

NELLE CONCESSIONI E' INAMMISSIBILE L'OFFERTA CHE INDIVIDUI AREE DI INTERVENTO NON PREVISTE DALLA LEX SPECIALIS

[TAR Sardegna, sez. II, 6.10.2023 n. 739](#)

Massime (segue testo)

<<2.1.3. Osserva il Collegio come al fine di rendere oggettivamente comparabili le offerte poste in competizione all'esito della proposizione dell'istanza cui segue la sua pubblicazione e la fase di eventuale acquisizione delle proposte concorrenti, non possa quindi essere rimessa alla libera iniziativa degli offerenti l'individuazione di ulteriori aree ove queste non siano dalla lex specialis preventivamente individuate quali possibili ambiti di estensione perchè, da un lato, verrebbero resi quantomai imponderabili i parametri di valutazione su cui verterà il giudizio della Commissione, e dall'altro, verrebbe incentivata la formulazione di offerte condizionate ad esiti futuri e incerti correlati alla concreta possibilità e volontà dell'Ente di procedere all'auspicata estensione (dimensionale e temporale) delle concessioni.

E ciò a tacere delle ulteriori implicazioni afferenti agli iter autorizzativi inerenti alle nuove aree individuate.

L'offerta così formulata, dunque, si rivelava inammissibile in quanto condizionata al fatto che l'area d'intervento e la durata della concessione fossero differenti da quella contemplata dalla lex specialis.

La giurisprudenza ha, sul punto, osservato che l'offerta condizionata *“ricorre quando l'offerente subordina il proprio impegno contrattuale a che la controparte accetti una controproposta concernente un patto aggiuntivo o modificativo rispetto allo schema proposto dalla stazione appaltante; di conseguenza essa è inammissibile, atteso che le regole dell'evidenza pubblica esigono la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione*

appaltante e l'offerta presentata dal candidato.” (TAR Lazio II[^] quater 4.7.2011, n° 5827; T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 11 giugno 2010 , n. 369)

In sostanza, dunque, l'offerta dell'impresa partecipante può dirsi condizionata e, quindi, inammissibile, quando il concorrente subordina la sua adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento ovvero ad elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 13 aprile 2010 , n. 239).

2.1.4. Ulteriormente va osservato come l'offerta in questione non potesse che rivelarsi inammissibile in ragione del fatto che tale modalità di proposta progettuale determinava il venir meno della conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal concorrente.

Infatti, a fronte del fatto che la stazione appaltante aveva predeterminato la sua proposta contrattuale negli atti di gara affinché tutti i concorrenti ne fossero a conoscenza e ne risultassero vincolati, la presentazione di un'offerta condizionata, cioè difforme dalla proposta della stazione appaltante, ha alterato la par condicio dei concorrenti legittimando taluni concorrenti a conseguire una valorizzazione della propria proposta sulla base di elementi non contemplati dalla *lex specialis*>>

Pubblicato il 06/10/2023

N. 00739/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00010/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10 del 2023, proposto da Pontile Golfo di Arzachena S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Careddu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Floriana Isola, Massimo Cambule, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sitas di Molinas Luciano e C S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetto Ballero, Nicola Melis, Stefano Ballero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1. della determinazione n.3630/48476 del 28.10.2022 emanata dal Servizio Demanio *“Procedura comparativa ristretta indetta ai sensi dell'art. 37, ultimo comma, del C.d.N. così come modificato dall'art. 2, I comma del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, per l'assegnazione di una concessione demaniale marittima per la riqualificazione e gestione dell'approdo turistico di Cala Bitta, nel Comune di Arzachena (note di invito nn. 12328 e 12329 del 30/03/2022). Approvazione graduatoria definitiva – Aggiudicazione alla ditta SITAS di Molinas Luciano & C. s.a.s.”*, nonché di tutti quelli conseguenti, successivi e collegati;

2. di tutti i verbali di gara: verbale di gara del 12.10.2022, verbale di gara del 17.10.2022 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della società Sitas di Luciano Molinas & C. S.a.s. aggiudicataria, nonché nella parte inerente l'attribuzione dei punteggi, nonché di tutti gli atti conseguenti successivi e collegati;

3. di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi a quelli impugnati di cui ai punti 1 e 2, ivi compresa la non conosciuta concessione demaniale che dovesse essere stata medio tempore stipulata con la società Sitas di Molinas Luciano & C. S.a.s. con declaratoria di inefficacia, ovvero di subentro nella stessa.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Sitas di Molinas Luciano e C S.a.s. il 14/2/2023:

per l'annullamento

- della Determinazione n.3630/48476 del 28.10.2022 emanata dal Servizio Demanio *“Procedura comparativa ristretta indetta ai sensi dell'art. 37, ultimo comma, del C.d.N. così come modificato dall'art. 2, I comma del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, per l'assegnazione di una concessione demaniale marittima per la riqualificazione e gestione dell'approdo turistico di Cala Bitta, nel Comune di Arzachena”*, nonché di tutti gli atti ed i verbali di gara (verbale di gara del 12.10.2022 e verbale di gara del 17.10.2022) nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della società Pontile Golfo di Arzachena sr.l., nonché nella parte inerente l'attribuzione dei punteggi, nonché

di tutti gli atti conseguenti successivi e collegati; di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi a quelli impugnati;

- nonché, in via subordinata, dell'intera procedura comparativa di cui sopra ed in particolare del bando e di tutti gli atti e verbali della commissione di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Autonoma della Sardegna e di Sitas di Molinas Luciano e C S.a.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2023 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la *“Pontile Golfo di Arzachena s.r.l.”* ha impugnato la Determinazione n.3630/48476 del 28.10.2022 emanata dal Servizio Demanio, Patrimonio e Autonomie Locali di Sassari e Olbia-Tempio avente ad oggetto l'approvazione della graduatoria definitiva e l'aggiudicazione della *“Procedura comparativa ristretta indetta ai sensi dell'art. 37, ultimo comma, del C.d.N. così come modificato dall'art. 2, I comma del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, per l'assegnazione di una concessione demaniale marittima per la riqualificazione e gestione dell'approdo turistico di Cala Bitta, nel Comune di Arzachena (note di invito nn. 12328 e 12329 del 30/03/2022) alla controinteressata ditta SITAS di Molinas Luciano & C. s.a.s.”*, nonché gli atti correlati, ivi compresi i verbali di gara e l'eventuale concessione medio tempore stipulata.

2. La ricorrente rappresenta che, a seguito della presentazione, in data 20.03.2019, da parte della controinteressata SITAS S.a.s. dell'istanza di concessione demaniale e anticipata occupazione alla RAS per il rilascio del titolo demaniale in riferimento

al c.d. “*Approdo Turistico di Cala Bitta*” sito in Comune di Arzachena depositava offerta concorrente ai sensi dell’Art. 37 Cod. Nav.

3. Il servizio Demanio della RAS, dopo aver comunicato l’ammissibilità della domanda presentata dalla ricorrente, in data 30 marzo 2022, indiceva la procedura comparativa per l’affidamento della concessione demaniale in parola, invitando la medesima, unitamente alla controinteressata SITAS, ad integrare la domanda in concorrenza già presentata, al fine di comparare le stesse domande secondo le modalità e i termini fissati nel bando di gara.

4. All’esito dei lavori della Commissione giudicatrice, la controinteressata SITAS sas risultava collocata al primo posto della graduatoria con 64,36 punti, mentre seconda risultava l’odierna ricorrente con 63,67 punti.

5. In data 28 ottobre 2023, l’Amministrazione resistente inoltrava la Determinazione n.3630/48476 del 28.10.2022 con la quale veniva disposta l’aggiudicazione a favore della SITAS.

6. A seguito dell’acquisizione della documentazione di gara, la ricorrente assumeva che l’aggiudicazione risultava il frutto di palesi errori di fatto nei quali sarebbe incorsa la commissione giudicatrice e della violazione di specifiche prescrizioni del bando e, pertanto, formulava apposita istanza di autotutela, volta all’annullamento della predetta aggiudicazione.

7. Rimasta priva di riscontro tale iniziativa stragiudiziale, parte ricorrente adiva questo Tribunale al fine di ottenere l’annullamento degli atti gravati formulando sei motivi di gravame.

7.1. Con il primo motivo deduceva manifesta illogicità, erronea valutazione del fatto, disparità di trattamento nell’attribuzione del punteggio in favore della sitas in riferimento al sub criterio 3 per palese impossibilità ed irrealizzabilità.

7.1.1. Eccepiva la ricorrente che l’offerta della SITAS avrebbe meritato l’esclusione in quanto si sarebbe rivelato palesemente non veridico il cronoprogramma

proposto, con riguardo al sub criterio 3 inerente al numero di mesi occorrenti per la realizzazione degli investimenti contabilizzati nel sub-criterio 1.

In particolare, a fronte di un investimento quantificato in ben Euro 8.717.000,00 con importanti opere programmate (realizzazione di un Club Nautico di circa mq 360 di superficie coperta, distributore di carburanti, realizzazione di un parcheggio ex novo di 200 posti auto etc), la controinteressata indicava quale tempo necessario per la realizzazione degli interventi un solo mese. Peraltro, per effetto di tale indicazione otteneva un punteggio più elevato di quello attribuito alla ricorrente.

Evidenziava quindi la ricorrente che poiché quanto dichiarato da Sitas S.a.s. si rivelava *ictu oculi* impossibile da realizzare nel termine indicato, la Commissione, avrebbe dovuto escludere dalla gara la concorrente o, comunque, avrebbe dovuto azzerare il punteggio ad essa attribuito per tale voce, con conseguente aggiudicazione della procedura alla ricorrente, atteso che il differenziale tra le offerte delle due concorrenti era pari a soli 0,68 punti, mentre l'incidenza della valutazione espressa per tale sub criterio era pari a 3,33 punti.

7.2. Con un secondo profilo di doglianza, la società ricorrente censurava la violazione della *lex specialis*, oltre a eccesso di potere, errore sul fatto, offerta soggetta a condizione, disparità di trattamento.

7.2.1. Sottolineava la società ricorrente che la procedura comparativa in questione era stata avviata a seguito all'istanza di concessione demaniale avanzata da Sitas S.a.s. inerente a specifici mappali (2296, 2632 e 2633 (parte) e che il Servizio Demanio della Regione, valutata anche la domanda concorrente della Ricorrente avente ad oggetto le medesime aree, aveva predisposto il bando di gara unicamente in riferimento a queste, non essendo prevista nella *lex specialis* alcuna modifica in estensione - anche potenziale - dell'area demaniale oggetto della comparazione

nonché della durata della rapporto concessorio, coincidente tra le due offerte in anni 30.

Rappresentava l'esponente, tuttavia, come l'offerta formulata dalla SITA, contemplasse un'area demaniale mutata, in ampliamento, per ben 1.243,89 mq., con realizzazione di un club nautico su una spiaggia limitrofa e recasse una dichiarazione nella quale si affermava che *“in considerazione dell'investimento straordinario per la riqualificazione e gestione dell'approdo esistente si ritiene che la concessione abbia una durata minima di anni 20, prorogabile per ulteriori anni venti per le opere di ampliamento previste, considerato che allo stato attuale la struttura non risulta remunerativa, solo con il previsto ampliamento verranno assorbiti i costi fissi di gestione e un ritorno dell'investimento in tempi certi “*.

A giudizio della società ricorrente, quindi, la Commissione avrebbe errato nel considerare ammissibile la proposta progettuale della controinteressata, atteso che questa avrebbe arbitrariamente modificato, in violazione della lex specialis, sia le aree demaniali oggetto della procedura comparativa, sia la durata della concessione che doveva ritenersi cristallizzata in 30 anni.

Inoltre, l'offerta così formulata avrebbe violato il principio della par condicio in quanto avrebbe fatto leva su un termine della concessione diverso da quello individuato dalla amministrazione contemplando investimenti subordinati a concessioni aggiuntive e autorizzazioni edilizie, risultando dunque condizionata ad eventi futuri irrealizzabili e non contemplati dal bando di gara.

7.3. Con il terzo motivo di gravame veniva dedotto eccesso di potere, contraddittorietà ed errore sul fatto per mancata rilevazione della difformità totale dell'offerta rispetto al bando di gara, violazione della lex specialis, disparità di trattamento.

7.3.1. In sintesi la ricorrente eccepiva che l'offerta della SITAS avrebbe meritato l'esclusione in quanto il suo contenuto sarebbe stato profondamente modificato

rispetto all'istanza originariamente presentata; e ciò in violazione dei criteri e limiti impliciti fissati nel bando di gara.

Più nello specifico, la controinteressata avrebbe proposto una parte cospicua degli interventi conteggiati nel monte investimenti in aree esterne al demanio e, prevalentemente, di proprietà del ricorrente.

Tali investimenti, quindi, in quanto estranei al pertinente criterio che premiava gli investimenti che sarebbero rimasti acquisiti al demanio, non potevano –ad avviso della ricorrente- essere conteggiati. In ogni caso, l'eventuale estensione dell'area demaniale contemplata in offerta, avrebbe imposto all'amministrazione di procedere ai sensi dell'art. 3 del dpr 509/97 con la preventiva indizione di una conferenza di servizi.

7.4. Con un quarto ordine di censure veniva dedotto il vizio di eccesso di potere, manifesto errore in fatto per irrealizzabilità degli investimenti proposti da SITAS sas, in quanto in contrasto con la normativa di settore, violazione del principio di sostenibilità ambientale del progetto.

7.5.1. La ricorrente affermava che le opere proposte dalla controinteressata si sarebbero configurate irrealizzabili in quanto non assentibili sia sotto l'aspetto demaniale sia sotto quello urbanistico.

In particolare, le Linee Guida RAS sui PUL vieterebbero espressamente il rilascio di qualsivoglia nuova concessione demaniale sulle spiagge di lunghezza inferiore a 150 mtl. (quale quella su cui dovrebbe sorgere il proposto Circolo Nautico); inoltre, le aree private destinate ad accogliere i progettati bagni e il nuovo parcheggio sarebbero ricompresi nella zona omogenea S1 dallo strumento urbanistico del Comune di Arzachena, e soggette ad un vincolo di inedificabilità assoluta; infine, sulle aree in questione vigerebbe il divieto assoluto di edificazione ai sensi dell'Art. 10-bis della L.R. 45/1989 poiché collocate a meno di 300 mt dalla linea della battigia.

7.5. Con il quinto motivo di ricorso veniva censurata la manifesta illogicità e irragionevolezza, nonché assenza di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento nell'attribuzione di punteggi e arbitrarietà.

7.5.1. La ricorrente censurava l'assenza di alcuna motivazione a supporto dei punteggi attribuiti. Rappresentava che l'ampia discrezionalità riconosciuta alla Commissione nella valutazione delle offerte avrebbe dovuto essere compensata con una quantomeno succinta esplicazione delle ragioni a supporto dei punti attribuiti e rappresentava l'illogicità e palese irragionevolezza del giudizio espresso, ove raffrontato con il contenuto dell'offerta formulata dalle due concorrenti.

7.6. Con il sesto e ultimo ricorso, infine, veniva dedotta la violazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità tutela dell'ambiente, illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà in ragione delle circostanze e delle censure in precedenza formulate.

8. Si costituiva in giudizio l'amministrazione regionale che instava per la reiezione del gravame.

8.1. Si costituiva anche la controinteressata SITAS s.a.s che, oltre a concludere per la reiezione del gravame, proponeva ricorso incidentale depositato il 14 febbraio 2023.

8.1.1. Con il primo motivo del ricorso incidentale la SITAS deduceva la violazione della *lex specialis*; della Legge 4 dicembre 1993, n. 494, dell'art. 100 del D.L. 14/08/2020, n. 104, dell'art. 37, ultimo comma, del Codice della Navigazione, oltre a eccesso di potere per istruttoria insufficiente, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Rappresentava la SITAS sas che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in quanto la sua offerta economica era illegittima atteso che la stessa era stata parametrata prendendo in considerazione unicamente le aree a terra ed i pontili ed il relativo valore a mq, senza considerare in alcun modo il canone dovuto per gli specchi acquei ammontanti ad oltre 10.000 mq.

8.1.2. Con il secondo motivo di ricorso veniva dedotta la violazione della *lex specialis*, delle raccomandazioni tecniche per la progettazione dei porti turistici approvate il 27.02.2002 dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, eccesso di potere per istruttoria insufficiente, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e contraddittorietà in quanto, a giudizio della Sitas sas, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa in quanto non avrebbe mai potuto concretamente realizzare quanto programmato in quanto non avrebbe avuto la disponibilità delle aree sulle quali afferma di voler posizionare i servizi, né di un accesso diretto all'area demaniale né degli spazi necessari per il posizionamento dei posti auto e degli altri servizi ed impianti obbligatoriamente necessari per la legittima gestione della struttura.

8.1.3. Con il terzo motivo veniva censurata la violazione della *lex specialis*, delle raccomandazioni tecniche per la progettazione dei porti turistici, errore sul fatto per mancata rilevazione della difformità dell'offerta rispetto al bando di gara, eccesso di potere per istruttoria insufficiente, errore sul fatto, offerta soggetta a condizione, contraddittorietà;

In sintesi la controinteressata deduceva censure speculari ai motivi proposti dalla ricorrente principale con riguardo alla progettata realizzazione da parte della ricorrente di una piattaforma di 180 mq (sulla quale dovrebbero essere installati un chiosco-bar di 20 mq, un ulteriore imprecisato chiosco atto al ricevimento della clientela, e due bagni amovibili) su un'area esterna a quella oggetto della gara, in violazione alle previsioni del bando che non consentiva alcuna modifica in estensione dell'area demaniale.

Inoltre i servizi accessori proposti si sarebbero rivelati non assentibili sia sotto l'aspetto demaniale che sotto quello urbanistico – paesaggistico, in quanto posizionati nella spiaggia adiacente all'approdo e quindi in contrasto, con le Linee Guida RAS sui PUL.

8.1.4. Con il quarto e ultimo motivo di gravame, infine, veniva dedotta la Violazione e falsa applicazione dell'art. 105 del D.lgs 31 marzo 1998, n. 112; dell'art. 37, ultimo comma, del C.d.N.; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; carenza di potere.

La controinteressata, in via subordinata, chiedeva infine l'annullamento dell'intera procedura di gara in quanto tra le aree oggetto di concessione era stata inserita anche l'area contraddistinta con il mappale n. 2632 di mq. 971,00 di proprietà della società SITAS e posta all'esterno del demanio.

Tale mappale, non era dunque di proprietà ministeriale.

Ad ogni modo, sottolineava la controinteressata che, anche ove si fosse valorizzato il dato catastale nel quale risultava ancora l'intestazione del mappale al Demanio Pubblico dello Stato, l'espresa esclusione dal demanio marittimo avrebbe dovuto impedire alla Regione Sardegna di poterne disporre in quanto, ai sensi dell'art. 105 del D.lgs 31 marzo 1998, n. 112, la delega conferita alle Regioni era limitata al rilascio di concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia; tale conferimento non opera nei porti e nelle aree di interesse nazionale individuate con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 1995.

Pertanto, la Regione non avrebbe potuto mettere a gara anche un bene esterno al demanio.

9. All'udienza camerale del 22 febbraio 2023, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, con l'accordo delle parti, il Collegio riuniva al merito tale istanza.

10. In vista della pubblica udienza, le parti depositavano documenti, memorie e repliche.

11. La Causa veniva, infine, trattenuta in decisione all'udienza del 21 settembre 2023.

DIRITTO

1. Il giudizio all'esame del Collegio riguarda la procedura comparativa per l'affidamento della concessione demaniale marittima per la riqualificazione e gestione dell'approdo turistico di Cala Bitta, nel Comune di Arzachena, attivata dall'Amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 37, comma 2° del codice della navigazione, a seguito dell'istanza presentata dalla controinteressata SITAS.

1.1. Come noto, le concessioni demaniali marittime sono concessioni amministrative aventi ad oggetto l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni facenti parte del demanio necessario dello Stato (art. 822, comma 1, c.c.). La procedura di rilascio delle stesse - che deve conformarsi ai principi generali di imparzialità e buon andamento della funzione amministrativa (cfr. art. 97 Cost.) - è disciplinata dal Codice della Navigazione che, all'art. 37, prevede che nel caso di più domande di concessione sia preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

Il Regolamento di esecuzione al Codice della Navigazione prevede che chiunque intenda occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime "*deve presentare domanda*" (art. 5) e delinea, all'art. 18, un iter procedimentale finalizzato alla pubblicazione delle istanze di rilascio di concessione, stabilendo che "*quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunci legali della Provincia*".

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che le disposizioni di cui agli artt. 36 e 37 cod. nav., che disciplinano la concessione di beni demaniali e la fattispecie del concorso di più domande di concessione, "*vanno interpretate in base al principio di*

derivazione euro-unitaria che impone l'affidamento mediante procedura di gara di tutti i beni pubblici aventi rilevanza economica" (Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 2021 n. 4210). Nel medesimo senso, è stato affermato che *"le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili"* devono essere *"affidate mediante procedura di gara"* (Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018 n. 3588).

Le disposizioni richiamate, unitamente all'interpretazione che di esse è stata fornita dalla giurisprudenza, impongono pertanto, a fronte di una domanda di rinnovo, l'avvio di una procedura comparativa. *"L'intero impianto da esse delineato verrebbe totalmente scardinato laddove, a fronte dell'istanza del concessionario uscente, si dovesse procedere prioritariamente, (...), ad una valutazione dell'istanza di rinnovo; ciò nella sostanza si tradurrebbe, sul piano procedimentale, in una surrettizia reintroduzione del diritto di insistenza, ormai espunto dal nostro ordinamento."*(T.A.R. Campania Salerno Sez. I, Sent., 12-10-2022, n. 2647; cfr anche T.A.R. Lazio Latina Sez. I, Sent., 18-11-2021, n. 627).

1.2. All'esito della procedura all'esame del Collegio, come evidenziato nell'espositiva in fatto, è risultata prima in graduatoria la SITAS sas con 64,36 punti, mentre l'odierna ricorrente si è collocata al secondo posto con il punteggio di 63,67.

La Pontile Golfo di Arzachena srl, nell'insorgere avverso l'esito della gara, ha formulato plurimi motivi di doglianza volti ad evidenziare l'illegittimo operato dell'amministrazione che avrebbe dovuto escludere dalla procedura la controinteressata e comunque attribuire all'offerta da questa presentata un differente -e inferiore- punteggio, tale da determinare la modifica della graduatoria. Nel giudizio così incardinato si è innestata l'impugnativa incidentale della controinteressata SITAS s.a.s. la quale, parimenti, ha formulato censure escludenti, invocando l'estromissione dalla gara dalla ricorrente, oltre a gravare -in via subordinata- l'intera procedura di gara ed in particolare il bando e i verbali della commissione.

1.3. Sulla scorta di quanto sopra osservato, rileva in via preliminare il Collegio come, la proposizione di censure reciprocamente escludenti da parte delle uniche due concorrenti alla procedura in questione renda doveroso lo scrutinio di entrambi i gravami.

Deve, infatti, rilevarsi che la procedura in questione, pur non afferendo all'indizione di un appalto pubblico, si estrinseca in un confronto competitivo tra imprese che mirano al conseguimento in concessione di un bene il cui impiego produttivo è idoneo a generare introiti economici.

1.3.1. E' noto che, alla luce dei principi sanciti e progressivamente affinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, nell'ambito di una procedura di affidamento di un contratto pubblico gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione delle offerte altrui ai fini dell'aggiudicazione; e il concorrente che sia stato o debba essere escluso è comunque legittimato ad agire per ottenere a sua volta l'esclusione dell'altro concorrente, diversamente destinato a conseguire l'aggiudicazione. Questo, indipendentemente dal numero di offerte in gara e dalla natura dei vizi che le affliggono, a tutela dell'interesse strumentale al rinnovo della procedura di affidamento e con il solo limite dell'intervenuta definitività della propria esclusione (cfr. Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2013, in C-100/12, "Fastweb"; id., 5 aprile 2016, C-689/13, "PFE"; id., 21 dicembre 2016, C-355/15, "Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich"; id., 11 maggio 2017, C-131/16, "Archus"; id., 5 settembre 2019, C-333/18, "Lombardi". Nella giurisprudenza nazionale si vedano, per tutte, Cons. Stato, A.P., 11 maggio 2018, n. 6; Cass. civ., SS.UU., 29 dicembre 2017, n. 31226).

In siffatto contesto, al giudice chiamato a conoscere dei ricorsi contrapposti non è consentito alterare la parità delle parti attraverso l'ordine delle questioni da trattare e, in special modo, di pregiudicare il diritto a un ricorso efficace del concorrente gravato da un'esclusione dalla gara non ancora definitiva, dovendo essere

comunque considerato il suo interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330; T.A.R. Toscana Firenze Sez. III, Sent., 04 ottobre 2021, n. 1260).

Con la sentenza “Fastweb” (CGUE 4 luglio 2013 C- 100/2012) si è statuito che il diritto dell'Unione Europea osta all'applicazione della legge nazionale interpretata in modo tale da consentire al ricorso incidentale di escludere l'esame del ricorso principale in tutti i casi in cui entrambi i ricorsi, avendo il medesimo oggetto, sono tra loro speculari, e sarebbe, dunque, iniquo ammettere l'esame dell'uno e non anche dell'altro, diversamente opinando perpetrandosi una grave ed ingiustificata disparità di trattamento (in particolare, si legge: *"il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare"*).

1.3.2. Orbene, il fatto che questo Tribunale non sia chiamato ad occuparsi di una procedura afferente ad un appalto pubblico ma di quella in cui due imprese in concorrenza per l'ottenimento della concessione demaniale marittima invocano, reciprocamente, l'esclusione del proprio diretto competitor, non esime il Collegio dal dare applicazione a tali approdi interpretativi.

Va, infatti, osservato che, con specifico riferimento a procedure quali quella in esame si è avuto modo di ribadire che *"prima ancora della nota sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio 2016 (in cause riunite C-458/14, P. S.r.l. e C-67/15, M.M. e altri), la giurisprudenza nazionale aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di*

trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016 (c.d. Bolkestein), essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici. In tal senso si è del resto espresso, già da tempo risalente, il Consiglio di Stato, ritenendo applicabili i detti principi "anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 del codice della navigazione", sottolineandosi, in particolare, che "la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 e, nello stesso senso, in epoca più recente Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394), segnalando anche l'esigenza di una effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte (Cons. Stato, VI, n. 7874 del 2019 ed in epoca ancora antecedente ed in via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934). Al riguardo, infatti, la Commissione Europea aveva affermato che "la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti di principi generali che essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate" (così nella Comunicazione 29 aprile 2000 nonché la pressoché coeva sentenza della Corte di giustizia UE 7 dicembre 2000, in causa C-324/98)....

Quindi, la giurisprudenza aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dalle dichiarate esigenze di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016." (CdS sez. VII 28.10.2022 n. 9332; Cons. giust. amm. Sicilia, Sent., 03.04.2023, n. 248).

1.3.3. Ulteriormente, e in una dimensione più squisitamente processuale, osserva il Collegio come l'applicazione degli approdi sopra richiamati, che valorizzano la portata *"equivalente"* dell'interesse -vantato sia dal ricorrente incidentale che da quello principale- ad ottenere l'esclusione dell'offerta dell'altro, al fine di portare l'amministrazione aggiudicatrice alla constatazione dell'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare, non possano che trovare una coerente collocazione anche in procedure quale quella in esame, dovendo comunque il giudice salvaguardare il principio di parità delle parti, anche in ragione del fatto che *"tale principio (art. 111, co. 2, Cost. e art. 2 c.p.a.) tollera delle "disimmetrie" solo ove queste siano giustificabili in una prospettiva di ragionevolezza (Corte Cost. n. 109/2009)"* (cfr. T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV, Sent., 19-04-2021, n. 1227);

1.3.4. In definitiva, laddove la controversia riguardi posizioni giuridiche che trovano tutela nel diritto europeo, al ricorso incidentale non può ulteriormente riconoscersi alcuna idoneità a paralizzare l'azione promossa dal ricorrente principale, dovendosi perciò ritenere superato il tentativo (A.P. n. 9/2014, cit.) di conciliare la prospettiva sovranazionale con le tradizionali caratteristiche del sistema processuale amministrativo italiano (cfr. in termini T.A.R. Toscana, sez. III, 12 marzo 2020, n.318; T.A.R. Campania Napoli Sez. V, Sent., 17-07-2020, n. 3182).

2. Premesso quanto sopra, attesa -come detto- la presenza di censure reciprocamente escludenti, in ossequio ai principi di pienezza ed effettività della tutela, per come declinati in chiave interna ed eurounitaria, il Collegio procede all'esame delle predette censure formulate sia nel ricorso principale, che nel ricorso incidentale, prendendo le mosse dal primo.

2.1. I principi afferenti alla cd. ragione più liquida, corollario del principio di economia processuale che abilitano il giudice a procedere allo scrutinio dei motivi di gravame anche in deroga all'ordine di proposizione degli stessi a cura delle parti,

suggeriscono al Collegio di procedere con lo scrutinio del secondo motivo di gravame che si rivela fondato.

2.1.1. L'offerta della controinteressata SITAS, infatti, ha sviluppato la propria proposta progettuale (ottenendo una valutazione che le ha consentito di posizionarsi al primo posto) introducendo degli elementi modificativi riguardo al bene in concessione su cui era stato avviato il confronto competitivo.

In particolare, le modifiche hanno riguardato sia l'ambito dimensionale dell'intervento, che la controinteressata ha inteso estendere ben oltre l'area inizialmente interessata dall'istanza di concessione del 20 marzo 2019, sia la durata della concessione, relativamente alla quale si è stimato un orizzonte temporale complessivo pari a 40 anni (20+20) (in luogo dei trenta fissati dall'amministrazione) al fine di rendere remunerativi gli investimenti proposti.

Con tale offerta, tuttavia, la controinteressata ha introdotto una inammissibile modifica del perimetro su cui i vari offerenti erano chiamati a confrontarsi sulla base delle regole e dei criteri fissati dall'amministrazione procedente.

2.1.2. La recente giurisprudenza ha avuto modo anche recentemente di evidenziare che la procedura prevista dall'articolo 18 del Regolamento del codice della Navigazione *“è attivata dallo stesso soggetto richiedente, sul quale incombe l'onere di richiedere la pubblicazione della sua domanda di concessione che, si osservi, ha ad oggetto un bene demaniale da lui stesso prescelto, perché evidentemente ritenuto utile a soddisfare un proprio interesse economico.”* (Cons. Stato Sez. VII, Sent., 19-01-2023, n. 646).

Si è anche precisato che la pubblicazione sull'Albo serve *“a rendere edotti eventuali controinteressati della possibile concessione del bene al richiedente ed a stimolarli a presentare eventuali offerte concorrenti. L'amministrazione, se perverranno ulteriori manifestazioni di interesse, provvederà ad assegnare il bene a quello che, fra gli offerenti, presenti garanzie maggiori.”* (Cons. Stato Sez. VII, Sent., 19-01-2023, n. 646 cit.).

Con riguardo al metodo di scelta del concessionario si è anche affermato che *“quello del principio concorrenziale - da applicare ad ampio raggio e con un'adeguata disciplina di dettaglio - deve oramai ritenersi regola immanente di tutto il diritto che regola la procedura avente ad oggetto le concessioni di beni demaniali, come hanno ribadito, oltre che la decisione della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, anche numerose sentenze della Corte Costituzionale (per tutte quelle nn. 40/2017, n. 171/2013, n. 213/2011), oltre che la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze nn.17 e 18 del 2021”* (Cons. Stato Sez. VII, Sent., 646/23 cit.).

2.1.3. Osserva il Collegio come al fine di rendere oggettivamente comparabili le offerte poste in competizione all'esito della proposizione dell'istanza cui segue la sua pubblicazione e la fase di eventuale acquisizione delle proposte concorrenti, non possa quindi essere rimessa alla libera iniziativa degli offerenti l'individuazione di ulteriori aree ove queste non siano dalla *lex specialis* preventivamente individuate quali possibili ambiti di estensione perchè, da un lato, verrebbero resi quantomai imponderabili i parametri di valutazione su cui verterà il giudizio della Commissione, e dall'altro, verrebbe incentivata la formulazione di offerte condizionate ad esiti futuri e incerti correlati alla concreta possibilità e volontà dell'Ente di procedere all'auspicata estensione (dimensionale e temporale) delle concessioni.

E ciò a tacere delle ulteriori implicazioni afferenti agli iter autorizzativi inerenti alle nuove aree individuate.

L'offerta così formulata, dunque, si rivelava inammissibile in quanto condizionata al fatto che l'area d'intervento e la durata della concessione fossero differenti da quella contemplata dalla *lex specialis*.

La giurisprudenza ha, sul punto, osservato che l'offerta condizionata *“ricorre quando l'offerente subordina il proprio impegno contrattuale a che la controparte accetti una controproposta concernente un patto aggiuntivo o modificativo rispetto allo schema proposto dalla*

stazione appaltante; di conseguenza essa è inammissibile, atteso che le regole dell'evidenza pubblica esigono la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato.” (TAR Lazio II[^] quater 4.7.2011, n° 5827; T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 11 giugno 2010 , n. 369)

In sostanza, dunque, l'offerta dell'impresa partecipante può dirsi condizionata e, quindi, inammissibile, quando il concorrente subordina la sua adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento ovvero ad elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato (T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 13 aprile 2010 , n. 239).

2.1.4. Ulteriormente va osservato come l'offerta in questione non potesse che rivelarsi inammissibile in ragione del fatto che tale modalità di proposta progettuale determinava il venir meno della conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal concorrente.

Infatti, a fronte del fatto che la stazione appaltante aveva predeterminato la sua proposta contrattuale negli atti di gara affinché tutti i concorrenti ne fossero a conoscenza e ne risultassero vincolati, la presentazione di un'offerta condizionata, cioè difforme dalla proposta della stazione appaltante, ha alterato la par condicio dei concorrenti legittimando taluni concorrenti a conseguire una valorizzazione della propria proposta sulla base di elementi non contemplati dalla *lex specialis*.

Il bando di gara era, sotto tale aspetto, chiaro nel precisare che “ *L'offerta tecnica, a pena di esclusione, dovrà riportare, specificare ed eventualmente approfondire quanto già oggetto delle istanze presentate dai concorrenti, ma non potrà introdurre contenuti in contrasto con quest'ultima.*”

Con riguardo a tale disposizione non è condivisibile l'approccio interpretativo dell'amministrazione che, nel valorizzare il riferimento presente nelle lettere d'invito alla possibilità di integrare l'istanza già presentata, sostiene il concetto di “*integrabilità*” dovesse ritenersi equipollente a quello di “*modificabilità*” degli elementi

dimensionali e temporali. Infatti, il chiaro richiamo al divieto -a pena di esclusione- dell'introduzione di contenuti in contrasto con le originarie istanze presentate (e ritenute ammissibili) dai concorrenti non poteva che precludere una simile interpretazione.

L'integrazione dell'istanza poteva, dunque, tradursi nell'introduzione di un maggior grado di dettaglio illustrativo dell'istanza, nella valorizzazione descrittiva dell'offerta, ma non nel sostanziale stravolgimento dei contenuti delimitativi dell'istanza medesima che non poteva che costituire il "*campo di gioco*" sul quale mettere a confronto le offerte.

Anche l'analisi descrittiva del sub criterio 1, inerente all'"*ammontare degli investimenti sull'approdo o sull'area demaniale relativi ad opere o interventi destinati a integrare o implementare la pertinenza demaniale*" offre evidenza del fatto che la proposta progettuale dovesse riferirsi ad interventi da realizzare all'interno del compendio demaniale considerato non potendo procedersi ad una unilaterale estensione delle aree sulle quali operare.

D'altronde, laddove l'art. 37 del codice della navigazione afferma che "*Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*", non può che riferirsi alla concessione oggetto del confronto concorrenziale; laddove in capo agli aspiranti fosse rimessa la possibilità di mutarne *ad libitum* i contorni, verrebbe meno uno degli elementi cardine su cui operare una effettiva raffrontabilità dei progetti in gara, atteso che per l'individuazione del miglior concorrente è necessario privilegiare l'impiego di procedure ad evidenza pubblica, suggerita dall'esigenza di applicare la normativa nazionale in conformità ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, riconducibili ai Trattati e alla direttiva 123/2006/CE.

In definitiva il motivo è fondato, rilevandosi illegittimo il provvedimento di aggiudicazione gravato, atteso che l'offerta presentata con le suddette modalità dalla SITAS sas doveva ritenersi inammissibile, con conseguente esclusione dalla procedura dell'offerente.

2.2. Parimenti fondato risulta il primo motivo di gravame.

La ricorrente si duole della mancata esclusione della controinteressata attesa la palese irrealizzabilità degli interventi programmati sull'area nel rispetto della tempistica cui questa si era impegnata ed in relazione alla quale aveva ottenuto l'attribuzione del punteggio premiante.

2.2.1. La controinteressata ha presentato una proposta progettuale che contemplava investimenti del valore di 8.717.000,00 per una serie di interventi particolarmente complessi, relativi alla realizzazione del Club Nautico di circa mq 360, all'installazione di un distributore di carburanti, al potenziamento dell'impianto idrico, antincendio, alla realizzazione di una stazione di rilancio fognario, di una nuova cabina elettrica di trasformazione MT/BT, di un parcheggio di 200 posti auto e di n.8 nuovi servizi igienici, stimando quale tempo necessario per la loro esecuzione, un solo mese.

Orbene, non v'è chi non veda come tale indicazione renda del tutto inattendibile la proposta formulata, imponendo alla stazione appaltante di adottare i conseguenti provvedimenti espulsivi.

Non può, infatti, ritenersi esonerata l'Amministrazione -e per essa la Commissione di Gara- dal rilevare aspetti dell'offerta che, prima ancora della conduzione del vaglio tecnico rimesso al loro esame, rechino profili di incongruenza talmente marcati, da minarne la complessiva sostenibilità e mettere in dubbio la stessa serietà dell'impegno assunto e dunque la vincolatività.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che la verifica della praticabilità del contenuto dell'offerta esplica la funzione di tutelare l'interesse della stazione

appaltante a scegliere un contraente affidabile ed a selezionare, con l'attribuzione del relativo punteggio, un'offerta seria.

In termini condivisibili si è osservato che laddove non venisse stigmatizzata con la sanzione espulsiva il riscontro dell'impossibilità di tener fede all'impegno assunto, ciò condurrebbe ad una soluzione difficilmente sostenibile poiché *“l'offerente -in base ad una valutazione di convenienza economica- potrebbe deliberatamente offrire una prestazione impossibile, pur di aggiudicarsi la commessa, salvo monetizzare in termini di penale i propri inadempimenti: il che, a tacer d'altro, altererebbe il corretto esplicarsi della dinamica concorrenziale sottesa al procedimento di evidenza pubblica, e frustrerebbe l'interesse dell'Amministrazione a selezionare il miglior contraente e la migliore offerta cui il medesimo procedimento è pure funzionale.*

*Altro è infatti l'imprevisto ed episodico mancato rispetto degli impegni negoziali, ed altro è una proposta contrattuale fondata su impegni a priori non mantenibili, o comunque con la riserva di verificarne l'effettiva praticabilità a valle.”*T.A.R. Campania Napoli Sez. V, Sent., 17.07.2023, n. 4360

Si è anche osservato che *“la Commissione, secondo la prevalente giurisprudenza, allorché il tempo di realizzazione dell'opera è valutato mercé un punteggio specifico, ha l'obbligo di escludere il concorrente dalla gara stessa soltanto ove reputi irrealistico, ovvero sia impossibile da rispettare, il tempo da questo indicato nell'offerta, non potendo assegnargli ad libitum un punteggio inferiore e non essendo legittimo penalizzare una proposta migliorativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 1997, n. 100).*

Questa giurisprudenza, al netto della questione della necessaria esclusione del concorrente, esprime un concetto valido in ogni contesto di gara: un'offerta con tempi molto contenuti rispetto a quelli previsti dal bando di gara è di per sé da premiare in quanto migliorativa, ma se i tempi sono così contenuti da rendere del tutto irrealistico il loro rispetto, allora l'offerta non è più migliorativa ma diventa tecnicamente impossibile, e pertanto va sanzionata anziché premiata.”

“(....) Più recentemente, anche l'ANAC, nel parere di precontenzioso di cui alla Delib. n. 26 del 18 gennaio 2017, ha affermato che un'offerta tecnica connotata da riduzione dei tempi contrattuali tale da rendere la prestazione tecnicamente impossibile sia da ritenere inammissibile” (Consiglio di Stato, sez. III, 26/05/2022, n.4225).

“Né può sostenersi che la Commissione non sia libera di operare una simile valutazione in fase di attribuzione dei punteggi, potendo semmai determinarsi in tal senso soltanto in sede di verifica di congruità: la funzione dell'attribuzione dei singoli punteggi è, al contrario, proprio quella valutativa e selettiva che si è appena richiamata, laddove la funzione della verifica di anomalia ha la diversa funzione di rilevare la complessiva affidabilità e sostenibilità dell'offerta.” (T.A.R. Campania Napoli Sez. V, Sent., 17-07-2023, n. 4360 cit.).

2.2.2. Non possono trovare condivisione le osservazioni formulate sul punto dalla difesa dell'amministrazione regionale, secondo la quale nell'esame della proposta della società Sitas si è valutato che i tempi indicati nella relativa offerta avrebbero potuto essere rispettati anche in considerazione del fatto che la medesima ha da tempo a disposizione l'area suddetta, nonché in virtù dell'assegnazione a titolo di anticipata occupazione ex art. 38 del codice di navigazione, dal 2.12.2021 e che il cronoprogramma sarebbe riferibile non alla completa realizzazione “degli interventi” considerati nel sub-criterio 1” ma ad interventi “che si possono attuare anche nel corso della concessione”(cfr pag. 3 memoria RAS del 16.2.23).

Tale opzione interpretativa, infatti, oltre che accordare un indebito vantaggio competitivo al soggetto attualmente titolare della concessione, finirebbe con lo svuotare di qualsiasi concreto significato lo stesso criterio in questione perché, a seguire il ragionamento della Regione, anche l'impegno a dare un mero avvio, anche minimale e privo di reale rilievo tecnico o economico, ai lavori avrebbe dovuto essere considerato dalla Commissione potendo, magari, rivelarsi determinante per l'aggiudicazione. In sostanza un tale approccio ermeneutico del

criterio lo avrebbe reso privo di alcun senso, in quanto del tutto inidoneo a tracciare alcun aspetto presente nella relativa declaratoria.

In altri termini, accordare un punteggio premiante al mero avvio dei lavori (consentendo il concreto dispiegarsi delle attività lungo tutto l'arco temporale della concessione) e non alla loro celere realizzazione e messa a disposizione sarebbe stato privo di alcuna logica non offrendo il prescritto cronoprogramma alcuna utilità in ordine alla valorizzazione dell'efficienza organizzativa ed esecutiva dell'offerente o della capacità di arrecare un miglioramento nei servizi resi all'utenza.

2.3. Conclusivamente sul punto, anche il motivo rubricato sub n° 1 è meritevole di accoglimento laddove, proprio con riguardo al criterio afferente alla “*fattibilità del progetto*” non è stata rilevata l'inammissibilità dell'offerta in ragione della impossibilità di rispettare gli impegni assunti.

3. La chiara portata assorbente dell'accoglimento delle censure ora scrutinate dalle quali scaturisce l'esclusione dalla procedura della SITAS s.a.s., consente al Collegio, in ossequio al principio della “*ragione più liquida*”, corollario del principio di economia processuale, di soprassedere rispetto alle ulteriori censure formulate e di procedere alla disamina del ricorso incidentale.

3.1. Con il primo motivo di gravame la controinteressata si duole della mancata esclusione della Pontile Golfo di Arzachena, atteso che questa, nel formulare l'offerta economica in rialzo, si sarebbe riferita esclusivamente ad una parte dell'area in concessione e, precisamente, avrebbe considerato unicamente le aree a terra ed i pontili, senza computare anche il canone dovuto per gli specchi acquei. L'offerta presentata, quindi, non si sarebbe riferita al canone complessivo e, comunque si sarebbe rivelata parziale e generica.

3.1.1. Il motivo è fondato.

Parte ricorrente, infatti, ha effettivamente formulato un'offerta economica nella quale ha espressamente circoscritto il computo del canone alle aree a terra e ai pontili, senza considerare gli specchi acquei.

Tale circostanza emerge incontrovertibilmente dalle dichiarazioni inserite nel modulo inerente all'offerta economica, in cui la ricorrente principale indica il n° di metri quadri (pari ad euro 3.287,45 mq.) delle aree su cui insiste l'approdo qualificato come "opere di difficile rimozione".

Su tale base parte ricorrente ha poi formulato la propria offerta (recante un aumento del canone annuo pari al 639,28%).

L'offerta così espressa, tuttavia, non poteva che rivelarsi inammissibile e avrebbe dovuto condurre l'amministrazione a comminare l'esclusione della società odierna ricorrente alla procedura.

Infatti, in tale offerta la ricorrente ha -nella sostanza- subordinato la vincolatività del proprio impegno ad un patto modificativo rispetto allo schema proposto dalla Stazione Appaltante.

L'offerta, infatti, avrebbe dovuto riferirsi al complessivo canone demaniale.

Il bando in questione prevedeva che *"La busta "B", (...) sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura, dovrà riportare all'esterno il mittente e contenere all'interno l'offerta economica, che deve essere espressa attraverso l'indicazione in percentuale della maggiorazione che si intende offrire sul canone demaniale calcolato secondo la legge 4 dicembre 1993, n° 494 (che ha convertito, con modificazioni ed integrazioni, il D.L. 5 ottobre 1993, n° 400), e l'art. 100 del D.L. 14/08/2020, n. 104, convertito con modificazioni, con legge 13 ottobre 2020, n. 126. Ai fini del calcolo del canone si precisa che l'approdo in oggetto deve essere qualificato quale opera di difficile rimozione, in quanto bene di pertinenza del demanio marittimo già esistente al momento del rilascio della concessione e destinato a rimanere in posizione al termine della concessione."*

Il bando, dunque, non conteneva alcuna limitazione riguardo alla superficie sulla quale calcolare il canone ai fini della formulazione dell'offerta. Pertanto, è indubitabile come questa dovesse riferirsi all'intera area della quale si richiedeva la concessione (e dunque in essa dovevano essere ricompresi gli specchi acquei pertinenti).

Non può essere condivisa l'interpretazione prospettata dalla parte ricorrente nella propria memoria del 14 aprile 2023 in cui si afferma che *“Il significato adamantino dell'inciso sopra riportato (in claris non fit interpretatio!) indica la precisa intenzione del Servizio Demanio di prendere in esame ai fini dell'aggiudicazione soltanto la percentuale in rialzo sul canone dell'opera di difficile rimozione, ovvero le banchine dell'approdo turistico, e non contempla affatto la “premieria” del rialzo sul canone degli specchi acquei.”*

In realtà, l'indicazione dell'amministrazione non era volta ad un ridimensionamento delle aree ai fini del computo del canone, quanto a precisare che, con riguardo alla porzione di canone afferente all'approdo, questo dovesse essere qualificato quale opera di difficile rimozione con conseguente applicazione del relativo corrispettivo.

3.1.2. In tale contesto, pertanto, la Commissione non avrebbe dovuto arrestarsi al mero riscontro di tale incongrua e sovrabbondante dichiarazione ma evidenziarne i chiari profili che precludevano di inferirne una manifestazione univoca, vincolante e coerente con l'oggetto della selezione.

La giurisprudenza ha chiarito che l'offerta condizionata non può costituire per la Pubblica Amministrazione offerta suscettibile di valutazione, meritando pertanto di essere esclusa dalla procedura, posto che essa non può essere ritenuta offerta attendibile, univoca e idonea a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa di partecipazione alla gara (T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste Sez. I, Sent., (ud. 09/11/2016) 12-12-2016, n. 555 Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 1991, n. 192; Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583).

L'offerta economica, infatti, rappresenta la volontà dell'impresa partecipante, cristallizza il relativo impegno negoziale e l'effettiva volontà del dichiarante senza dover attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (cfr., ex multis, sez. V, 1-8-2015 n. 3769; 27-4-2015, n. 2082; sez. III, 21-10-2014, n. 5196; 27-3-2014, n. 1487). Tale condizione rappresenta e garantisce il requisito della certezza del contenuto dell'offerta. L'offerta economica quindi è espressione della volontà del concorrente, è presupposto vincolante nell'esecuzione della prestazione, soggetta a modifiche derivanti solo da motivata istruttoria in fase contrattuale, a fronte di prevista revisione del prezzo o di motivata ed oggettiva variazione dell'entità della prestazione in fase di esecuzione. L'offerta esprime, quindi, un'adesione rispetto a quanto offerto ed una consapevole assunzione della relativa responsabilità.

In tale contesto, è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, solo purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunti, potendo se del caso essere rettificati errori di calcolo, eventualmente indotti dall'ambigua formulazione della *lex specialis* (CdS sez. V 1.8.2015, 3769; CdS Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 5196, 27 marzo 2013, n. 1487; Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082).

Nel caso di specie, tuttavia, tale ambiguità non era rinvenibile atteso che nell'istanza formulata dalla SITAS, corredata del rilievo planimetrico erano espressamente ricompresi tra le aree in utilizzo gli specchi acquei.

3.1.3. Neppure condivisibili sono le argomentazioni formulate dalla RAS secondo la quale La Commissione non sarebbe stata chiamata ad esprimere valutazioni sulla misura e sulla tipologia di aree occupate su cui calcolare il canone, dovendo unicamente prendere atto della percentuale di aumento offerta ed applicare la relativa formula della *lex specialis* per ricavare il punteggio assegnato.

Infatti, è evidente che in presenza di tale indebita integrazione alla dichiarazione da rendere in sede di formulazione dell'offerta economica, sarebbe stato preciso onere della Commissione assumere le conseguenti determinazioni sul punto, atteso che l'accertata incongruenza tra la percentuale di rialzo offerta e le aree considerate ai fini del calcolo del corrispettivo avrebbe potuto condurre all'attribuzione di un punteggio di merito non corrispondente al parametro dimensionale della concessione che doveva essere posto a riferimento dell'impegno economico assunto.

3.1.4. In ogni caso, la non richiesta esplicitazione dell'ambito al quale era riferibile l'offerta economica non poteva che far emergere (con riguardo agli spazi acquei indebitamente non ricompresi nell'offerta economica) una evidente carenza dell'impegno negoziale nella parte in cui esso non veniva assunto con riguardo agli spazi acquei con conseguente inammissibilità di una offerta parziale.

3.1.5. In definitiva, il primo motivo formulato da parte ricorrente incidentale è fondato risultando illegittimo l'operato dell'amministrazione procedente laddove non ha disposto l'esclusione della Pontile Golfo di Arzachena s.r.l. atteso che l'offerta economica da questa formulata presentava insuperabili ambiti di ambiguità e contraddittorietà -con inevitabili ricadute circa la vincolatività dell'impegno assunto- traggurati alla luce dell'oggetto e del dimensionamento dell'area a cui la medesima procedura selettiva si riferiva.

4. In conclusione, per quanto esposto tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), e ritenendo assorbiti tutti gli ulteriori argomenti di doglianza non espressamente esaminati, che il Collegio ha ritenuto irrilevanti ai fini della decisione o comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta e con assorbimento di ogni altra questione, si rivelano fondati e

meritevoli di accoglimento sia il ricorso principale che il ricorso incidentale, con conseguente annullamento degli atti impugnati, rimanendo demandata all'amministrazione regionale in sede di riesercizio del potere la tempestiva assunzione delle conseguenti determinazioni volte a garantire il rispetto della disciplina afferente all'individuazione del concessionario dell'area demaniale in questione per il tramite di procedure selettive rispettose dei principi anche di matrice eurounitaria sopra richiamati.

5. La particolarità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, (sezione seconda) definitivamente pronunciando sui ricorsi siccome proposti:

-accoglie il ricorso principale e il ricorso incidentale e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Montixi

IL PRESIDENTE
Marco Lensi

IL SEGRETARIO