

Pubblicato il 05/01/2024

N. 00225/2024REG.PROV.COLL.
N. 04616/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4616 del 2023, proposto dalla società Marina di Baunei e Santa Maria Navarrese S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Ballero e Nicola Melis, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia

contro

la Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Murrone e Mattia Pani, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

il Comune di **Dorgali**, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giulio Steri e Francesco Cocco Ortu, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 856/2022, pubblicata in data 19 dicembre 2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e del Comune di **Dorgali**;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Comune di **Dorgali**;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2023 il Cons. Brunella Bruno;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società appellante impugna la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il competente TAR ha respinto il ricorso da essa proposto avverso gli atti con cui la Regione Sardegna, a seguito di procedura a evidenza pubblica, ha aggiudicato in favore del Comune di **Dorgali**, ai sensi dell'art. 36 cod. nav., una concessione demaniale marittima con finalità turistico ricreativa, finalizzata alla ristrutturazione, gestione e manutenzione del pontile ubicato in località "Cala Luna" e delle relative aree di pertinenza (da destinare a punto di ormeggio, imbarco/sbarco di passeggeri), per una superficie complessiva di circa mq 160.

Con la sentenza impugnata, in sintesi, è stata esclusa la qualificazione della suddetta procedura in termini di appalto di lavori, con conseguente inapplicabilità *tout court* della disciplina contenute nel codice dei contratti pubblici, venendo in rilievo, invece, l'affidamento in concessione di un bene demaniale, ai sensi dell'articolo 36 cod. nav., nell'ambito della quale i lavori che devono essere svolti attengono unicamente alla ristrutturazione del pontile ubicato in località "Cala Luna" e da destinare a punto di ormeggio, imbarco/sbarco di passeggeri. Con questa premessa è stata accertata l'infondatezza di tutte le censure formulate con il ricorso principale, in quanto la *lex specialis* ha previsto la possibilità di partecipazione alla procedura degli enti pubblici, senza preclusione per gli enti territoriali, non emergendo neppure i contestati profili di asserita alterazione dei principi concorrenziali, nonché in quanto ad assumere rilievo è la "comunità locale" di riferimento per il Comune di **Dorgali**, emergendo un evidente collegamento funzionale e risultando, comunque, dirimente la circostanza che la procedura ha ad oggetto un bene demaniale che non è, quindi, nella titolarità né del Comune di Baunei né di quello di **Dorgali**. Non pertinente è stato ritenuto, inoltre, il riferimento della ricorrente originaria alla preclusione della sub-concessione, istituto differente dal sub-ingresso nella concessione, escludendosi, altresì, la fondatezza delle deduzioni incentrate sulla inammissibile modifica delle condizioni previste dal bando e di quelle incentrate sulla anomalia dell'offerta. Dalla reiezione del ricorso principale è scaturita la statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale proposto dal Comune di **Dorgali**.

La società appellante critica la sentenza impugnata, censurando erroneità nelle quali sarebbe incorso il primo giudice nella valutazione delle contestazioni articolate con il ricorso originario, riproposte con il ricorso in appello.

Si è costituita in giudizio la Regione autonoma della Sardegna, concludendo per l'infondatezza del ricorso.

Si è costituito in giudizio, inoltre, il Comune di **Dorgali**, eccependo profili di inammissibilità del ricorso in appello, deducendo, comunque, l'infondatezza delle censure proposte, nonché interponendo appello incidentale.

In esito alla camera di consiglio del 4 luglio 2023 fissata per la trattazione della domanda cautelare, è stato disposto il rinvio al merito del ricorso.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie, anche in replica, ribadendo le conclusioni già in precedenza rassegnate.

Con atti depositati, rispettivamente, nelle date del 24 novembre 2023 e 28 novembre 2023, il Comune di **Dorgali**, la società appellante e la Regione appellata hanno chiesto il passaggio in decisione della causa senza discussione orale in udienza.

All'udienza pubblica del 12 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato, per le ragioni di seguito esposte.
2. Il Collegio ritiene preliminarmente di chiarire, in quanto rilevante con riguardo a vari profili di contestazione, che, come correttamente rilevato nella sentenza impugnata, la procedura che viene in rilievo deve essere qualificata in termini di concessione di beni demaniali, a nulla rilevando, contrariamente a quanto sostenuto dalla società appellante, la previsione della esecuzione di lavori che, come chiaramente emerge dalla documentazione in atti, sono strettamente correlati alla gestione del bene e alla relativa manutenzione e valorizzazione, attività, queste, che costituiscono un contenuto tipico del rapporto concessorio in esame.
 - 2.1. Deve al riguardo anche evidenziarsi che, nella fattispecie, la durata della concessione ha considerato anche i costi delle opere necessarie alla manutenzione ordinaria e straordinaria del bene.
 - 2.2. Le concessioni di beni demaniali, come noto, legittimano il concessionario allo svolgimento di un'attività economica in un'area demaniale, con assunzione del relativo rischio operativo, e non vertono su una prestazione di servizi o di lavori

affidata dall'ente aggiudicatore; ne deriva, dunque, la loro inclusione tra i contratti attivi, con conseguente esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ferma la necessaria applicazione di procedure imparziali e trasparenti e salvi gli auto vincoli eventualmente stabiliti dall'amministrazione nella selezione del concessionario.

2.3. Deriva, altresì, dalla qualificazione sopra chiarita, la maggiore libertà economica del concessionario di determinare nella propria offerta le condizioni di gestione imprenditoriale e di uso del bene pubblico.

3. Le deduzioni con le quali la società appellante insiste per la preclusione del Comune di **Dorgali** alla partecipazione alla procedura in quanto ente locale, non si valutano suscettibili di favorevole apprezzamento.

3.1. Il Collegio, infatti, integralmente condivide le valutazioni espresse dal primo giudice, il quale ha rilevato che il bando contempla tra i soggetti legittimati a proporre domanda di partecipazione gli "enti pubblici" senza alcuna limitazione e, anzi, con la specificazione dell'ammissibilità di partecipazione anche degli enti pubblici non iscritti alla CCIAA.

3.2. Nell'evidenziare che il bando non ha costituito oggetto di impugnazione con il ricorso originario e che in considerazione della chiara formulazione delle previsioni che vengono in rilievo non sussistono margini per accedere all'interpretazione sostenuta dalla società appellante, si evidenzia, altresì, la sussistenza di profili di inammissibilità della deduzione, essendo rimasta incontestata la circostanza, allegata dal Comune di **Dorgali** e, comunque, emergente dalla visura camerale pubblicata sul sito *web* istituzionale della società appellante e, dunque, ascrivibile al notorio, che quest'ultima è interamente partecipata dal Comune di Baunei, sicché proprio la qualificazione di detta società in termini di *in house* del ridetto Comune finirebbe con assumere una connotazione elusiva delle medesime regole di cui viene invocata l'applicazione nel ricorso in appello.

3.4. Quanto da ultimo rilevato riveste portata dirimente ed è, quindi, solo per completezza che il Collegio osserva che correttamente il primo giudice ha rilevato la non pertinenza della giurisprudenza richiamata nel ricorso originario in

quanto riferita ad una fattispecie, del tutto differente rispetto a quella in esame, di assunzione da parte dell'amministrazione della duplice veste di ente affidante e partecipante alla procedura.

3.5. Deriva da quanto esposto, inoltre, che nessun rilievo può essere riconnesso alle deduzioni riferite a un vantaggio competitivo del Comune di **Dorgali**, in quanto genericamente formulate nel ricorso originario e in quanto, discendendo la partecipazione dell'ente territoriale dalla formulazione della *lex specialis*, quest'ultima – quand'anche in ipotesi risultasse illegittima - avrebbe dovuto costituire oggetto di rituale e tempestiva impugnazione.

3.6. Risultano, comunque, insuperate le valutazioni espresse, al riguardo, dal primo giudice, dovendosi anche rilevare che i relativi capi della decisione, con i quali è stato, peraltro, richiamato il principio di neutralità dell'ordinamento europeo rispetto al regime proprietario pubblico o privato dei concorrenti all'affidamento di contratti pubblici, non hanno costituito oggetto di specifica contestazione, come imposto ai sensi dell'art. 101 c.p.a..

4. Con argomentazioni condivise dal Collegio, inoltre, nella sentenza impugnata, al fine di escludere la fondatezza delle contestazioni articolate nel ricorso originario, è stata per un verso rimarcata la natura demaniale del bene – non rientrante, dunque, nella titolarità dei due Comuni limitrofi –, e, sotto altro profilo, rimarcata l'afferenza del contesto alla “comunità locale” di riferimento per il Comune di **Dorgali**, richiamata nell'art. 42 dello statuto e, a monte, dall'art. 112 del TUEL..

4.1. Inoltre, la già evidenziata omessa impugnazione della *lex specialis* che non reca alcuna esclusione quanto alla partecipazione degli enti locali, integra una preclusione ostativa all'ammissibilità della contestazione reiterata con il secondo motivo di appello e ciò a prescindere dalle contrapposte deduzioni del Comune di **Dorgali**, appellante incidentale, in ordine alla localizzazione dell'area oggetto della concessione all'interno del proprio territorio.

5. In disparte, poi, l'inammissibilità del terzo motivo dell'appello principale, con il quale la società si è limitata a reiterare la censura originaria senza articolare alcuna critica puntuale alle motivazioni della sentenza impugnata, si evidenzia che la preclusione sopra rilevata incide anche sulla contestazione che si appunta sulla mancanza di uno svolgimento diretto da parte del Comune di **Dorgali** dei servizi oggetto di concessione, dovendosi, comunque, sottolineare che – come pure affermato nella sentenza impugnata –, la possibilità di affidare a terzi lo svolgimento di servizi che rientrano nella gestione del bene demaniale è ammessa dal bando, previa autorizzazione della Regione, in conformità alle previsioni dell'art. 45 *bis* cod. nav. che, in relazione alla subconcessione, prescrive la necessaria autorizzazione dell'amministrazione regionale concedente.

6. Quanto esposto ai capi che precedono in ordine alla qualificazione della procedura in termini di affidamento in concessione di beni pubblici e alla sua esclusione dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici rende inconferente il riferimento dell'appellante alle previsioni dell'art. 105 del d. lgs. n. 50 del 2016, con l'ulteriore rilievo che l'amministrazione regionale, in sede di rilascio della prescritta autorizzazione, è posta nelle condizioni di valutare i profili di propria competenza anche riferiti all'affidabilità dei sub concessionari.

7. Dalle medesime considerazioni discende l'infondatezza anche delle contestazioni che si appuntano sulla modificazione e integrazione dell'offerta del Comune di **Dorgali** rispetto alle condizioni previste dal bando.

7.1. Sul punto deve sottolinearsi che l'amministrazione regionale ha evidenziato che la mancata concedibilità di aree attigue o dei titoli necessari al momento della realizzazione non può essere considerata ragione di esclusione dell'offerta, ma, al più, di revoca della concessione. Il chiarimento, oggetto delle FAQ risulta, peraltro, pienamente conforme alla *lex specialis*, che all'art. 2 stabilisce che: "*il soggetto aggiudicatario assume l'impegno, inoltre, ad acquisire le necessarie e propedeutiche*

autorizzazioni, nulla osta ai fini edilizio – urbanistici e della tutela del paesaggio. Il rischio dell'eventuale diniego circa le autorizzazioni di competenza di Enti terzi, è a carico del concessionario, il quale non potrà pretendere, in tal senso, indennizzi o risarcimenti di sorta”.

7.2. Deve soggiungersi, inoltre, che è del tutto fisiologico l'inserimento di elementi migliorativi, come, del resto, insito nelle previsioni dell'art. 37 cod. nav. che espressamente stabilisce, nel caso di più domande concorrenti, la preferenza per 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”.*

7.3. Ne deriva, quindi, l'infondatezza della censura sopra indicata.

8. Del pari correttamente il primo giudice ha escluso la fondatezza delle deduzioni riferite alla applicazione dell'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016 e alla valutazione di anomalia dell'offerta, risultando differenti le regole di disciplina operanti per la concessione di beni demaniali e rientrando, comunque, nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta di operare detta verifica.

8.1. A prescindere da tali argomentazioni, nella fattispecie il piano tecnico e finanziario non ha evidenziato elementi di criticità e non emergono profili di irragionevolezza o illogicità nell'operato dell'amministrazione, fermo il principio, di portata generale, che la valutazione in ordine all'attendibilità e serietà dell'offerta deve seguire un approccio globale e non atomistico. Come chiarito, inoltre, dall'amministrazione regionale, con allegazione di documentazione a supporto, le verifiche a comprova svolte dal responsabile del procedimento del competente servizio, nella fase successiva all'aggiudicazione provvisoria, hanno dato esito positivo in ordine alla fattibilità tecnico finanziaria dell'offerta del Comune di **Dorgali**.

9. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto in quanto infondato, esauendo le questioni sopra vagliate la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., con la

conseguenza che (Consiglio di Stato sez. VI, 31/08/2021, n.6119) gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Dal rigetto dell'appello principale consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dal Comune di **Dorgali**.

10. In considerazione della particolarità delle questioni trattate, si ravvisano i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando giudizio, come in epigrafe proposto (R.G. n. 4616 del 2023), respinge l'appello principale e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata, e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Marco Morgantini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

Marco Valentini, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Brunella Bruno

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO