

Publicato il 07/06/2021

N. 04343/2021REG.PROV.COLL.
N. 00451/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2021, proposto da J.A.S. – Jet Air Service s.p.a. in proprio e quale Capogruppo del RTI con Alitalia – Società Aerea Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Leccese, Andrea Marega e Giorgia Diotallevi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Marega in Roma, via Venti Settembre n. 1;

contro

Commissario Straordinario per l'Attuazione e il Coordinamento delle Misure di Contenimento e Contrasto dell'Emergenza Epidemiologica Covid.-19 e Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliano *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti

Neos s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giulio Napolitano ed Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giulio Napolitano in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 10399/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Straordinario per L'Attuazione e il Coordinamento delle Misure di Contenimento e Contrasto dell'Emergenza Epidemiologica Covid-19, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Neos s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021 il Cons. Ezio Fedullo e uditi gli Avvocati Andrea Marega e Giorgia Diotallevi, per la parte appellante, e l'Avvocato dello Stato Roberta Guizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza appellata, il T.A.R. per il Lazio si è pronunciato in senso reiettivo sul ricorso proposto da J.A.S. – Jet Air service s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Alitalia s.p.a. in amministrazione straordinaria, avverso il provvedimento del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 dell'11 maggio 2020, avente ad oggetto l'aggiudicazione a favore di Neos s.p.a. del lotto 1 della "Procedura negoziata semplificata di estrema urgenza, in due lotti, senza previa indizione di gara, per l'affidamento di servizi di trasporto di merci e servizi complementari".

Ai fini chiarificatori della fattispecie oggetto di giudizio, deve premettersi che il lotto 1, cui precipuamente inerisce la controversia, riguarda l'affidamento, per un totale massimo di euro 20.000.000, delle seguenti attività: 1) trasporto aereo internazionale da Paesi APAC (Sud-Est Asiatico) e Federazione Russa, AMER (Americhe), EMEA (Europa, Medio Oriente e Africa) verso gli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Malpensa o altri di cui la Struttura Commissariale dovesse avere necessità, compresi gli aeroporti militari, nonché le attività doganali connesse; 2) scarico dei materiali sanitari in arrivo dall'estero presso gli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Malpensa o altri di cui la Struttura commissariale ne dovesse avere necessità, compresi gli aeroporti militari, e attività doganali connesse; 3) attività di *handling* all'aeroporto di partenza per la presa in carico della merce e all'aeroporto di destinazione, disallestimento dei pallet aeronautici dall'aeromobile all'aeroporto di destinazione, trasferimento delle unità di carico presso il magazzino doganale di importazione in Italia, con relative procedure di sdoganamento.

Deve altresì evidenziarsi, come accennato, che l'affidamento è avvenuto mediante una “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando”, ai sensi dell'art. 32 Dir. 2014/42/UE e dell'art. 63 d.lvo n. 50/2016, indetta dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 18 marzo 2020 in persona del dott. Domenico Arcuri, ai sensi dell'art. 122 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, conv. in l. n. 27 del del 24 aprile 2020.

Il comma 2, terzo periodo, della citata disposizione prevede in particolare che compete alla Struttura Commissariale l'adozione dei provvedimenti “necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale (...) in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea”.

Poiché il criterio di aggiudicazione era quello del massimo ribasso, ai partecipanti alla procedura negoziata era richiesto di formulare un'offerta (compilando lo schema di offerta di cui all'allegato n. 2A del disciplinare tecnico e di gara) espressa in €/MCB/miglia aeree (ovvero in euro per ogni Metro Cubo di Merce e per ogni miglio aereo) e articolata in tre distinte tariffe, rispettivamente per voli da (1) Paesi AMER, (2) Paesi EMEA e (3) Paesi APAC e Federazione Russa, verso i menzionati aeroporti italiani di Malpensa/Fiumicino.

La formazione della graduatoria – propedeutica all'avvio di una fase negoziata con il concorrente che avesse offerto le condizioni più vantaggiose – sarebbe avvenuta calcolando per ciascun offerente, sulla base dell'algoritmo indicato nel disciplinare, la media ponderale delle tre tariffe, laddove (a) la tariffa espressa per i voli da Paesi AMER aveva un peso del 20%, (b) quella per i voli da Paesi EMEA del 20% e (c) quella per i voli da Paesi APAC e Federazione Russa del 60%: sarebbe stata quindi considerata migliore, ai fini della medesima graduatoria, l'offerta il cui risultato avesse restituito una tariffa media ponderata più bassa rispetto alle altre.

Presentavano offerta, a riscontro della relativa lettera di invito (inviata a n. 29 operatori del settore) n. 5 imprese, tra le quali la J.A.S. – Jet Air service s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Alitalia s.p.a. in amministrazione straordinaria, la cui tariffa ponderale risultava pari ad € 0,25 MCB/miglia aeree, e la Neos s.p.a., la cui tariffa ponderale risultava pari ad € 0,11/MCB/miglia aeree: questa quindi, collocatasi in prima posizione nella graduatoria conclusiva, veniva ammessa alla successiva fase di negoziazione, che si concludeva con l'aggiudicazione a suo favore dell'appalto e la successiva stipulazione del relativo contratto.

Come accennato, con la sentenza appellata, il T.A.R. adito dalla ricorrente J.A.S. – Jet Air service s.p.a. ha respinto il ricorso, ravvisando l'infondatezza delle plurime censure da essa articolate, altresì statuendo l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto dall'impresa aggiudicataria.

Mediante i motivi di appello, che si passa subito ad esaminare anche richiamando il contenuto delle corrispondenti doglianze originarie, l'originaria ricorrente censura in parte qua la sentenza appellata (che, per gli aspetti non attinti dal gravame, deve quindi considerarsi passata in giudicato).

Si sono costituiti nel giudizio di appello, per opporsi all'accoglimento del gravame, il Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la società aggiudicataria Neos s.p.a., la quale ha anche riproposto le eccezioni di inammissibilità ed i motivi del ricorso incidentale non esaminati dal T.A.R. in ragione del loro assorbimento (eccezioni e motivi il cui esame si ritiene, per il momento, di accantonare).

Ciò premesso in punto di fatto, con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduceva la violazione dei principi di parità di accesso, concorrenza, non discriminazione e trasparenza, nonché del disciplinare e della scheda di offerta, oltre che il vizio di eccesso di potere per ingiustizia manifesta e irragionevolezza, non avendo la stazione appaltante disposto l'esclusione dell'offerta di Neos perché asseritamente difforme ed in contrasto con la *lex specialis*.

La ricorrente allegava in particolare che l'aggiudicataria aveva formulato l'offerta sia sulla tratta di posizionamento (quella cioè di collegamento tra la base di armamento dell'aereo e lo scalo di carico della merce da trasportare) che su quella d'uso (quella cioè di collegamento tra la base di carico e quella di scarico della merce trasportata), mentre, alla luce delle disposizioni della *lex specialis* (frutto del combinato disposto della lettera di invito, del disciplinare e dello schema di offerta), ai partecipanti alla procedura negoziata era stato richiesto di esprimere l'offerta in €/MCB/miglia aeree soltanto per la tratta d'uso (da aeroporti in Paesi AMER o EMEA o APAC verso Malpensa o Fiumicino), senza calcolare il volo di posizionamento.

Il T.A.R., dopo aver rilevato che, in base al disciplinare di gara ed allo schema di offerta per il lotto 1, l'offerta economica doveva essere formulata con riferimento alla sola tratta dall'aeroporto dove doveva essere fatto il carico a quello di destinazione, senza calcolare anche la c.d. tratta di posizionamento, ossia la tratta dall'aeroporto dove si trova l'aeromobile destinato al carico a quello dove il carico va fatto, ha evidenziato che, come specificato nella nota del 5 giugno 2020 (*recte*, 6 maggio 2020), indirizzata da Neos al Commissario Straordinario, la società aggiudicatrice aveva chiarito di aver formulato l'offerta economica tenendo conto dell'intera "rotazione" dell'aeromobile, ossia del percorso dalla base di armamento (Milano Malpensa) a quella di rientro.

Il giudice di primo grado ha tuttavia ritenuto che, così facendo, la società aggiudicataria non avesse alterato il confronto concorrenziale tra gli operatori economici partecipanti alla procedura, avendo essa, nella propria offerta economica, comunque indicato la tariffa proposta per ciascuna tratta, offrendo un prezzo in euro per ogni metro cubo di merce e per ogni miglio aeronautico, conformemente allo schema di offerta allegato al disciplinare: ciò che, ha aggiunto il giudice di primo grado, "ha reso la sua offerta comparabile con quella degli altri concorrenti, tramite una semplice operazione matematica del Commissario Straordinario, ossia applicando la tariffa formulata da Neos alla sola tratta di ritorno e non all'intera rotazione".

Infine, il T.A.R., ad ulteriore dimostrazione del fatto che "la modalità di formulazione dell'offerta economica scelta da Neos non abbia alterato il confronto concorrenziale e non abbia comportato un raddoppiamento dei costi", ha evidenziato che, in forza dell'art. 7, comma 3, del contratto stipulato il 13 maggio 2020 tra Neos e il Commissario Straordinario, "non è previsto alcun compenso per il posizionamento e il riposizionamento del velivolo intendendosi che il corrispettivo sarà versato esclusivamente con riferimento alla tariffa indicata dall'aeroporto di inizio viaggio a quello di destinazione, indicati dal Commissario", mentre, ai sensi del successivo

comma 5, “è previsto il pagamento del volo a pieno carico e non sarà riconosciuto alcun corrispettivo nel caso in cui, per esigenze della impresa, questa debba far pervenire l’aeromobile da destinazioni diverse da quella di presa in carico”.

Mediante il corrispondente motivo di appello, la parte appellante ribadisce che Neos aveva formulato una tariffa la cui somma ponderata era risultata pari a in € 0,11/MCB/miglia aeree, offrendo per spedizioni da Paesi APAC o Federazione Russa a Milano Malpensa e/o Roma Fiumicino una tariffa pari ad € 0,12/MCB/miglia aeree: essa deduce quindi che la stazione appaltante avrebbe dovuto prendere in considerazione la tariffa effettivamente offerta da Neos, in applicazione della quale il prezzo per una spedizione da Pechino a Malpensa (€ 0,12/MCB 200/miglia aeree 4.381) sarebbe stato pari a € 105.144,00, laddove nel decreto di aggiudicazione e nel contratto d’appalto la stazione appaltante aveva riconosciuto a Neos un prezzo raddoppiato per singola tratta con destinazione Malpensa, prevedendo un importo pari ad € 210.000,00.

Tale *modus agendi*, prosegue la parte appellante, è stato spiegato nel giudizio di primo grado dall’Avvocatura dello Stato sostenendo che la stazione appaltante aveva proceduto al raddoppio della tariffa di Neos poiché questa, con la nota del 6 maggio 2020, aveva preannunciato alla stazione appaltante che avrebbe formulato un’offerta in €/MCB/miglia aeree calcolando la remunerazione sull’intera rotazione di due tratte, quella di posizionamento e quella d’uso, all’uopo precisando che, in applicazione della tariffa da essa offerta per i voli dai paesi APAC (€ 0,12 per MCB), moltiplicata per la capacità di carico del proprio aeromobile (200 MCB), un trasporto di merce da Pechino a Milano Malpensa, la cui rotazione aerea tra andata e ritorno era pari a 8.726 miglia, avrebbe dato luogo all’applicazione di un importo pari a € 210.288,00 a carico della Struttura Commissariale.

La parte appellante quindi, oltre a lamentare l’omessa esclusione della controinteressata perché difforme dalle prescrizioni della *lex specialis* relative

alla formulazione dell'offerta economica, lamenta che, a differenza di quanto sostenuto dal T.A.R., l'offerta di Neos ricostruita dalla stazione appaltante tramite l'operazione di raddoppio era insuscettibile di essere messa a confronto con quella formulata da tutti gli altri partecipanti, poiché fondata su una struttura dei costi e dei guadagni attesi totalmente diversa – e ben più vantaggiosa per Neos – rispetto a quella praticata dagli altri concorrenti, nel rispetto della *lex specialis*: ciò in quanto la remunerazione sulla sola tratta d'uso conduce a risultati del tutto diversi e incomparabili rispetto alla remunerazione di entrambe le tratte, atteso che la tratta di posizionamento può essere percorsa a carico vuoto (in questo caso si parla di tratta ferry, mentre si parla di tratta live in caso di carico pieno o parziale), con un costo del carburante notevolmente inferiore rispetto a quello necessario per eseguire la tratta a pieno carico.

La parte appellante lamenta inoltre che il modus operandi della stazione appaltante si è tradotto in un intervento impropriamente manipolativo dell'offerta economica dell'impresa aggiudicataria, non consentito nemmeno nel contesto derogatorio entro cui ha agito la Struttura Commissariale.

Tanto premesso, il motivo di appello in esame, nella sua complessiva articolazione, non può essere accolto.

Deve premettersi che, come si evince dal verbale di gara dell'8 maggio 2020, la selezione dell'offerta di Neos come la più vantaggiosa per l'Amministrazione è stata effettuata sulla scorta di una tariffa in €/MCB/miglia aeree che, come da essa precisato con la nota di chiarimenti del 6 maggio 2020, era riferita all'intera "rotazione", comprensiva cioè della tratta di andata (o di posizionamento) e di quella di ritorno (o d'uso), secondo il significato innanzi illustrato.

Va altresì evidenziato che, in sede di contrattualizzazione, anche all'esito della fase di negoziazione instaurata con l'impresa collocatasi in posizione più favorevole, il corrispettivo è stato determinato sulla scorta di una sostanziale duplicazione della tariffa: ciò perché esso è stato riferito (conformemente alle

previsioni della *lex specialis*, che indicava come oggetto del servizio il solo trasporto di merci dagli aeroporti esteri ivi indicati a quelli di Malpensa/Fiumicino) alla sola tratta d'uso, con espressa esclusione di qualsiasi remunerazione per il viaggio di posizionamento e comunque non effettuato "a pieno carico" (cfr. art. 7, punti 3 e 5, del contratto).

Ciò premesso, deve osservarsi che non può essere accolta, in primo luogo, la deduzione attorea intesa a far discendere, dalla mancata osservanza della *lex specialis* laddove avrebbe previsto che l'offerta economica dovesse essere formulata con esclusivo riferimento alla tratta cd. d'uso e che non sarebbe stata remunerata la tratta cd. di posizionamento, l'inammissibilità dell'offerta economica della controinteressata, la quale ha invece offerto una tariffa riferita (anche) alla seconda.

Deve invero rilevarsi, in primo luogo, che la *lex specialis* si limitava a prescrivere che la tariffa offerta fosse rapportata al parametro MCB (Metro Cubo di Merce)/miglio aereo, mentre non conteneva alcuna univoca prescrizione intesa a precisare che avrebbe costituito oggetto di pagamento la sola tratta d'uso (con esclusione di quella di posizionamento): né del resto potevano ricavarsi univoche indicazioni in tal senso, quantomeno al fine di farne discendere (come preteso dalla parte appellante) l'esclusione "per difformità" dell'offerta della aggiudicataria, dalla individuazione dell'oggetto dell'appalto (cfr. art. 1 del disciplinare tecnico e di gara) come "trasporto aereo internazionale da Paesi APAC e Federazione Russa, AMER, EMEA verso gli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Malpensa o di altri di cui la Struttura commissariale ne dovesse avere necessità, compresi gli aeroporti militari, le attività doganali connesse".

Deve allo stesso modo escludersi che il confronto economico tra l'offerta della aggiudicataria e quella delle altre concorrenti, tra le quali l'odierna appellante, si sia basato su dati "non comparabili" né "omogeneizzabili" attraverso una mera "operazione matematica" (come quella operata dalla stazione appaltante, che ha provveduto al "raddoppio" della tariffa offerta

dalla aggiudicataria, al fine di determinare quella valida per la sola tratta d'uso oggetto di remunerazione secondo il contratto): tesi sostenuta dalla parte appellante alla luce del diverso costo (essenzialmente riconducibile alla diversa quantità di carburante necessario per eseguire le due tipologia di tratta, in conseguenza del fatto che una avviene a pieno carico e l'altra a carico vuoto) della tratta d'uso e di quella di posizionamento, con la conseguenza che la formulazione da parte della aggiudicataria di una offerta parametrata all'intera "rotazione" si sarebbe tradotta – viene lamentato - in un ingiustificato vantaggio competitivo per la stessa.

In primo luogo, infatti, deve ritenersi che tutte le imprese offerenti abbiano "incorporato" nella tariffa offerta (per la tratta d'uso, come ha fatto la parte appellante, o per l'intero tragitto di rotazione, come ha fatto la controinteressata) i costi connessi alla effettuazione (anche) della tratta di posizionamento: sebbene, quindi, l'offerta economica dell'impresa appellante (e delle altre concorrenti che hanno seguito il suo *modus procedendi*) abbia formalmente riguardo alla sola tratta d'uso, la tariffa offerta deve essere naturalmente finalizzata alla remunerazione dei costi che l'impresa di trasporto dovrà complessivamente sostenere ai fini della realizzazione del servizio de quo.

In tale ottica, la differenza tra la tariffa indicata dalla aggiudicataria per entrambe le tratte e quella proposta dalla appellante per la sola tratta d'uso è di carattere, appunto, solo formale, dovendo entrambe risultare remunerative (e quindi correlate alla struttura di costo relativa sia alla tratta d'uso che alla tratta di posizionamento) dell'intero percorso aereo necessario all'esecuzione del singolo completo trasporto, a seconda della base d'armamento di ciascuna impresa di trasporto.

Inoltre, la tesi attorea, secondo cui la determinazione del corrispettivo spettante alla aggiudicataria per la sola tratta (d'uso) remunerabile, sulla scorta del mero "raddoppio" di quella da essa prevista per entrambe le tratte, d'uso e di posizionamento, non terrebbe conto dei minori costi connessi

all'esecuzione della seconda (perché effettuata senza carico), con la conseguente lamentata alterazione del confronto concorrenziale, sarebbe condivisibile se a base del calcolo operato dalla stazione appaltante fosse stata assunta la tariffa eventualmente prevista per la sola tratta d'uso: essa, però, non tiene conto del fatto, prima evidenziato, che l'offerta della aggiudicataria costituisce già il frutto della ponderazione dei (diversi) costi connessi all'esecuzione delle due tratte, sulla scorta di una analisi non dissimile (se non per il parametro assunto a riferimento ai fini della determinazione della tariffa) rispetto a quella effettuata dalle altre concorrenti, con la conseguente plausibilità della contestata "operazione matematica", siccome intesa a determinare in sede di contratto, sulla base della tariffa prevista per l'intero tragitto (di andata e di ritorno) e tenuto conto della limitazione della remunerazione alla sola tratta a pieno carico, quella valida per il solo percorso di ritorno (d'uso), pari, in termini di miglia aeronautiche, alla metà del percorso complessivo.

Nemmeno potrebbe sostenersi che il modus operandi dell'Amministrazione, laddove ha proceduto alla negoziazione e successiva contrattualizzazione delle condizioni economiche offerte dall'impresa aggiudicataria, avrebbe determinato una indebita manipolazione dell'offerta economica della aggiudicataria: ciò in quanto, come dedotto dalla parte appellante, il RUP ha proceduto al "raddoppio" della tariffa MCB/miglia oraria offerta (con riferimento alla tratta d'uso ed a quella di posizionamento) dalla aggiudicataria.

Basti osservare che l'operazione di "conversione" attuata dalla stazione appaltante è conforme alle indicazioni rese dalla stessa aggiudicataria con la menzionata nota del 6 maggio 2020, intesa a sottolineare che la tariffa offerta era relativa sia alla tratta d'uso che a quella di posizionamento, con la conseguente determinazione della remunerazione dovuta dalla stazione appaltante in relazione al percorso complessivo: chiarimento che la stazione appaltante, al fine di "omologare" l'offerta al criterio di remunerazione da

essa applicato (limitato appunto alla tratta d'uso), ha tradotto nel "raddoppio" della tariffa offerta con riferimento alla doppia tratta.

Deve solo aggiungersi che non sono condivisibili nemmeno le deduzioni formulate dalla parte appellante con successiva memoria (del 15 maggio 2021), laddove viene sostenuto che la nota del 6 maggio 2020 non sarebbe stata allegata all'offerta economica dell'impresa aggiudicataria né avrebbe costituito parte integrante della stessa, come sarebbe desumibile anche dal fatto che il verbale dell'8 maggio 2020 menziona il solo prezzo originario (€ 0,11) offerto dall'impresa suindicata: deve infatti osservarsi che, anche laddove la graduatoria fosse stata formulata (come risulta essere stata formulata) sulla base del prezzo indicato dalla Neos s.p.a., con la sua offerta economica, per l'intera rotazione, ciò che conta è che essa è rimasta immutata anche dopo che, sulla scorta della menzionata nota del 6 maggio 2020 (di cui la parte appellante non contesta la presenza in allegato alla domanda di partecipazione della controinteressata), la stazione appaltante ha proceduto, per le ragioni innanzi illustrate, al "raddoppio" della tariffa offerta, al fine di renderla comparabile con le offerte delle altre concorrenti.

La parte appellante rivolge quindi la sua critica alla statuizione reiettiva recata dalla sentenza appellata con riguardo al motivo del ricorso introduttivo col quale lamentava che, in base al decreto di aggiudicazione ed al contratto d'appalto con l'aggiudicataria, era stato previsto il prezzo di Euro 210.000,00 soltanto per le tratte con destinazione Malpensa e non anche a quelle verso Fiumicino: per queste ultime, essa deduce, era stata infatti accordata una indebita maggiorazione di euro 15.000 per singola tratta, corrispondente al costo extra scalo, laddove il disciplinare e la scheda di offerta prevedevano un'unica offerta economica per voli da uno dei Paesi esteri indicati, indipendentemente dal fatto che il luogo di destinazione fosse Milano Malpensa o Roma Fiumicino, escludendo espressamente alcuna possibilità di distinzione fra i due scali.

Il T.A.R., al fine di respingere la censura, ha osservato, alla luce delle deduzioni difensive dell'Amministrazione, che "il decreto di aggiudicazione può ben essere interpretato nel senso che, qualora per un singolo e specifico volo sia richiesto uno scalo extra oltre quello a Milano Malpensa, ossia, scaricata qui una parte del materiale, l'aeromobile proseguirà il trasporto fino a Roma Fiumicino, è prevista la maggiorazione economica. È a questa ipotesi, un unico trasporto aereo con scalo sia a Milano Malpensa sia a Roma Fiumicino, che può riferirsi insomma la previsione della maggiorazione della tariffa".

Deduce in senso contrario la parte appellante che, accedendo all'interpretazione offerta dal T.A.R., la remunerazione del trasporto da aeroporti esteri a Fiumicino, senza fare scalo a Malpensa, resterebbe sfornita di una disciplina, per cui non si comprenderebbe quale sarebbe la sorte dei servizi di trasporto merci con destinazione diretta a Fiumicino.

Allega altresì che, in ogni caso, il disciplinare e la scheda di offerta erano chiari nello stabilire che dovesse essere applicata un'unica offerta economica per voli da uno dei Paesi esteri indicati, indipendentemente dal fatto che il luogo di destinazione fosse Malpensa o Fiumicino, escludendo espressamente alcuna possibilità di distinzione fra i due scali.

Nemmeno tale motivo di appello è meritevole di accoglimento.

Quanto al primo assunto critico, infatti, è agevole osservare che la disciplina tariffaria del trasporto merci diretto (dall'aeroporto estero a quello di Fiumicino) non potrebbe che essere quella propria della relativa tratta così come indicata nell'offerta economica della aggiudicataria (essendo indifferente, come ricordato dalla parte appellante, che lo scalo di destinazione sia quello di Malpensa o di Fiumicino).

Dal secondo punto di vista, invece, la previsione concernente la contestata maggiorazione, interpretata (come fatto dal giudice di primo grado, sulla scorta dei chiarimenti resi in sede difensiva dall'Amministrazione) come intesa a remunerare il trasporto con "doppio" scalo interno, non collide con la tesi

della indifferenza dello scalo di destinazione ai fini remunerativi, sancita dalla *lex specialis*, concernendo appunto una ipotesi diversa (e meritevole di apposito trattamento tariffario, di carattere meramente integrativo rispetto alla tariffa-base offerta), relativa cioè all'esecuzione di un servizio "supplementare" (quale quello, appunto, relativo all'esecuzione di un doppio scarico di merci in Italia).

Al riguardo, non può condividersi quando sostenuto dalla parte appellante con la memoria del 15 maggio 2021, nel senso che la *lex specialis* prevedeva chiaramente il criterio per remunerare un trasporto aereo da Malpensa a Fiumicino in caso di extra scalo, applicando il calcolo in €/MCB/miglia aeree ai metri cubi di merce effettiva che sarebbe stata trasportata dallo scalo milanese a quello romano: invero, a prescindere dalla novità della deduzione (se intesa come autonomo motivo di appello), deve rilevarsi che la *lex specialis* prevedeva in via alternativa, quale scalo di destinazione, "l'aeroporto di Milano Malpensa o Roma Fiumicino" (cfr. punto 5 del disciplinare tecnico e di gara), con la conseguenza che l'ipotesi di un trasporto con doppia destinazione non trovava perfetta corrispondenza nelle previsioni della *lex specialis* e si prestava ad essere autonomamente quanto legittimamente disciplinata in fase di negoziazione con l'impresa aggiudicataria.

Da ultimo, deve osservarsi che la previsione (della suddetta maggiorazione economica) contestata risulta priva di influenza sullo svolgimento della procedura di gara e sulla individuazione finale del soggetto aggiudicatario, integrando piuttosto un post factum rispetto ad essa ed attinente alla fase di negoziazione susseguente alla individuazione della migliore offerta: trattasi infatti di una clausola contrattuale introdotta nell'ambito delle condizioni tariffarie migliorative relative all'ipotesi di effettuazione di "rotazione diretta da Milano Malpensa" verso uno degli aeroporti cinesi dove la società aggiudicataria "ha operato e/o sta attualmente operando", la quale non ha influito sulle condizioni del confronto concorrenziale, che risulta essersi

svolto indipendentemente da essa e senza che ne fosse prevista *ab initio* l'introduzione.

Nel prosieguo, la parte appellante volge i suoi rilievi nei confronti della pronuncia reiettiva del motivo di ricorso col quale, sul presupposto che la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare le miglia aeronautiche della sola tratta d'uso, e non – come invece avvenuto – considerando sia la tratta di posizionamento che quella d'uso, il prezzo proposto sarebbe conseguentemente risultato anormalmente basso e la stazione appaltante avrebbe dovuto necessariamente procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla aggiudicataria.

In chiave reiettiva, il T.A.R. ha da un lato richiamato i poteri derogatori riconosciuti dall'art. 122 d.l. n. 18/2020 al Commissario Straordinario, al fine di escludere l'obbligo della stazione appaltante di avviare la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta prima dell'aggiudicazione, dall'altro lato, e con riferimento alla verifica di anomalia c.d. facoltativa, ha osservato che “non risultano elementi oggettivi e specifici sintomatici della possibile inattendibilità dell'offerta di Neos, che potessero indurre la Stazione appaltante a procedere alla sua verifica in via discrezionale”, all'uopo evidenziando che “Neos, nella propria offerta economica, ha indicato la tariffa proposta per ciascuna tratta, offrendo un prezzo in euro per ogni metro cubo di merce e per ogni miglia aerea, indipendentemente dalla considerazione di una o di entrambe le tratte, ossia solamente di quella di ritorno o anche di quella di posizionamento”.

Mediante il corrispondente motivo di appello, la parte appellante, oltre ad evidenziare che la procedura negoziata de qua non prevede (nella sua configurazione astratta e nella sua concreta declinazione ad essa data dalla struttura emergenziale) alcuna deroga alla disciplina in tema di verifica di anomalia, deduce, in primo luogo, che, ai sensi dell'art. 97 d.lvo n. 50/2016, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 5 e inferiore a 15 (come nella

specie), la stazione appaltante deve obbligatoriamente procedere alla verifica di anomalia delle offerte qualora queste presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia determinata ai sensi del comma 2-bis del medesimo articolo, nonché secondo quanto disposto dalla Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 8 del 24 ottobre 2019: ebbene, poiché nel caso di specie l'offerta di Neos era pari a € 0,11 Euro per miglio per MCB, quella dell'RTI JAS-Alitalia era pari a € 0,25 per miglio per MCB; quella di Kerry Logistics s.p.a. era pari a € 0,27 Euro per miglio per MCB, quella di Savino del Bene s.p.a. era pari a € 0,43 per miglio per MCB e quella di UPS s.r.l. era pari a € 828,00 per miglio per MCB, applicando i criteri di calcolo della soglia di anomalia così come determinati dall'art. 97, comma 2 bis, d.lvo cit. e dalla menzionata circolare, l'offerta di Neos, inferiore di oltre la metà rispetto alle altre offerte, avrebbe dovuto considerarsi oltre la soglia di anomalia, con conseguente obbligo della stazione appaltante di avviare il sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

In secondo luogo, deduce la parte appellante che, anche volendo aderire alla tesi del T.A.R., secondo cui nel caso di specie non ricorrevano i presupposti della verifica obbligatoria, la scelta di non sottoporre l'offerta di Neos a verifica (facoltativa) di anomalia deve considerarsi affetta macroscopicamente irragionevolezza e illogicità, alla luce dei suindicati elementi oggettivi asseritamente sintomatici di una possibile incongruità.

Nessuno dei profili di doglianza è meritevole di accoglimento.

Accantonando, siccome non decisivo ai fini della soluzione della controversia, il tema relativo alla applicabilità alla procedura negoziata, svolta come quella in esame in un contesto emergenziale, della disciplina generale in materia di verifica di anomalia dell'offerta, deve osservarsi che l'assunto attoreo, secondo cui la tariffa proposta dall'impresa aggiudicataria si collocherebbe al di là della soglia di anomalia, muove dal presupposto (ribadito con la memoria del 15 maggio 2021) che essa sia pari ad € 0,11/MCB/miglia orarie, laddove deve aversi riguardo, alla luce dei rilievi innanzi formulati (e proprio al fine di

renderla comparabile, anche ai fini del giudizio di anomalia, con le offerte delle altre concorrenti), alla tariffa “calcolata” dalla stazione appaltante con riguardo alla sola tratta d’uso (pari quindi ad € 0,22, affatto “inferiore di oltre la metà rispetto alle altre offerte”, come affermato dalla parte appellante).

Ebbene, tale rilievo, se da un lato induce ad escludere la sussistenza dei presupposti della verifica obbligatoria di anomalia, dall’altro lato palesa l’infondatezza della deduzione volta ad affermare la presenza di quelli relativi alla verifica cd. facoltativa: deduzione di cui appare predicabile, comunque, anche l’inammissibilità, non avendo la parte appellante specificamente censurato i motivi formulati dal giudice di primo grado al fine di dimostrarne l’infondatezza (nel senso che “Neos, nella propria offerta economica, ha indicato la tariffa proposta per ciascuna tratta, offrendo un prezzo in euro per ogni metro cubo di merce e per ogni miglia aerea, indipendentemente dalla considerazione di una o di entrambe le tratte, ossia solamente di quella di ritorno o anche di quella di posizionamento”).

Con ulteriore motivo di appello, la parte appellante lamenta la reiezione da parte del T.A.R. del motivo di ricorso inteso a lamentare l’illegittima ammissione dell’offerta di Neos alla procedura negoziata per carenza dei requisiti, sul presupposto che essa sarebbe in grado di effettuare in proprio il trasporto aereo delle merci soltanto su quattro tratte (ovvero da Pechino, Jinan, Nanchino, Shenzhen, peraltro tutte dalla Cina) e con sola destinazione Milano Malpensa, laddove la *lex specialis*, al punto 8 del disciplinare e nello schema di offerta, richiedeva ai partecipanti alla procedura negoziata di operare servizi di trasporto aereo e complementari da tutto il mondo.

Esponesse inoltre la ricorrente che l’offerta di Neos riguardava soltanto i voli con destinazione Milano Malpensa, come poteva evincersi dalla nota del 6 maggio 2020, dal decreto di aggiudicazione e dal contratto di appalto.

Soggiungeva che, anche volendo ritenere che l’incapacità di Neos di gestire determinate tratte o servizi potesse essere sopperita demandando le relative attività a terzi, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere comunque

all'esclusione di Neos, avendo essa partecipato alla procedura negoziata in forma individuale: sotto tale profilo, si doleva anche della violazione della normativa antimafia e di quella sulla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla l. n. 136/2010.

In subordine, la parte ricorrente deduceva che la *lex specialis* avrebbe dovuto essere dichiarata illegittima per la mancata previsione di requisiti di partecipazione adeguati alle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto, in carenza dei quali i concorrenti avrebbero dovuto essere esclusi.

Il giudice di primo grado, nel respingere i suindicati motivi di ricorso, ha da un lato evidenziato che “dagli atti di gara (...) non si evince se gli aeroporti di destinazione dovessero essere, alternativamente, Milano Malpensa e Roma Fiumicino, come farebbe pensare la disgiuntiva “o” impiegata agli artt. 5 e 8 del disciplinare, ovvero dovessero essere necessariamente entrambi, come farebbe pensare la congiunzione “e” di cui all’art. 1. Stante l’equivoco tenore letterale del disciplinare di gara, non può ritenersi che l’offerta economica formulata da Neos sia ad essi difforme”, dall’altro lato, che “la *lex specialis* non richiedeva, quale requisito di partecipazione, l’aver come aeroporto di armamento, ossia come aeroporto dove è stabilizzata la propria flotta, sia Milano Malpensa sia Roma Fiumicino, limitandosi il disciplinare di gara a richiedere che i concorrenti formulassero un’offerta economica, che facesse riferimento a uno o entrambi, a seconda della lettura interpretativa scelta, gli scali. Come già detto, Neos ha formulato un’offerta economica, proponendo una tariffa in euro per ogni metro cubo di merce e per ogni miglia aerea per ciascuna delle tre tratte indicate ed oggetto di gara”.

Mediante i relativi motivi di appello, la parte appellante deduce che il fatto che Neos abbia formulato un’offerta per tutte e tre le categorie di tratte non è di per sé prova dell’effettivo possesso da parte di Neos dei requisiti per erogare in proprio i servizi oggetto della procedura negoziata.

Evidenzia altresì che dalla mera lettura del decreto di aggiudicazione e dell’art. 4 del contratto si ricava chiaramente che “Neos ha base a Milano Malpensa,

ha operato e/o opera attualmente su uno dei seguenti aeroporti in Cina dove Neos ha operato e/o sta attualmente operando: Pechino (Pek) Jinan (Tna) Nanchino (Nkg) Shenzhen (Szx)” e che anche il prospetto depositato in primo grado dal Commissario Straordinario conferma che dal 26 maggio al 31 luglio 2020 sono stati effettuati (o erano previsti) solo voli relativi alla tratta Milano Malpensa – Shenzhen: dato ulteriormente confermato dal documento di riepilogo dello stato di esecuzione del contratto depositato da Neos il 15 settembre 2020, da cui si evince che, da maggio 2020, Neos ha effettuato solo voli aventi come tratta Shenzhen – Milano Malpensa o Pechino – Milano Malpensa.

Aggiunge la parte appellante che risulta comprovato *per tabulas* che Neos non è nemmeno dotato di una propria struttura di vendite cargo, ma è un vettore aereo operante principalmente, nell’ambito del gruppo Alpitour, nel trasporto dei turisti o, comunque, delle persone, e non delle merci.

Essa lamenta infine il mancato esaustivo esame delle suindicate doglianze da parte del giudice di primo grado.

Nemmeno il motivo di appello in esame è meritevole di accoglimento.

In primo luogo, quanto alla deduzione secondo cui Neos non sarebbe strutturata per eseguire voli con destinazione Roma Fiumicino, la parte appellante non ha puntualmente censurato la sentenza appellata laddove ha evidenziato che “la *lex specialis* non richiedeva, quale requisito di partecipazione, l’aver come aeroporto di armamento, ossia come aeroporto dove è stabilizzata la propria flotta, sia Milano Malpensa sia Roma Fiumicino”.

Quanto invece alla tesi attorea secondo cui l’aggiudicataria non disporrebbe dei mezzi necessari per eseguire tutte le tratte richieste dalla *lex specialis*, deve osservarsi in senso contrario che non viene addotto alcun argomento inteso ad escludere la possibilità che l’aggiudicataria si attrezzasse (o si attrezzasse, ove richiesto dalla stazione appaltante) per eseguire i voli richiesti.

Da questo punto di vista, peraltro, la precisazione introdotta dal decreto di aggiudicazione e dal contratto di appalto, laddove indicano i suddetti scali aeroportuali cinesi come quelli in cui la società di trasporto “ha operato e/o sta attualmente operando”, è funzionale alla indicazione dei “prezzi migliorativi” rispetto alle tariffe indicate in offerta laddove venga richiesta l’effettuazione di una “rotazione diretta da Milano Malpensa” verso uno dei suddetti aeroporti, mentre dalla stessa non può desumersi l’inidoneità della aggiudicataria ad eseguire tutte le tratte contemplate dalla *lex specialis*.

Del resto, lo stesso art. 1 del disciplinare, nel prescrivere che l’affidamento aveva ad oggetto, tra le altre, le attività di: “1) trasporto aereo internazionale da Paesi APAC (Sud-Est Asiatico) e Federazione Russa, AMER (Americhe), EMEA (Europa, Medio Oriente e Africa) verso gli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Malpensa o altri di cui la Struttura Commissariale dovesse avere necessità, compresi gli aeroporti militari, nonché le attività doganali connesse”, sottende la possibilità che il servizio di trasporto abbia quale destinazione scali diversi da quelli di Milano Malpensa e Roma Fiumicino, rispetto ai quali quindi, seguendo il ragionamento della parte appellante, non sarebbe comunque attuabile una verifica a monte di idoneità.

Nemmeno, a conferma della inidoneità della aggiudicataria ad eseguire tutti i servizi di trasporto indicati nella *lex specialis*, potrebbe farsi leva sui dati relativi ai trasporti da essa effettuati in esecuzione del contratto, essendo gli stessi esclusivamente dimostrativi delle concrete esigenze manifestate dalla struttura commissariale nella fase attuativa dell’appalto.

Infine, con riferimento alla censura (subordinata) intesa a lamentare che la *lex specialis* non avrebbe previsto specifici requisiti di ammissione, deve osservarsi che se, da un lato, la parte appellante non specifica la censura con riferimento alla tipologia di requisiti di partecipazione che l’Amministrazione avrebbe dovuto precedere e di cui sarebbe priva l’impresa aggiudicataria (ciò che induce a ritenere fondata l’eccezione di inammissibilità formulata dalla società aggiudicataria), dall’altro lato, essa non dimostra che i requisiti di

partecipazione non possano essere ritagliati con riferimento alla generale capacità di eseguire la tipologia di trasporti in esame, indipendentemente dai mezzi all'uopo necessari e dallo specifico scalo di operatività (i quali attengono alla fase propriamente esecutiva del contratto).

Infine, la parte appellante censura la sentenza appellata nella parte in cui ha respinto il motivo di ricorso inteso a lamentare la violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità nelle procedure ad evidenza pubblica, a causa, da un lato, dell'apertura dei plichi in seduta riservata e alla presenza del solo R.U.P. e, dall'altro, del mancato riferimento, nel verbale n. 1 dell'8 maggio 2020, alle operazioni di verifica dell'integrità delle offerte dal punto di vista informatico.

Il T.A.R. ha respinto il motivo in discorso evidenziando, con riferimento alla presunta violazione del principio di pubblicità, che la procedura di gara in esame era telematica, essendo stata svolta sulla piattaforma informatica in uso al Commissario Straordinario, visionabile sul sito "registraticovid.invitalia.it": esso ha quindi richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte, in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta" (...) "posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni: in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi, ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato (così, Cons. Stato, n. 5388 del 2017)".

Con riguardo invece alla verifica delle offerte in sede monocratica da parte del R.U.P., prevista dall'art. 8 del disciplinare di gara, il collegio di primo grado ha richiamato la legittimazione derogatoria rispetto alla normativa vigente che il richiamato art. 122 d.l. n. 18/2020 conferisce al Commissario Straordinario

“anche con riferimento alla composizione degli organi della procedura e dell’attribuzione dei compiti di verifica delle offerte”.

Mediante il relativo motivo di appello, deduce la parte appellante che il T.A.R. ha omesso di considerare che la “presunzione” dell’effettivo rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità riguardo alle attività compiute dalla Commissione di gara tramite il sistema informatico di acquisizione si limita soltanto alle operazioni effettuate attraverso le registrazioni del sistema, che non sono state fornite a JAS nell’ambito dell’accesso agli atti, mancando quindi la prova che i fatti registrati nel verbale e negli atti di gara corrispondano a ciò che risulta dalle registrazioni del sistema telematico.

Allega inoltre la parte appellante che il fatto che l’art. 8 del disciplinare prevedesse che il RUP potesse agire in seggio monocratico non significa che il medesimo disciplinare prevedesse all’uopo la “seduta riservata”: esso avrebbe quindi dovuto operare quantomeno in presenza di un funzionario-testimone o un funzionario-segretario, laddove, come attestato nel verbale di gara, anche “[l]e attività di Segretario sono assunte dallo stesso RUP”.

Nessuno dei surriportati motivi di censura può essere accolto.

Quanto al primo profilo, la parte appellante sostiene che la garanzia che la tracciabilità delle operazioni di gara troverebbe nello svolgimento in forma telematica della procedura, con la connessa attenuazione dei principi di pubblicità che vi presiedono in linea generale, non potrebbe operare laddove, come nella specie, non siano stati messi a disposizione del soggetto interessato le “registrazioni del sistema”.

Deve in senso contrario osservarsi che i motivi adottati dal T.A.R. al fine di escludere la cogenza dei principi di pubblicità con riferimento alla tipologia di gara de qua, alla luce delle sue specifiche caratteristiche tecniche, non sono inficiati dal rilievo secondo cui essa non sarebbe stata posta nelle condizioni di verificare la corrispondenza tra gli atti di gara e le relative registrazioni telematiche, afferendo tale aspetto (non alla conformità in generale della gara alle esigenze di trasparenza ed imparzialità, ma) alla eventuale sussistenza di

concreti elementi di turbamento e alterazione del corretto svolgimento delle operazioni di gara, in ordine ai quali nessuna deduzione viene formulata dalla parte appellante (che non ha nemmeno allegato di aver inutilmente presentato istanza di accesso avente ad oggetto le suddette “registrazioni”, che infatti non sono menzionate nell’istanza *ad exhibendum* dell’11 maggio 2020).

Infine, quanto alla deduzione intesa a lamentare che il RUP ha agito in seduta riservata, assommando anche le funzioni segretariali, non possono non ribadirsi i rilievi formulati dal T.A.R. (e, per quanto detto, immuni alle censure attoree) al fine di escludere, alla luce delle specifiche modalità di conduzione delle gara (mediante piattaforma telematica), la valenza invalidante della mancata rigorosa osservanza dell’invocato principio di pubblicità.

L’appello, in conclusione, deve essere complessivamente respinto, in relazione sia al suo *petitum* caducatorio sia, di riflesso, a quello di ordine risarcitorio.

Può quindi prescindersi dall’esame delle ulteriori eccezioni di inammissibilità formulate dalla società aggiudicataria così come dei riproposti motivi del ricorso incidentale.

L’originalità dell’oggetto della controversia giustifica infine la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del giudizio di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, svolta in modalità telematica, del giorno 27 maggio 2021 con l’intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE
Giulio Veltri

IL SEGRETARIO