Pubblicato il 24/02/2022

N. 00133/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00795/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 795 del 2021, proposto da:
Italia Trasporto Aereo S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Modulo, Giulio Napolitano, Emanuela Devoto Ticca, Alfredo Vitale e Luca Masotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mattia Pani e Alessandra Putzu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari, domiciliato in Cagliari presso gli uffici della medesima, via Dante n. 23;

nei confronti

Volotea S.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Pierallini, Ilaria Gobbato e Michele Carpagnano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa adozione di ogni opportuna misura cautelare,

- della Comunicazione della Regione Autonoma della Sardegna – Assessorato dei Trasporti del 7 ottobre 2021 recante "*Procedura di emergenza, ai sensi dell'art. 16, paragrafo 12 del Regolamento (CE) n.1008/2008 e del paragrafo 9 della Comunicazione della Commissione (2017/C 194/01), per l'affidamento dei servizi di trasporto aereo di linea, per il periodo dal 15 ottobre 2021 fino al 14 maggio 2022, sulle rotte Alghero – Roma Fiumicino e viceversa (CIG 8908916E0B), Alghero – Milano Linate e viceversa (CIG 8909067AA8), Cagliari – Roma Fiumicino e viceversa (CIG 89091585C2), Cagliari – Milano Linate e viceversa (CIG 8909218745), Olbia – Roma Fiumicino e viceversa (CIG 8909285E8D), Olbia – Milano Linate e viceversa (CIG 8909332559). Comunicazione provvedimento di esclusione*";

- della Determinazione Regione Autonoma della Sardegna – Assessorato dei Trasporti rep. 511 del 7 ottobre 2021, comunicata in pari data, recante "*Procedure di emergenza, ai sensi dell'art. 16, paragrafo 12 del Regolamento (CE) n.1008/2008 e del paragrafo 9 della Comunicazione della Commissione (2017/C 194/01), per l'affidamento dei servizi di trasporto aereo di linea sulle rotte Alghero – Milano Linate e viceversa (CIG 8909067AA8), Alghero – Roma Fiumicino e viceversa (CIG 8908916E0B), Cagliari – Milano Linate e viceversa (CIG 8909218745), Cagliari – Roma Fiumicino e viceversa (CIG 89091585C2), Olbia – Milano Linate e viceversa (CIG 8909332559) e Olbia – Roma Fiumicino e viceversa (CIG 8909285E8D) per il periodo dal 15 ottobre 2021 fino al 14 maggio 2022. Provvedimento di Esclusione del Vettore ITA S.p.A.";*

nonché, per quanto occorrer possa e nei limiti dell'interesse:

- della Determinazione n. 478, protocollo n. 13491 del 22 settembre 2021 della Regione Autonoma della Sardegna – Assessorato dei Trasporti – Servizio per il trasporto marittimo e aereo e continuità territoriale recante "*Procedura di emergenza, ai sensi dell'art. 16, paragrafo 12 del Regolamento (CE) n.1008/2008 e il paragrafo 9 della Comunicazione della Commissione (2017/C 194/01), per l'affidamento del servizio di trasporto aereo di linea sulla rotta Cagliari -*

Roma Fiumicino e viceversa per il periodo dal 15 ottobre 2021 fino al 14 maggio 2022 (CIG 89091585C2)";

- della Lettera di invito - Procedura negoziata di emergenza, ai sensi dell'art. 16, paragrafo 12 del Regolamento (CE) n.1008/2008 e del paragrafo 9 della Comunicazione della Commissione (2017/C 194/01), per l'affidamento del servizio di trasporto aereo di linea sulla rotta Cagliari-Roma Fiumicino e viceversa per il periodo dal 15 ottobre 2021 fino al 14 maggio 2022 (CIG 89091585C2);

- del Decreto Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili n. 357 del 14 settembre 2021;

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, preparatorio, connesso e/o consequenziale, anche

eventualmente non noto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Sardegna, di Volotea S.L. e del Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2022 il dott. Tito Aru e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Al fine di preservare la continuità del servizio pubblico di trasporto aereo sulle rotte di collegamento della Sardegna con la penisola, servizio eseguito fino al 14 ottobre 2021 dalla compagnia aerea Alitalia SAI S.p.A. in amministrazione straordinaria, la Regione Sarda ha indetto – per ciascuna rotta messa a gara – una procedura negoziata di emergenza, ai sensi dell'art. 16, paragrafo 12, del Regolamento (CE) n.1008/2008 e del paragrafo 9 della Comunicazione della Commissione (2017/C 194/01), invitando a presentare

offerta 12 vettori aerei, tra i quali la ricorrente Italia Trasporto Aereo S.p.A. (di seguito ITA).

2. Le offerte dovevano essere presentate entro le ore 13 del 29 settembre 2021.

3. Le lettere di invito richiedevano ai concorrenti di possedere i "*Requisiti generali*", i "*Requisiti tecnici*" e i "*Requisiti organizzativi*" in esse indicati.

4, Per quanto rileva nel ricorso in esame, le lettere d'invito prevedevano - tra l'altro - quale "Requisito tecnico", la "*disponibilità, in proprietà o in locazione garantita, per tutto il periodo del servizio considerato, di un numero adeguato di aeromobili con le caratteristiche di capacità necessarie a soddisfare le prescrizioni dell'imposizione di oneri*".

5. Alla gara hanno partecipato soltanto la ricorrente ITA e la compagnia Volotea S.L.

6. Quest'ultima, all'esito delle operazioni concorsuali, è stata esclusa dalla procedura selettiva per carenze formali della propria offerta.

7. ITA è risultata, quindi, aggiudicataria.

8. All'esito della verifica dei requisiti dichiarati in sede di offerta, tuttavia, la Regione Sardegna, con i provvedimenti impugnati, ne ha disposto l'esclusione dalla gara assumendo che la stessa non fosse in possesso del precitato requisito tecnico della disponibilità, in proprietà o in locazione garantita, per tutta la durata del servizio, di un numero adeguato di aeromobili.

9. Avverso tale determinazione è insorta la ricorrente che l'ha impugnata per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione di legge - Violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c. - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 – Partecipazione – Requisiti tecnici (n. 4) della lettera di invito - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 dell'Allegato tecnico al DM Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili n. 357 del 14 settembre 2021 - Difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Irragionevolezza ed illogicità. Motivazione erronea e perplessa – Sviamento: in quanto la Regione Sardegna

sarebbe pervenuta ad una errata valutazione della documentazione contrattuale presentata da ITA nell'ambito del sub-procedimento di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara, con particolare riferimento al contenuto e agli effetti negoziali derivanti dall'Offerta Vincolante presentata da ITA e dalla sua accettazione da parte di Alitalia, addivenendo dunque all'errata conclusione di affermare la carenza della disponibilità degli aeromobili in capo alla ricorrente;

2) Violazione e falsa applicazione di legge - Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 100 D.lgs. n. 50/20216 (Codice dei Contratti Pubblici) - Violazione della distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione del contratto - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 - Partecipazione - Requisiti tecnici (n. 4) della lettera di invito - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 dell'Allegato tecnico al DM Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili n. 357 del 14 settembre 2021 - Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza - Sviamento: in quanto il predetto requisito, pur qualificato come tecnico di partecipazione dalla lettera di invito, doveva più correttamente intendersi alla stregua di un requisito di esecuzione del contratto e, come tale, doveva essere soddisfatto non già all'atto della presentazione della domanda di partecipazione da ciascun concorrente ma soltanto da parte dell'aggiudicatario e solo ai fini dell'esecuzione della prestazione;

3) In via subordinata: Illegittimità dell'art. 2 della lettera di invito e dell'art. 2 dell'Allegato tecnico del DM Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili ove interpretate nel senso di qualificare il requisito della dimostrazione del possesso di disponibilità, in proprietà o in locazione garantita, per tutto il periodo di durata degli oneri, di un numero adeguato di aeromobili, come requisito per la partecipazione alla gara: le disposizioni della lettera di invito sarebbero illegittime ove interpretate nel senso di qualificare il

requisito della disponibilità degli aeromobili come requisito di partecipazione alla gara anziché come requisito di esecuzione della prestazione.

10. Concludeva quindi la ricorrente chiedendo, previa sospensione, l'annullamento del provvedimento impugnato, con vittoria delle spese.

11. Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio la Regione Sardegna, il Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili e Volotea S.L che, con articolate difese scritte, ne hanno chiesto il rigetto, con favore delle spese.

12. Alla camera di consiglio del 3 novembre 2021 l'esame dell'istanza cautelare è stato abbinato al merito.

13. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

14. Alla pubblica udienza del 2 febbraio 2022, al termine della discussione, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

L'infondatezza nel merito del ricorso induce il Tribunale a prescindere dall'esame delle eccezioni procedurali sollevate dalle parti resistenti.

1. Per ragioni di ordine sistematico il Collegio ritiene di prendere le mosse dal secondo motivo di impugnazione, con il quale la ricorrente contesta la natura del requisito che ha portato alla sua esclusione dalla gara.

2. A suo avviso, infatti, il requisito della "*disponibilità, in proprietà o in locazione garantita, per tutto il periodo del servizio considerato, di un numero adeguato di aeromobili con le caratteristiche di capacità necessarie a soddisfare le prescrizioni dell'imposizione di oneri*", pur qualificato come tecnico di partecipazione dalla lettera di invito, doveva più correttamente intendersi alla stregua di un requisito di esecuzione del contratto e, come tale, non doveva essere soddisfatto da ciascun concorrente fin dall'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara ma doveva essere dimostrato soltanto dall'aggiudicatario al momento della stipula del contratto in funzione, appunto, dell'esecuzione della prestazione contrattuale.

3. Il motivo è infondato.

4. Esso attiene, come detto, alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione.

Tale distinzione è stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa collocando tra i secondi gli "*elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio*" (cfr., Consiglio di Stato, Sezione V, 18 dicembre 2017, n. 5929; Consiglio di Stato, Sezione V, 17 luglio 2018, n. 4390), vale a dire *i "mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante*" (Consiglio di Stato, Sezione V, 18 dicembre 2020, n. 8159), così distinguendoli dai primi, che sono invece quelli necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016).

5. In dottrina e in giurisprudenza non è dubbio che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta.

5.1 Riguardo ai requisiti di esecuzione, invece, l'approdo giurisprudenziale più recente, più volte condiviso da questa Sezione, è nel senso che essi sono, di regola, condizioni per l'esecuzione della prestazione contrattuale e che, pertanto, la dimostrazione del loro possesso attenga ad una fase procedimentale successiva a quella dell'ammissione alla gara, concentrandosi tale onere probatorio soltanto sull'aggiudicatario nella fase immediatamente antecedente alla stipula del contratto.

6. Premesso quanto sopra, non si può tuttavia escludere che – in particolari fattispecie concorsuali - la richiesta della predisposizione ed organizzazione di beni e mezzi per l'esecuzione del servizio sia prevista dalla *lex specialis* come elemento essenziale dell'offerta (in termini Consiglio di Stato, Sezione V, 2 febbraio 2022 n. 722).

7. Per particolari esigenze correlate all'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante con l'indizione della procedura concorsuale, cioè, ben può accadere che la regolazione dei c.d. requisiti di esecuzione rinvenuta nella *lex*

specialis si atteggi diversamente rispetto all'ordinaria scansione procedimentale sopra ricordata, con la conseguenza che, se espressamente richiesti come elementi essenziali dell'offerta, anche per i requisiti di esecuzione può accadere che la loro mancanza al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara comporti l'esclusione del concorrente.

8. Spetta dunque alla stazione appaltante, nella predisposizione della legge di gara e in relazione all'oggetto della prestazione richiesta, conciliare le contrapposte esigenze procedimentali su cui si è variamente soffermata la giurisprudenza:

- da un lato, quella di evitare inutili aggravi di spesa a carico degli operatori economici concorrenti per procurarsi già al momento dell'offerta la disponibilità di beni e mezzi, senza avere la certezza dell'aggiudicazione e con effetti discriminatori ed anti-concorrenziali perché di favore per gli operatori già presenti sul mercato ed in possesso delle dotazioni strumentali, nonché con violazione del principio di proporzionalità (cfr. Corte di Giustizia U.E., sez. I, 8 luglio 2021, n. 428);

- dall'altro lato, quella della stazione appaltante di garantire la serietà e l'effettività dell'impegno assunto dal concorrente di disporre dei mezzi necessari all'espletamento del servizio.

9. Nel caso in esame, la *lex specialis* è costituita dalla lettera d'invito che all'art. 2, dedicato ai requisiti di partecipazione, tra i requisiti tecnici detta la seguente prescrizione:

"*4. Disponibilità, in proprietà o in locazione garantita, per tutto il periodo del servizio considerato, di un numero adeguato di aeromobili con le caratteristiche di capacità necessarie a soddisfare le prescrizioni dell'imposizione di oneri*".

10. Orbene, ad avviso del Collegio l'interpretazione di tale prescrizione di gara, al fine di indagarne il suo contenuto immediatamente precettivo fin dal momento della presentazione della domanda, non può prescindere dalla contestualizzazione della procedura concorsuale e dalla pressante situazione d'urgenza nella quale si è trovata ad operare la Regione Sardegna per poter

assicurare, senza soluzione di continuità, lo svolgimento del servizio pubblico di trasporto aereo sulle rotte di collegamento con la penisola che altrimenti si sarebbe interrotto il 15 ottobre privando l'isola di collegamenti assolutamente necessari.

11. L'incalzante tempistica procedimentale e la necessità di non procurare interruzioni ad un servizio di importanza assolutamente primaria per la Regione Sarda ha infatti reso necessaria una sostanziale sovrapposizione e coincidenza delle fasi della dimostrazione del possesso dei requisiti di ammissione e della prova della disponibilità dei requisiti di esecuzione, ritenendosi necessario imporre – secondo le valutazioni fatte dalla stazione appaltante, insindacabili nel merito se non per illogicità o irragionevolezza manifesta non sussistenti nella specie - un requisito di sicura affidabilità in ordine all'immediata attivazione del servizio, compresa la certa e sicura dimostrazione della disponibilità degli aeromobili necessari, fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione comunque prevista a pochi giorni dall'attivazione del servizio.

12. Così intesa la ratio sottesa alla prescrizione in questione, non può che concludersi nel senso che il requisito richiesto dovesse essere posseduto dai partecipanti alla selezione fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione, non essendo ammissibile, stante il ricordato carattere d'urgenza della procedura, alcun margine di incertezza in ordine alla capacità dell'aggiudicatario di attivare immediatamente il servizio a partire dal 15 ottobre 2021.

Peraltro ITA non aveva dimostrato il sicuro possesso del requisito richiesto nemmeno successivamente.

13. Dette conclusioni conducono dunque alla reiezione del motivo di impugnazione in esame, nonché al rigetto del terzo motivo proposto in via subordinata dalla società ITA, non essendo ravvisabili nella prescrizione di gara, per quanto sopra detto, i profili di illegittimità denunciati per il caso di una sua interpretazione nei sensi sopra precisati.

14. Può quindi passarsi all'esame del primo motivo, col quale la società ITA contesta la decisione espulsiva della Regione affermando di aver comunque dimostrato, in sede di gara, il possesso del requisito in questione.

15. Esigenze di chiarezza espositiva impongono alcune precisazioni in fatto.

16. La ricorrente Italia Trasporto Aereo S.p.A. è stata costituita con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministro dello Sviluppo Economico e il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali del 9 ottobre 2020 ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79 del D.L. n. 18/2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, come modificato dall'articolo 202 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 e dall'articolo 87 del D.L. 14 agosto 2020, n. 104) e ha ottenuto dall'ENAC, in data 18 agosto 2021, il rilascio delle certificazioni (Certificato di Operatore Aereo e Licenza di Esercizio) funzionali all'avvio della propria operatività quale operatore aereo commerciale.

17. Ai sensi dell'articolo 6, comma 3, del decreto-legge 30 giugno 2021, n. 99, nonché dell'art. 11 quater del D.L. D.L. 25 maggio 2021, n. 73 convertito, con modificazioni, in L. 23 luglio 2021 n.106, a seguito della decisione della Commissione Europea di cui all'articolo 79, comma 4-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 e in conformità al piano industriale della ricorrente, valutato positivamente dalla Commissione stessa, Alitalia - Società Aerea Italiana S.p.A. in A.S. ("Alitalia SAI") e Alitalia Cityliner S.p.A. in A.S. ("Alitalia Cityliner" e, congiuntamente con Alitalia SAI, "Alitalia") sono state autorizzate, anche mediante trattativa privata, al trasferimento, alla medesima ITA, del complesso di beni e rapporti costituenti parte delle attività "*aviation*" individuati nel piano (il "*Perimetro Aviation*") e a porre in essere tutte le ulteriori procedure necessarie per l'esecuzione del piano industriale medesimo.

18. In data 15 luglio 2021, la Commissione Europea ha inviato alle istituzioni italiane una lettera a mezzo della quale ha valutato positivamente il piano

industriale 2021-2025 di ITA e ha impartito talune prescrizioni e condizioni in relazione all'operazione di cessione del Perimetro Aviation.

19. Conseguentemente, Alitalia e ITA hanno sottoscritto, in data 10 agosto 2021, un Memorandum of Understanding ("MoU") con il quale hanno disciplinato fra loro i principi, le linee guida e le attività da svolgere al fine di realizzare l'operazione di acquisizione del Perimetro Aviation e negoziare e definire i relativi termini e condizioni, con l'obiettivo prioritario - indicato da ITA e riconosciuto da Alitalia - di consentire ad ITA di diventare pienamente operativa entro il 15 ottobre 2021, quando sarebbe diventato efficace il trasferimento del Perimetro Aviation da Alitalia a ITA ("Data di efficacia").

20. In questo contesto di (ri)organizzazione imprenditoriale da parte del nuovo operatore, in data 22 settembre 2021 è stata indetta la gara regionale che qui occupa e sono state inviate le lettere di invito agli operatori di settore.

Hanno partecipato alla procedura, per ciascuna delle 6 rotte, soltanto i vettori Volotea S.L. e ITA S.p.A.

20.1 Il presente ricorso attiene esclusivamente alla tratta Cagliari - Roma Fiumicino e viceversa.

20.2 Le gare relative alle altre rotte sono state impugnate con separati ricorsi dal ITA ma, su richiesta della stessa ricorrente, i relativi giudizi sono stati dichiarati - con separate decisioni – improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

21. Orbene, successivamente all'esclusione di Volotea S.L. per ragioni estranee al presente giudizio (ed oggetto di altro giudizio), la Regione Sardegna ha avviato il controllo dei requisiti generali dell'unico altro operatore rimasto in gara e ha proceduto – con richiesta di integrazione documentale del 1° ottobre 2021 - alla verifica del possesso dei requisiti tecnici dichiarati, in sede di offerta, da ITA S.p.A.

22. ITA, infatti, nella sua domanda di partecipazione, aveva dichiarato espressamente di "*possedere la disponibilità, in proprietà o in locazione garantita, per*

tutto il periodo del servizio considerato, di un numero adeguato di aeromobili con le caratteristiche di capacità necessarie a soddisfare le prescrizioni dell'imposizione di oneri".

23. In riscontro alla richiesta istruttoria ITA, con nota del 4 ottobre 2021, comunicava alla Regione quanto segue:

"*C. Alitalia e ITA hanno sottoscritto, in data 10 agosto 2021, un Memorandum of Understanding ("MoU") con il quale hanno disciplinato fra loro i principi e le line guida e le attività da svolgere al fine di realizzare l'operazione di acquisizione del Perimetro Aviation e negoziare e definire i relativi termini e condizioni, con l'obiettivo prioritario indicato da ITA e riconosciuto da Alitalia di consentire ad ITA di diventare pienamente operativa entro il 15 ottobre 2021, quando avrà efficacia il trasferimento del Perimetro Aviation da Alitalia a ITA ("Data di efficacia");*

D. ITA acquisirà da Alitalia, nell'ambito del Perimetro Aviation identificato, gli aeromobili e gli slot ad essi collegati, oltre ad altri asset tangibili e intangibili, inclusi inter alia sistemi informativi e di prenotazione, che quindi entreranno nella disponibilità di ITA alla Data di efficacia;

E. ITA definirà entro la settimana corrente con Alitalia la documentazione contrattuale che disciplinerà il trasferimento del Perimetro Aviation alla Data di efficacia, ivi inclusi i contratti di novazione degli accordi di leasing relativi agli aeromobili identificati nell'ambito del Perimetro Aviation".

24. Con nota n. 014127 del 5 ottobre 2021 la Regione, ritenendo ancora non provato nell'attualità il requisito dichiarato, invitava la ITA a depositare "*idonea e definitiva documentazione che attesti il titolo giuridico vincolante e comprovante il requisito*".

25. ITA integrava la documentazione prodotta con nota del 6 ottobre 2021 ma, col provvedimento impugnato, la Regione la escludeva dalla gara non ritenendo neanche tale documentazione integrativa idonea a dimostrare il possesso del requisito per cui è causa.

26. Tutto ciò premesso, il Collegio ritiene che la determinazione regionale sia stata correttamente adottata sulle base delle risultanze degli atti.

E' vero che Alitalia e ITA hanno sottoscritto, in data 10 agosto 2021, un Memorandum of Understanding ("MoU") con il quale hanno disciplinato fra loro i principi e le linee guida e le attività da svolgere al fine di realizzare l'operazione di acquisizione del Perimetro Aviation e negoziare e definire i relativi termini e condizioni, con l'obiettivo prioritario indicato da ITA e riconosciuto da Alitalia di consentire ad ITA di diventare pienamente operativa entro il 15 ottobre 2021, ossia dall'efficacia del trasferimento del Perimetro Aviation da Alitalia a ITA.

Ma, come risulta dagli atti, detta operazione di acquisizione del Perimetro Aviation al momento in cui doveva essere data prova concreta e definitiva del requisito, necessaria alla stipulazione del contratto in vista dell'immediata attivazione del servizio, non era affatto definita con certezza.

27. In primo luogo deve osservarsi che nell'art. 5 del Memorandum si precisava che il medesimo non comportava l'assunzione di alcun obbligo giuridicamente vincolante a carico delle Parti, fatta eccezione espressa per le obbligazioni previste dagli articoli 3 (Riservatezza), 6 (Spese e Costi) e 9 (Legge applicabile e Foro competente).

28. E' vero che in data 24 agosto 2021 ITA ha inviato ad Alitalia l'offerta vincolante per l'acquisizione dei beni, degli assets e dei rapporti ricompresi nel Perimetro Aviation identificato che, come detto, includeva gli aeromobili e gli slot ad essi collegati, oltre ad altri assest tangibili e intangibili inclusi i sistemi informativi e di prenotazione, ma l'accettazione di Alitalia del 31 agosto 2021 era espressamente subordinata al rispetto di quattro diverse condizioni rispetto alle quali non risultava, al momento della decisione regionale, nessuna dimostrazione di ottemperanza da parte di ITA.

29. Del resto l'Offerta Vincolante inviata da ITA S.p.A. ad Alitalia in data 24 agosto 2021 affermava che "*Con l'accettazione da parte di Alitalia della presente offerta vincolante … le parti si impegnano a definire in buona fede la Documentazione Contrattuale e a proseguire le trattative in relazione all'operazione in maniera spedita al*

fine di addivenire alla finalizzazione e sottoscrizione della medesima Documentazione Contrattuale entro il 20 settembre 2021".

Tale offerta, inoltre, nell'allegato A contenente l'elenco degli aeromobili, presentava ampi margini di provvisorietà recando la seguente indicazione:

"*…restando inteso che il presente Allegato A rappresenta un'individuazione di massima che potrà essere oggetto di integrazione e/o migliore identificazione nell'ambito della Documentazione Contrattuale… le parti convengono che la lista di aeromobili potrà essere oggetto di modifica, previo consenso di entrambe le parti*".

30. In sostanza, dunque, il contenuto dell'offerta era tale per cui la stessa non avrebbe potuto essere destinata a produrre, pur a seguito di formale accettazione, un vincolo giuridico definito.

31. La previsione di adempimenti successivi (e in particolare il subentro nei contratti di leasing degli aeromobili) si configurava dunque, diversamente da quanto sostiene la ricorrente (che tra l'altro non risulta aver depositato alcun atto di assenso alla cessione del contratto da parte della società di leasing con la quale la stessa ITA avrebbe dovuto definire rilevanti aspetti economici del subentro), come circostanza idonea a mettere in dubbio il diritto di ITA alla disponibilità degli aeromobili richiesti per l'effettivo avvio del servizio di continuità territoriale alla data prevista, secondo le modalità richieste dalla Regione, in un contesto connotato dal rilievo che l'urgenza di addivenire alla conclusione della gara non consentiva margini di incertezza quanto alla data di avvio del servizio con le modalità richieste.

32. Tanto meno l'effetto giuridico invocato dalla ricorrente può ritenersi prodotto da un'accettazione condizionata in mancanza di una sicura prova dell'avveramento delle condizioni.

33. In realtà, come giustamente rileva la difesa regionale, l'Offerta vincolante, una volta accettata, non aveva determinato l'acquisto della proprietà o costituito un contratto di locazione, ma aveva solo definito buona parte delle condizioni contrattuali del futuro atto diretto a perfezionare l'intera operazione.

34. Non può quindi condividersi l'affermazione della ricorrente secondo la quale il Perimetro Aviation, essenzialmente costituito dai 52 aerei, risultava già identificato in modo assolutamente preciso nell'Allegato A dell'offerta.

E non risulta rilevante neppure l'argomento della ricorrente secondo il quale con comunicazione congiunta del 12 ottobre 2021, onde consentire l'espletamento da parte dell'Autorità di controllo delle conseguenti attività doverose e vincolate funzionali al perfezionamento del trasferimento di beni, assets e rapporti ricompresi nel Perimetro Aviation, ITA ed Alitalia avevano inviato ad ENAC una informativa contenente la lista definitiva degli aeromobili e degli slots, con una elencazione degli aeromobili "sostanzialmente" identica a quella allegata all'offerta.

La stessa procedura per l'autorizzazione all'impiego degli aeromobili, infatti, alla data del 13 ottobre 2021, dunque nell'imminenza della data di attivazione del servizio, non era ancora definita, risultando (nota ENAC n. 116853) che a tale data la stessa era ancora in corso di finalizzazione.

35. Pertanto, se anche volontà degli stipulanti ITA e Alitalia era quella di addivenire ad un trasferimento della proprietà o del leasing degli aeromobili, quello che appare oggettivamente il significato del contratto scaturito dall'accettazione della proposta negoziale era l'indicazione un percorso di progressiva definizione di un accordo ancora privo – al momento della decisione regionale - dei necessari caratteri di certezza richiesti dalla stazione appaltante in vista dell'affidamento di un servizio che, come detto, per la sua essenzialità ed urgenza, non ammetteva rischi di ritardi o dilazioni nell'attivazione.

36. Le suesposte considerazioni inducono quindi al rigetto anche di tale motivo restando escluso che il predetto requisito della disponibilità degli aerei fosse già posseduto da ITA all'atto della presentazione dell'offerta e non risultando invero posseduto tale requisito nemmeno al momento previsto per la stipula del contratto.

37. In conclusione, quindi, il ricorso, si rivela infondato, va respinto.

38. La particolarità della vicenda esaminata giustifica la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Consigliere

L'ESTENSORE
Tito Aru

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO