa il procedimento posto in essere, ha impugnato gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione e la vendita del complesso aziendale di cui trattasi in favore di quest'ultima, ed ha chiesto nel contempo la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto stipulato il 13 aprile 2006, deducendo:

1.- Violazione e falsa applicazione dei punti 5.3.1., n. (vi) e 6.4 del bando. Violazione dell'autolimita della pubblica amministrazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

Poiché dal verbale del 28 dicembre 2005 risulta che Alitalia ha prodotto 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 che commina l'esclusione per la mancanza o, comunque, la non conformità alle modalità e formalità previste dallo stesso bando di anche uno solo dei documenti prescritti, la medesima avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa.

2.- Violazione e falsa applicazione del punto 6.1, n. 5) del bando di gara.

La valutazione delle offerte tecniche ed economiche, difformemente dalle prescrizioni del bando che stabiliva come ciò dovesse avvenire alla presenza del notaio con redazione di verbale, è stata effettuata dal Commissario straordinario senza la presenza del notaio, che si è limitato a

ricevere la dichiarazione del medesimo di aver valutato le offerte ed assegnato i punteggi, così privandosi di certezza pubblica privilegiata tale delicatissima operazione, comprensiva della predisposizione dei relativi criteri e rispettivi pesi.

3.- Violazione di ogni norma e principio in materia di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte. Eccesso di potere per sviamento, ingiustizia manifesta, irragionevolezza.

a.- E' mancata un'effettiva predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte, posto che il Commissario si è limitato a riprodurre i quattro generici "criteri" (in realtà "elementi") del bando, senza alcuna specificazione, e a prevedere il relativo peso in percentuale. Sicché il giudizio ne è risultato arbitrario ed assolutamente svincolato da regole predeterminate ed uniformi, tanto che - ad esempio - alla ricorrente ed ad Alitalia è stato attribuito lo stesso punteggio per i livelli occupazionali benché la prima avesse offerto di mantenere i 707 dipendenti per un anno in più.

b.- I c.d. "criteri" e, segnatamente, i "pesi" sono stati elaborati successivamente all'apertura delle buste contenenti sia le offerte economiche che quelle tecniche.

4.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, l. n. 241 del 1990 nonché del punto 6.2 del bando di gara. Violazione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990: difetto e/o contraddittorietà di motivazione. Eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, per disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.

Come da bando, il Commissario era tenuto a valutare le offerte tenendo

conto delle differenze in esse presenti in ordine al regime temporale del mantenimento dei livelli occupazionali, mentre ha valutato con lo stesso punteggio di Air One l'offerta Alitalia di mantenere gli occupati per il solo biennio minimo da garantirsi, senza peraltro fornire alcuna motivazione al riguardo. Ove valutata secondo un corretto criterio di proporzionalità, l'offerta della ricorrente sarebbe risultata prima in graduatoria.

5.- Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca, difetto assoluto di istruttoria, travisamento dei fatti.

Il decreto impugnato riferisce solo una parte della nota del Presidente della CONSOB (sollecitata dallo stesso Ministero a fornire elementi in merito alla notizia dell'operazione in questione ai soci di Alitalia), senza menzionare l'omissione nel prospetto informativo di Alitalia di uno specifico riferimento all'eventualità di proporre un'offerta di acquisizione del Gruppo Volare e, soprattutto, senza dar conto del carattere interlocutorio della stessa nota. Contraddittorietà si ravvisa laddove, a seguito di una precedente nota, si era ritenuto inopportuno concludere l'iter di aggiudicazione e non anche a seguito della seconda nota, altrettanto interlocutoria ed esprime il perdurante dubbio circa la correttezza informativa di Alitalia. Non vi è motivazione sul punto.

6.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 5.1 del bando di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 27, 37, 42 e 63, co. 2 e 3, D.Lgs. n. 270 del 1999, anche in combinato disposto con la previsione del bando di gara. Illogicità e manifesto contrasto con le finalità ed i principi posti dalla legge n. 270 del 1999 (art. 63).

Il contratto di acquisto del Gruppo Volare è stato stipulato da Volare S.p.A.

con socio unico Alitalia; ma, nonostante quanto prescritto dal bando, Alitalia ha partecipato alla gara senza evidenziare nell'offerta la propria volontà di procedere all'eventuale acquisizione tramite una società veicolo di recente costituzione e, di conseguenza, senza identificare chiaramente il soggetto diverso che avrebbe formalmente acquistato. In tal modo ha violato il principio dell'immodificabilità della persona che partecipa ad una procedura per la stipula di un contratto, ha violato la prescrizione di bando ed il preciso impegno di acquistare direttamente, assunto con l'offerta priva di indicazione della volontà di procedervi mediante una *newco*, nonché ha di conseguenza radicalmente modificato il contenuto della propria offerta. Ciò altera le condizioni di gara, viola la par condicio e vanifica la verifica dei requisiti di ammissione. Essendo stato individuato il soggetto legittimato all'acquisto in una società che non aveva preso parte alla procedura, risulta inficiato in radice il successivo contratto.

7.- Violazione delle stesse norme e principi di cui al precedente motivo. Violazione dell'art. 1 del decreto 17 marzo 2006 del Ministero della attività produttive.

L'art. 1 dell'impugnato decreto autorizzava il Commissario straordinario a stipulare il contratto esclusivamente con Alitalia ed alle condizioni di cui all'offerta del 28 dicembre 2005; non indica perciò la possibilità di acquisto da parte di soggetto diverso. Di qui un ulteriore profilo di nullità del contratto.

8.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 27, 37, 42 e 63, co. 2 e 3, D.Lgs. n. 270 del 1999, anche in combinato disposto con le previsioni del bando di gara. Violazione falsa applicazione della disciplina in materia di

Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria e di mobilità dei dipendenti. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto connessi all'affidabilità dell'aggiudicatario sulla salvaguardia delle attività aziendali in liquidazione. Sotto altro profilo, eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà interna al provvedimento ed esterna con i principi di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.

Alitalia, stante lo stato di profonda crisi in cui - nonostante gli aiuti di Stato, peraltro sorvegliati dalle Autorità comunitarie - versa, tanto che si è fatto ricorso agli ammortizzatori sociali, è priva del requisito dell'affidabilità dell'acquirente e del relativo piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali anche in ordine alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali, prescritto dal cit. art. 63, co. 1.e 2. Quindi il Ministero avrebbe dovuto negare la partecipazione alla gara della stessa Alitalia o, quantomeno, sottoporre al proprio vaglio le misure che la stessa avrebbe potuto o dovuto adottare per il riassorbimento del proprio personale ed il risanamento delle proprie attività; né poteva ritenere adeguata la sanzione di cui all'art. 1456 c.c. inserita nel bando, giacché l'eventuale risoluzione non giova alla conservazione delle attività imprenditoriali e dell'occupazione. Non considera il fatto che Alitalia dichiara di ricorrere alla CIGS anche per i dipendenti del Gruppo Volare, senza spiegare come possa assumerli senza riassorbire i propri dipendenti, come possa mantenere i benefici della CIGS per i dipendenti propri e del Gruppo Volare, né come conservare e sommare i relativi sgravi contributivi con l'assorbimento di ulteriori risorse da reintrodurre in un altro trattamento CIGS.

La situazione di Alitalia non è stata tenuta presente neppure ai fini



dell'attribuzione del punteggio per affidabilità e per il livello occupazionale garantito, per i quali identica valutazione è stata effettuata nei riguardi di Air One. In tale contesto, la modificazione soggettiva realizzata con la costituzione di Volare S.p.A. appare intesa ad eludere le predette gravissime criticità.

9.- Violazione e falsa applicazione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e di compatibilità con il mercato. Violazione e falsa applicazione della decisione della Commissione UE n. 270/2004.

Sotto altro profilo: Eccesso di potere per contraddittorietà con gli impegni assunti in sede comunitaria, per carenza dei presupposti di fatto e di diritto connessi ai requisiti per l'ammissione della società Alitalia alla gara. Sotto altro profilo: Eccesso di potere per violazione del principio della *par condicio*.

Per quanto esposto il Ministero non avrebbe dovuto non solo emettere l'impugnato decreto autorizzativo, ma neanche ammettere Alitalia presentare offerta giacché alla data ultima (20 novembre 2005) non erano ancora operanti gli imponenti aiuti "di salvataggio" (non "di ristrutturazione") autorizzati dalla Commissione europea, idonei essi stessi a pregiudicarne l'ammissione in quanto suscettibili – seppur indirettamente - di essere impiegati per falsare il gioco della concorrenza nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica quale quella per cui è causa, quindi idonei alterare la *par condicio* tra i partecipanti in contrasto con ogni regola e principio comunitario. D'altra parte la Commissione europea aveva autorizzato gli aiuti di salvataggio prendendo atto dell'impegno di Alitalia e del Governo italiano a non aumentare la capacità dell'offerta e a non

utilizzare gli stessi aiuti per la copertura di nuovi investimenti; e l'acquisizione del complesso aziendale è proprio un nuovo investimento, comportando aumento di capacità; né l'acquisizione in questione era prevista nel piano di risanamento che ha rappresentato il presupposto essenziale degli aiuti, senza i quali anche Alitalia sarebbe stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria.

Il Ministero non poteva superare quanto sopra prendendo atto del rimborso del "prestito ponte", sia perché proprio il Ministero ha autorizzato il Commissario straordinario a differire dal 20 al 28 dicembre la scadenza per la presentazione delle offerte proprio per consentire ad Alitalia di effettuare il rimborso - avvenuto sempre grazie agli impegni dello stesso Ministero - in data 21 dicembre, sia perché alla data del 20 novembre prevista per la manifestazione dell'interesse Alitalia versava in un grave stato di insolvenza sicché in carenza degli aiuti non avrebbe potuto effettuare tale manifestazione.

10.- Eccesso di potere per carenza, in capo ad Alitalia, dei requisiti di ammissione alla procedura di evidenza pubblica per la cessione del complesso aziendale del Gruppo Volare in costanza di procedura idonea a denotare stato di insolvenza della medesima Compagnia, per illogicità e manifesto contrasto con le finalità ed i principi posti dalla legge n. 270 del 1999.

Alitalia non poteva essere ammessa, atteso il divieto di partecipazione stabilito dal bando per le imprese sottoposte a qualsiasi procedura che denoti lo stato di insolvenza, sia per la sua suddetta situazione economico finanziaria, sia perché una siffatta procedura è quella di controllo di

compatibilità degli aiuti, nonché in quanto la sua partecipazione si pone in contrasto con le stesse finalità della cessione, consistenti nella salvaguardia delle attività aziendali in liquidazione ed il mantenimento dei livelli occupazionali attraverso il recupero di un effettivo equilibrio economico.

11.- Eccesso di potere, contraddittorietà ed illogicità del provvedimento ministeriale per omessa e/o erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto relativi alle condizioni ed ai limiti imposti dalla Commissione europea in ordine al procedimento di privatizzazione di Alitalia, ai fini dell'esclusione dell'operazione di ricapitalizzazione come aiuto di Stato.

L'impegno di privatizzazione di Alitalia è stato sostanzialmente eluso sia per il comportamento statale quale privato investitore che per la limitatezza dell'intervento privato.

12.- Manifesta violazione e falsa applicazione degli artt. 6, 22 e 25 della legge n. 287/1990. Eccesso di potere per omessa e carente istruttoria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 63 D.Lgs. n. 270/1999.

Il Ministero avrebbe dovuto inoltre verificare l'inesistenza di ulteriori impedimenti alla stregua della normativa *antitrust*, peraltro espressamente segnalati dall'attuale ricorrente (quali il sommarsi – per effetto della concentrazione - degli *slots* posseduti dal Gruppo Volare e da Alitalia sull'aeroporto di Linate, tale da impedire all'istante di operarvi, specie per i collegamenti con l'aeroporto di Orly) ed interessare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di cui avrebbe dovuto acquisire preventivamente il parere.

Le parti intime, con esclusione di Volare S.p.A., si sono costituite in giudizio; Alitalia ed il Commissario straordinario, nella persona del dott.

Carlo Rinaldini presente anche in proprio, hanno svolto controdeduzioni; il secondo ha altresì eccepito il difetto di giurisdizione.

In relazione al deposito da parte di quest'ultimo, tra l'altro, della dichiarazione di offerta di Alitalia, contenente l'indicazione di acquisto mediante società veicolo appositamente costituita, con atto notificato il 22 ed il 26 maggio 2006 Air One ha proposto motivi aggiunti contestando la mancata osservanza del punto 5.1 del bando, il quale imponeva all'offerente di identificare chiaramente una società veicolo già costituita al momento dell'offerta e non consentiva la presentazione di un'offerta per persona da nominare.

Con ordinanza collegiale 11 maggio 2006 n. 2657 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare avanza dalla ricorrente. Con ordinanza 23 maggio 2006 n. 2464 la Sezione VI del Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto avverso la prima ed ha sospeso gli effetti degli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti di rinnovazione della gara e quelli volti alla salvaguardia medio tempore degli interessi pubblici e privati.

Con memoria del 3 ottobre 2006 il Ministero dello sviluppo economico (già delle attività produttive) ha svolto anch'esso controdeduzioni.

Con memoria del 13 seguente Air One ha replicato all'eccezione formulata dal Commissario straordinario dott. Rinaldini ed alle avversarie argomentazioni difensive.

In data 17 ottobre 2006 si è costituito in giudizio anche in proprio il dott. Fabio Franchini, subentrato quale Commissario straordinario, e con

memoria del successivo giorno 20, richiamate le eccezioni svolte, ha confutato tutte le proposte censure, soffermandosi in specie sulle due che hanno formato oggetto di censura da parte del Consiglio di Stato in sede cautelare, ed ha inoltre sostenuto che l'eventuale annullamento dell'atto conclusivo del procedimento amministrativo non può spiegare effetti sul contratto, già stipulato anteriormente alla proposizione del ricorso.

Infine, in pari data ha prodotto memoria anche Alitalia, con cui ha ribadito ed ulteriormente illustrato le proprie difese, rimarcando altresì l'inammissibilità della richiesta pronuncia di nullità e/o inefficacia del contratto stipulato il 13 aprile 2006.

All'odierna udienza pubblica la causa è stata posta in decisione, previa ampia trattazione orale.

## **DIRITTO**

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, col ricorso in esame la compagnia aerea Air One S.p.A., partecipante alla "procedura di vendita del complesso aziendale del Gruppo Volare" (Volare Group S.p.A., Volare Airlines S.p.A. e Air Europe S.p.A.) in amministrazione straordinaria indetta con bando pubblicato il 25 ottobre 2005 e classificatasi al secondo posto della relativa graduatoria, impugna il decreto ministeriale 17 marzo 2006, col quale il Commissario straordinario del Gruppo è stato autorizzato ad aggiudicare la gara ad Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. ed a stipulare con la medesima il contratto di compravendita del Gruppo stesso, nonché gli atti della medesima procedura tra i quali, in particolare, i due verbali in date 28 e 29 dicembre 2005, di "apertura dei plichi contenenti le offerte di acquisto" e "selezione della migliore offerta" da parte del Commissario

straordinario. Chiede, altresì, che sia dichiarato nullo e/o inefficace il detto contratto, stipulato il 13 aprile 2006 tra il Commissario straordinario e Volare S.p.A., “società veicolo” appositamente costituita da Alitalia.

2.- In via preliminare, va esaminata l’eccezione formulata dalla difesa del Commissario straordinario Carlo Rinaldini, richiamata dalla difesa del Commissario straordinario dott. Fabio Franchini, subentrato al primo, con la quale si adduce, oltre all’inconferenza del richiamo di parte ricorrente all’art. 23 *bis* l. n. 1034/71, “l’assoluto difetto di giurisdizione in capo al Giudice Amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto l’attività di gestione straordinaria e in generale di liquidazione dei complessi aziendali in crisi, per ciò che attiene ai comportamenti posti in essere da Commissario straordinario”. Si sostiene che, nonostante la presenza di profili procedimentali e provvedimentali di tipo amministrativo, attinenti in particolare alla vigilanza del Ministero delle attività produttive, non per questo la materia che attiene al salvataggio realizzata dal Commissario straordinario è attratta dalla giurisdizione amministrativa, tant’è che l’art. 40 del D.Lgs. n. 270 del 1999 non gli conferisce alcun tipo di funzione amministrativa, ma solo i poteri (privatistici) di gestione del complesso aziendale, e tenuto conto che l’art. 1 della legge 23 agosto 1988 n. 391 (che riservava ai TAR la competenza, oltre che sui ricorsi contro atti e provvedimenti di autorizzazione alla vendita dei beni di proprietà delle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, quelli “contro atti o provvedimenti adottati nel corso della suddetta procedura di vendita”) è stato espressamente abrogato dall’art. 109 del D.Lgs. n. 270/99 il quale, d’altra parte, all’art. 65 ribadisce che la sede naturale delle censure avverso

l'attività del Commissario straordinario è quella del giudice ordinario, vertendosi in tal caso in materia di diritti soggettivi.

Al riguardo, il Collegio osserva che, se va condivisa la tesi del resistente secondo cui la fattispecie in esame non rientra in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 (aggiunto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000 n. 205), non trattandosi, in particolare, di procedura di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità (lett. b) né di servizi pubblici o forniture (lett. c), e neppure, all'evidenza, di provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici (lett. e), l'eccezione di cui innanzi non può invece che essere disattesa.

Invero, come oppone controparte il cit. art. 65 del D.Lgs. 8 luglio 1999 n. 270, nello stabilire che “Contro gli atti e i provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, relativi alla liquidazione dei beni di imprese in amministrazione straordinaria, è ammesso ricorso al tribunale in confronto del commissario straordinario e degli altri eventuali interessati”, non fa altro che ribadire il tradizionale criterio di riparto fondato sulla natura e consistenza della posizione giuridica fatta valere in giudizio, sicché, pur dopo l'abrogazione dell'art. 1, co. 1, della legge 23 agosto 1988 n. 361, che in materia configurava la giurisdizione amministrativa esclusiva, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo l'impugnazione da parte di un offerente alla procedura di vendita della serie procedimentale culminata con l'autorizzazione ministeriale alla vendita dei beni dell'impresa insolvente, dal momento che le posizioni soggettive ivi coinvolte non possono che essere qualificate di interesse legittimo (cfr., in tal senso, TAR Liguria, Sez.

II, 25 maggio 2005 n. 715).

In altri termini, il detto art. art. 65, lungi dal configurare a sua volta un'ipotesi di giurisdizione ordinaria esclusiva, attribuisce al giudice ordinario le sole controversie riguardanti atti e provvedimenti relativi alla liquidazione dei beni dell'impresa in amministrazione straordinaria "lesivi di diritti soggettivi", mentre per il resto opera il generale criterio di riparto della giurisdizione, in base al quale spetta al giudice amministrativo ogni controversia relativa alla legittimità degli atti lesivi di posizioni di interesse legittimo.

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, equiparata per legge alla liquidazione coatta, dà luogo, infatti, ad un procedimento amministrativo essenzialmente finalizzato al mantenimento dell'occupazione, nell'ambito del quale anche la cessione dei singoli cespiti, pur mediante strumenti di carattere privatistico, è volta a realizzare, oltre all'interesse dei creditori, le finalità pubbliche della salvaguardia dei livelli occupazionali e del risanamento economico dell'impresa. Sulla base di tali premesse, è stato affermato in giurisprudenza che tale procedura è "presidiata da esigenze di politica industriale di carattere generale, la cui valutazione è rimessa all'autorità di vigilanza (Ministero delle attività produttive), con conseguente degradazione dei diritti soggettivi dei privati coinvolti nel procedimento al ruolo d'interesse legittimo, implicante la sola pretesa alla legittimità degli atti e dei provvedimenti attraverso i quali si sviluppa il procedimento"; ed in tale prospettiva l'art. 1, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 391 aveva "la mera finalità di dar *lume agli interpreti e dissipare possibili equivoci in relazione al massiccio ricorso da*



*parte dei privati all'autorità giudiziaria ordinaria con l'intento di sovrapporre le loro esigenze individuali a quelle collettive che l'autorità di vigilanza è tenuta a tutelare (Cass. SS.UU. 20 dicembre 1990, n. 12068)”,* ragion per cui il ripetuto art. 65 “non introduceva un nuovo riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, *avendo avuto riguardo alla consistenza delle posizioni giuridiche coinvolte, quali risultavano dalle norme sostantive senza forzarle in ambito di tutela diversa attraverso la degradazione, ovvero con l'introduzione ex novo di un ambito di giurisdizione esclusiva (investendo il giudice amministrativo anche della cognizione di diritti soggettivi).* Di modo che, *anche se il legislatore non fosse intervenuto, l'interprete sarebbe potuto giungere ugualmente alla conclusione che rientrassero nell'ambito della giurisdizione generale amministrativa di legittimità tutte le impugnazioni di atti amministrativi adottati nel corso della procedura di vendita (Cass. SS.UU. 23 agosto 1990, n. 8579)”. Con la conseguenza che “l'esplicita abrogazione dell'indicato art. 1 della legge 23 agosto 1988, n. 391 ad opera dell'art. 109 lett. b) del decreto legislativo n. 270/99 (Prodi bis), non ha avuto neanche alcuna incidenza sul riparto della giurisdizione che, come avveniva precedentemente, continuava ad essere distribuita tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla base della sostanziale posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio dall'interessato”. Si è così riconosciuto che la controversia concernente l'autorizzazione ministeriale alla liquidazione del complesso aziendale rientra nella competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, mentre ricade in quella del giudice ordinario la controversia relativa al subprocedimento di*

liquidazione del complesso aziendale instaurata dal creditore che, temendo le conseguenze di una vendita antieconomica, contesti l'adeguatezza del prezzo e la legittimità delle previste modalità di pagamento, la regolarità delle garanzie, la scomposizione dell'oggetto con l'attribuzione agli immobili di un valore del tutto irrisorio; controversia, quest'ultima, intesa ad ottenere "tutela piena di diritto soggettivo" e, dunque, "la posizione giuridica fatta valere al riguardo" va parimenti "qualificata come diritto soggettivo pieno" (Cfr. Cons. St., Sez. VI, 12 aprile 2004 n. 1674).

Ricordato che l'oggetto della controversia in trattazione non è costituito dalla liquidazione del complesso aziendale del Gruppo Volare, ma dalla procedura vendita dello stesso complesso, e che parte ricorrente non è creditrice del medesimo né rivendica diritti sul relativo patrimonio, bensì è soggetto partecipante a detta procedura conclusasi col provvedimento ministeriale impugnato, alla stregua delle considerazioni che precedono deve ritenersi che la controversia rientri nell'ambito della giurisdizione generale amministrativa di legittimità, tenuto conto che a fronte della procedura in parola sono configurabili esclusivamente posizioni di interesse legittimo.

3.- Risolta nei sensi di cui innanzi la questione di giurisdizione sulla svolta impugnativa, nel merito già il primo motivo di gravame si rileva fondato.

Con tale mezzo, rubricato violazione del bando ed eccesso di potere sotto vari profili, si deduce che Alitalia avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione ai sensi del punto 6.4 dello stesso bando, non avendo osservato la prescrizione che in sede di presentazione dell'offerta imponeva l'inclusione nella busta A del documento n. 6 consistente in un "estratto del

libro soci con l'indicazione di tutti i soci o almeno dei dieci maggiori soci" (punto 5.3.1.vi), giacché essa aveva prodotto in luogo di tale documento una dichiarazione sostitutiva del Presidente.

Il richiamato punto 6.4 del bando, denominato "cause di esclusione", stabilisce l'esclusione dalla procedura di vendita degli "Offerenti che avranno omesso di presentare anche uno solo dei documenti richiesti (...) o che comunque non si siano attenuti alle modalità e formalità previste nel presente Bando".

Ora, nel verbale di apertura dei plichi in data 28 dicembre 2005 si dichiara che nelle buste degli offerenti sono stati rinvenuti tutti i documenti prescritti "ad eccezione

1) del documento numero 6 (sei) della Busta 'A' dell'offerta 'ALITALIA- LINEE AEREE ITALIANE S.P.A.' che in sostituzione dell'estratto del libro dei soci contenente l'elenco dei primi dieci azionisti contiene una dichiarazione sostitutiva del Presidente della Società".

Tuttavia, da tale carenza il Commissario straordinario non ha tratto le previste, tassative conseguenze in caso di mancanza anche soltanto di un solo documento; e non v'è dubbio sulla mancanza del documento n. 6, posto che la formula della prescrizione non consentiva equipollenti, richiedendo soltanto ed esclusivamente l'estratto del libro soci. Tenuto conto di ciò, in ogni caso la presentazione di tale dichiarazione si traduce nella non conformità del documento alle modalità e formalità previste, e per ciò solo sanzionabile con l'esclusione anche per questo aspetto.

Né può sostenersi che, in base alla natura di società quotata di Alitalia, il documento prescritto non sarebbe stato rappresentativo della

compagine azionaria - peraltro notoria - per effetto, tra l'altro, dei costanti e repentini cambiamenti della platea azionaria in funzione delle negoziazioni dei titoli e che, in realtà, la dichiarazione ne assolverebbe la funzione, essendo idonea sotto il profilo formale in quanto l'estratto veniva richiesto senza precisazione di alcuna formalità, quale l'autenticazione, e sotto il profilo sostanziale, in quanto ritenuta dall'ENAC sufficiente per la verifica della sussistenza dei requisiti di nazionalità per il rilascio della licenza di vettore aereo.

Sta di fatto che il bando, costituente la *lex specialis* della procedura di vendita - non diversamente che nel caso di una vera e propria procedura di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità o di servizi pubblici o forniture da parte di un'amministrazione pubblica -, richiedeva un "estratto del libro soci" e che la dichiarazione in parola in parola non lo è.

Né, sotto un aspetto maggiormente sostanziale, può seguirsi la tesi difensiva dell'Avvocatura dello Stato e del Commissario Rinaldini, secondo cui giustamente quest'ultimo ha ritenuto la dichiarazione equipollente al previsto estratto poiché "l'informazione che la procedura di amministrazione straordinaria voleva trarre dal documento stesso poteva essere fornita anche da tale dichiarazione". Ciò perché la dichiarazione contiene non già l'indicazione quanto meno dei dieci maggiori soci, ossia l'informazione che l'amministrazione straordinaria intendeva acquisire, bensì quella dei soli tre soci con quote che superano la soglia del 2% del capitale sociale. E' evidente che se tale fosse stato il dato che si intendeva conoscere, e non quello dei dieci maggiori soci, il bando tanto avrebbe

dovuto richiedere in luogo di quest'ultimo. D'altro canto, si è già detto che il bando in parola costituisce la *lex specialis* della procedura che, com'è noto, non è disapplicabile – ancorché in ipotesi non osservi il principio del *favor participationis* - neanche da parte dello stesso soggetto emanante, di cui costituisce autolimita e, nel contempo, regola esterna intesa ad assicurare la *par condicio* tra i concorrenti e l'imparzialità delle scelte amministrative, sicché la sua inosservanza si risolve nella violazione di tali principi (ed in ciò sta la lesione della sfera giuridica propria dell'istante in conseguenza della rilevata difformità, radicandosi in tal modo il suo interesse a siffatta deduzione e senza che abbia rilievo la circostanza che analoga dichiarazione ha prodotto anche altra concorrente, non aggiudicataria né anteposta in graduatoria).

Infine, neppure ha rilievo la facoltà del Commissario di richiedere all'offerente integrazioni e precisazioni, cui alludono ancora l'Avvocatura dello Stato ed il dott. Rinaldini. A prescindere dall'effettiva sussistenza nella specie di una tal facoltà alla stregua sia della clausola di cui al punto 6.1, n. 3), del bando, sia dei principi generali in tema di irregolarità sanabili o meno, va invero osservato che della stessa facoltà il Commissario non si è avvalso, avendo egli, in sostanza, ammesso senz'altro Alitalia alla valutazione.

4.- L'accoglimento della doglianza trattata al paragrafo che precede consentirebbe all'evidenza l'assorbimento degli altri motivi. Tuttavia, per completezza d'indagine il Collegio ritiene di procedere all'ulteriore disamina dei motivi di gravame attinenti all'espletamento della gara, ed in particolare del successivo mezzo, col quale si lamenta violazione del punto

6.1, n. 5), del bando per aver il Commissario valutato le offerte non in presenza del notaio.

La doglianza è fondata.

Il cit. punto 6.1, n. 5, recita: “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”.

Nella specie risulta quanto segue.

Col 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”.

Col verbale notarile “di selezione della migliore offerta di acquisto del Gruppo Volare” in data 29 seguente, aperto alle ore 10,15, dato atto della comparsa del dott. Rinaldini e, tra l’altro, 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 Comparsente 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 ...”.

Il verbale si chiude alle ore 11,25.

Se le espressioni usate nella redazione del verbale hanno un senso (ed un senso debbono avere, non essendo consentito all’interprete del testo - anche di un atto negoziale privato - prescindere dal significato oggettivo delle parole, pur non intese in senso strettamente letterale), risulta da tali atti 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, come detto 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 ...”), evidentemente riferite ad attività già

svolte e, dunque, non effettuate in quella sede, relative alle operazioni di cui agli elaborati poi allegati a verbale.

Pertanto, risulta dagli stessi verbali che il Commissario straordinario non ha agito alla presenza del notaio, non avendone questi dato atto nonostante il richiamo alla prescrizione di bando, né tanto meno risulta che sia stato “redatto apposito verbale” della valutazione delle offerte e dell’assegnazione dei relativi punteggi, come richiesto per queste operazioni dallo stesso bando (riportato punto 6.1)

In senso contrario non può attribuirsi rilievo alla dichiarazione del medesimo notaio rilasciata, dietro richiesta del Commissario, in data 10 maggio 2006, con la quale si “conferma per quanto possa occorrere che, come si evince dalla natura dell’atto stesso di cui in oggetto e dal suo contenuto, 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 ...”.

A parte l’equivocità della dichiarazione successiva, quanto meno laddove si rifà alle dizioni utilizzate nel verbale del 29 dicembre 2005 (“unico ed inscindibile contesto”) riferendone il senso alla valutazione anziché, come dallo stesso verbale, alle premesse ed alle dichiarazioni che seguono, resta il fatto, da un lato, della diversa natura e diversa efficacia probatoria dei due atti – il verbale e la dichiarazione -, il secondo dei quali non è per legge assistito dalla fede privilegiata assegnata all’atto pubblico; dall’altro lato, v’è il dato oggettivo dell’omessa redazione dello “apposito verbale” delle operazioni di predisposizione dei criteri nonché -



diversamente da quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, anche - di attribuzione dei punteggi (operazioni di cui, peraltro, riesce difficile ipotizzare l'esecuzione nel lasso di tempo di soli un'ora e dieci minuti, stante la loro complessità ed articolazione e l'implicazione dell'esame di ponderosa documentazione presentata dalle cinque offerenti ammesse), giacché le stesse operazioni sono descritte negli allegati, neppure richiamati quali parti integranti del verbale stesso. Non senza dire che tale dichiarazione non è entrata a far parte del procedimento e, dunque, di valutazione da parte dell'Autorità ministeriale emanante l'impugnato decreto, in data ben ad essa anteriore.

Ed infine, parimenti irrilevanti sono la qualità di pubblico ufficiale del Commissario straordinario, a lui conferita per quanto attiene alle sue funzioni dall'art. 40, D.Lgs. n. 270/1999, e la mancanza di alcun potere del notaio in merito alla selezione della migliore offerta, dal momento che è la *lex specialis* – avente la suesposta valenza – a richiedere lo svolgimento delle attività di cui trattasi alla presenza del notaio e la verbalizzazione delle medesime.

5.- Ugualmente fondato è il motivo seguente, il quale è articolato in due censure, con la prima delle quali si contesta la mancata predeterminazione di effettivi criteri di massima per la valutazione delle offerte e con la seconda la fissazione dei “pesi” riservati a ciascuno dei quattro elementi individuati dal bando in momento successivo all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e le offerte economiche.

Con formula pressoché identica al disposto dell'art. 63, co. 3, D.Lgs. n. 270/1999, il bando richiedeva al punto 6.2 che la valutazione delle

offerte fosse effettuata “tenendo conto oltre che dell’ammontare del prezzo offerto, dell’affidabilità dell’Offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche dei livelli occupazionali previsti e del loro mantenimento, anche successivamente al biennio garantito successivo al trasferimento del Complesso Aziendale”.

Coerentemente, il Commissario straordinario ha individuato i seguenti elementi: 1) prezzo offerto; 2) affidabilità dell’offerente; 3) piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali; 4) livello occupazionale. Dopodiché ha stabilito di attribuire agli stessi la “ponderazione” rispettivamente del 40%, 15%, 15% e 30%.

Ciò posto, in relazione alla seconda delle censure suaccennate deve rilevarsi che siffatta determinazione forma oggetto dell’allegato ‘A’ al verbale del 29 dicembre 2005, come si è visto al paragrafo precedente.

Tuttavia, dal verbale del giorno anteriore 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.

Chiarissimo è perciò, in punto di fatto, che la predeterminazione dei “pesi” in base ai quali valutare i singoli quattro elementi è stata effettuata dopo che il Commissario si era posto di grado di prendere conoscenza degli specifici contenuti delle offerte tecniche ed economiche.

In linea giuridica, il Collegio osserva come tale *modus operandi* si riveli in aperto contrasto con i generalissimi e fondamentali canoni di garanzia di imparzialità, trasparenza e *par condicio* che, secondo ampia,

consolidata e pacifica giurisprudenza, debbono presidiare ogni forma di gara ad evidenza pubblica, qual è la procedura di vendita di cui si discute. E' evidente, invero, che anche solo la mera possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica metta in pericolo tale garanzia, 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, ad esempio, la conoscibilità delle cinque, diverse offerte tecniche ed economiche ben consentiva in astratto di assumere per i singoli elementi di valutazione una determinata misura percentuale (ad es. 40%) in luogo di altra (ad es. 30 o 20%), talché nella combinazione delle rispettive valutazioni ne risultasse attribuito un miglior punteggio complessivo ad un offerente anziché ad un altro.

*Ex adverso* si oppone che l'iniziativa di vendita non comporterebbe "alcun obbligo legale (...) di esperire qualsivoglia procedura concorsuale di selezione, né ancor meno di improntare la contrattazione a regole e principi valevoli per le tipiche procedure ad evidenza pubblica", e che, nella specie, sarebbe stata delineata una procedura in cui "l'unica regola per la valutazione delle offerte e l'individuazione del contraente migliore si sostanziava nell'obbligo di prendere in considerazione e di verificare taluni fattori, peraltro mutuati pedissequamente dalla legge (...), senza alcun obbligo di pesarli percentualmente e di graduarli preventivamente secondo valori numerici".

Dimenticano però parti resistenti che lo stesso Commissario straordinario ha stabilito di procedere adottando i valori di "ponderazione"

di cui sopra, optando in tal modo – sia pur illegittimamente a buste aperte – per una autolimitazione della propria discrezionalità di valutazione. D'altra parte, la presenza di un bando propriamente di gara (tale anche nella definizione datagli nell'impugnato decreto ministeriale del 17 marzo 2006), le regole dettate e le garanzie apprestate in esso conducono a ritenere che sia stato prescelto un modello dell'intera procedura di vendita (meglio: di individuazione del contraente) ispirato alle non dissimili regole e garanzie della gara ad evidenza pubblica, con la conseguenza che tale soluzione imponeva poi l'osservanza quantomeno dei ricordati canoni fondamentali, ai quali il Commissario, non diversamente da una amministrazione pubblica, deve ritenersi vincolato, pena il venir meno di ogni utilità stessa della gara (cfr., in fattispecie analoga, cit. TAR Liguria, Sez. II, n. 715/2005).

Neanche è valida la tesi secondo cui il Commissario avrebbe seguito la sequenza procedimentale fissata dal bando (non oggetto di impugnazione), che richiedeva, dopo una prima fase concernente la verifica della integrità e della tempestività della ricezione dei plichi pervenuti, l'apertura dei plichi medesimi e la verifica della presenza delle tre buste A, B e C, una seconda fase consistente nell'apertura di tutte e tre tali buste per tutte le offerte e nella constatazione della presenza dei documenti ivi contenuti, come indicati dal bando (punto 6.1.A). Ciò per il semplice motivo che nulla impediva al Commissario di procedere alla specificazione dei criteri prima ancora di iniziare tale sequenza, oppure subito dopo la prima fase.

Neppure possono essere seguite le parti resistenti laddove osservano

come la verifica effettuata dal Comitato di sorveglianza (verbale n. 11 del 23 gennaio 2006, richiamato nel decreto impugnato) abbia dato un esito del tutto confermativo delle valutazioni effettuate dal Commissario sostenendo, di qui, l'inidoneità delle doglianze in parola a riverberare sulla legittimità dell'aggiudicazione e, in ultima analisi, la carenza di interesse alle relative deduzioni. La verifica in questione risulta infatti 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, stante la sua perdurante incidenza sulla legittimità delle valutazioni operate dal Commissario straordinario, sulla conseguente aggiudicazione e, in via derivata, sul decreto ministeriale del 17 marzo 2006, conclusivo della procedura.

5.- Corollario dell'esigenza dell'osservanza dei canoni essenziali di imparzialità, trasparenza e *par condicio* tipici dell'evidenza pubblica, sopra evidenziata, è nella specie la necessità, attesa la genericità dei criteri di legge e di bando - consistenti in realtà, va ribadito in questa sede, nella previsione dei soli elementi di valutazione -, di predisporre una specificazione che tenesse conto dei singoli aspetti a ciascuno connessi; necessità alla quale non assolve la semplice previsione dei predetti "pesi".

Circa tale necessità ed in generale, in tema di gare ad evidenza pubblica è ben noto principio giurisprudenziale che, quando la scelta della migliore offerta non scaturisce da una meccanica ricognizione dei prezzi offerti, ma segue al vaglio di una pluralità di elementi di natura tecnica ed

economica dell'offerta, suscettibili di valutazione sia in termini assoluti che comparativi, la commissione giudicatrice della gara può legittimamente introdurre elementi di specificazione, nell'ambito dei criteri generali stabiliti dal bando o dalla lettera d'invito, mediante la previsione di sottovoci rispetto alle categorie generali già fissate, ove queste ultime non risultino adeguate a rappresentare la peculiarità delle singole offerte; si tratta però non di una mera facoltà, ma di una potestà il cui esercizio assume il carattere della doverosità tutte le volte che i margini di discrezionalità, lasciati dalla disciplina generale della gara, risultino tanto ampi, quanto alle valutazioni di convenienza ed agli apprezzamenti tecnici, che l'esame delle singole offerte richiede, da incidere sull'espletamento della gara (cfr. ad es., Cons. St., Sez. V, 25 novembre 2002 n. 6479 e TAR Liguria, Sez. II, 31 marzo 2004 , n. 312).

Tale principio, che ben si attaglia alla fattispecie in discussione per le ragioni spiegate innanzi, consente di ritenere fondata anche la prima articolazione del terzo motivo.

6.- Quanto sin qui esposto conduce inevitabilmente all'annullamento degli atti accennati, a partire – per le considerazioni di cui al precedente paragrafo 3) – dal verbale notarile del 28 dicembre 2005 e con assorbimento di ogni ulteriore censura non esaminata, in accoglimento della rispettiva domanda formulata da Air One.

A questo punto della trattazione viene in rilievo l'altra domanda avanzata nell'atto introduttivo del giudizio, con la quale si chiede la 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, in ordine alla quale è stato eccepito il difetto di giurisdizione amministrativa.

Al riguardo, occorre ricordare le conclusioni alle quali il Collegio è pervenuto al paragrafo 2) nell'affermare la sussistenza di giurisdizione amministrativa sulla domanda di annullamento precedentemente esaminata, e cioè la ricomprensione della relativa controversia nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

In tale contesto, la domanda ora in trattazione non può aver accesso poiché per sua natura essa ricadrebbe nel diverso ambito della giurisdizione esclusiva che qui appunto non ricorre.

Difatti, in tema di appalti pubblici proprio e solo sulla base della sussistenza della pienezza di giurisdizione, che il legislatore del 1990 e del 2000 ha conferito al plesso giurisdizionale amministrativo, è stata affermata la spettanza della *potestas decidendi* in ordine alla declaratoria in parola da parte dello stesso giudice che pronuncia la sentenza costitutiva di demolizione dell'atto gravato. In altri termini, si è ritenuto che la concentrazione e la pienezza di tutela proprie della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento - tali da superare il sistema che imponeva al cittadino di moltiplicare i giudizi passando dall'una all'altra giurisdizione per conseguire il bene dell'effettività della tutela stessa - consentissero al giudice amministrativo di indagare anche sugli effetti prodotti dall'annullamento della procedura sul contratto stipulato (cfr., tra le tante, Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2004 n. 3465).

Devesi dunque declinare la giurisdizione in favore del giudice ordinario. Tale affermazione, ma anche l'assunto secondo cui l'ormai

acquisita situazione proprietaria del complesso aziendale in capo ad Alitalia avrebbe prodotto effetti irreversibili, nulla tolgono all'attuale permanenza dell'interesse dell'istante alla pronuncia demolitoria, se non altro in considerazione della possibilità del ripristino per equivalente della posizione giuridica lesa.

7.- In conclusione, il ricorso va in parte accolto ed parte dichiarato inammissibile.

Quanto alle spese di causa, nella complessità della vicenda il Collegio ravvisa giusti motivi affinché ne possa essere disposta la compensazione tra tutte le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III *ter*, così dispone sul ricorso in epigrafe:

- a.- lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla gli atti impugnati;
- b.- lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione nella restante parte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 26 ottobre 2006.

Francesco Corsaro

PRESIDENTE

Angelica Dell'Utri

ESTENSORE