

N. 05181/2015REG.PROV.COLL.

N. 02099/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2099 del 2015, proposto da:
Busitalia - Sita Nord S.r.l. e Autoguidovie S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'avv. Alberto Bianchi, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Selvaggi in Roma, Via Nomentana, n. 76;

contro

Regione Friuli-Venezia Giulia, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Vinicio Martini, Beatrice Croppo, Daniela Iuri e Stefano Zunarelli, con domicilio eletto presso l'Ufficio distaccato della Regione Friuli Venezia Giulia in Roma, piazza Colonna, n. 355;

nei confronti di

Autoservizi FVG S.p.a. - Saf, Trieste Trasporti S.p.a., Atap S.p.a., Azienda Provinciale Trasporti S.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA – TRIESTE, SEZIONE I. n. 30 del 2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri automobilistici urbani ed extraurbani e dei servizi marittimi di competenza della regione Friuli-Venezia Giulia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Friuli-Venezia Giulia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Alberto Bianchi, Croppo Beatrice e Zunarelli Stefano;

FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sez. I, con la sentenza 16 gennaio 2015, n. 30, ha in parte accolto, in parte dichiarato inammissibili ed in parte rigettato, come da motivazione, il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dagli attuali appellanti, Busitalia - Sita Nord S.r.l. e Autoguidovie S.p.a., per l'annullamento:

- del bando di gara di appalto avente ad oggetto l'affidamento di servizi di trasporto pubblico di passeggeri automobilistici urbani ed extraurbani e dei servizi marittimi di competenza della Regione F.V.G.;
- di tutti gli allegati al bando di gara ora citato ed in particolare del disciplinare di gara, del capitolato descrittivo e prestazionale, dello schema di contratto di servizio, del verbale di accordo integrativo del 19 settembre 2014 e di tutti gli altri atti e documenti pubblicati sulla pagina web indicata in ricorso;
- della comunicazione prot. 33197/2014 dd. 27 novembre 2014, con cui la Regione F.V.G. ha riscontrato l'istanza di intervento in autotutela;
- delle precisazioni su documenti di gara del 12 dicembre 2014 e della DGR 2329 del 5 dicembre 2014.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- era infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per non avere le ricorrenti presentato la domanda di partecipazione alla gara, sia perché il termine per proporre tale domanda non era ancora scaduto, sia in quanto nella prospettazione di parte ricorrente proprio l'illegittimità di alcune clausole del bando avrebbe impedito loro di proporre utilmente la domanda;
- nella regione Friuli Venezia Giulia la scelta di un operatore unico appariva giustificata sia da ragioni economiche, sia da ragioni di qualità e di efficienza;
- in tale materia appariva prioritario il mantenimento del livello del servizio e il suo miglioramento qualitativo, pur nell'ambito di evidenti economie di scala che costituiscono la ragione principale della gara unica regionale e della durata del servizio;
- l'insieme delle disposizioni relative all'obbligatoria acquisizione dei bus e al loro pagamento, globalmente considerate, costituiva un vizio del bando che per tale parte andava annullato; infatti, l'acquisizione dei bus viene era come un obbligo e non una mera facoltà, e inoltre il pagamento degli stessi doveva essere effettuato prima di iniziare il servizio, senza possibilità di rateazioni, con un esborso una tantum che - considerando anche gli obblighi relativi ai beni immobili - ammontava a circa 200 milioni di euro: si trattava di una somma eccessiva anche tenuto conto del valore della gara e che di per sé costituiva un vulnus ai principi di libera concorrenza oltre che un vantaggio sproporzionato per gli attuali gestori;
- non poteva trovare ingresso invece la contestazione relativa al valore stabilito dalla Regione per il parco autobus, in quanto la Regione stessa aveva provveduto in maniera approfondita e dettagliata a calcolare il valore dei mezzi attualmente circolanti, tenendo conto sia dell'ammortamento, sia dei contributi regionali, sia della vetustà dei mezzi stessi, che tra l'altro risultava molto minore rispetto alla media del circolante in Italia;
- la seconda censura concerneva l'obbligo di assunzione del personale attualmente operante alle stesse condizioni contrattuali e di anzianità possedute (obbligo che derivava direttamente dalla legge regionale n. 23-2007), obbligo che aveva un evidente valore sociale e riguardava solamente i dipendenti impiegati del servizio di trasporto pubblico locale;
- la censura suddetta risultava fondata soltanto nella parte in cui era stata contestata l'indeterminatezza dei costi del personale;
- per quanto riguardava il trattamento di fine rapporto, il decreto della Giunta Regionale n. 2329 del 5 dicembre 2014, impugnato con i motivi aggiunti, aveva chiarito la questione stabilendo che la quota di trattamento di fine rapporto maturato alla data del subentro doveva essere versata al nuovo affidatario, antecedentemente al subentro e che a garanzia di tale obbligo andava stabilita una garanzia fideiussoria;
- la terza e la quarta censura riguardavano le clausole del bando che prevedevano i requisiti del patrimonio netto e del fatturato richiesti dalla partecipazione, clausole da ritenersi congrue in relazione al valore e alla durata della gara;
- con la quinta censura si contestava l'obbligo di possedere di una certificazione di un sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori, ma la Regione aveva precisato la possibilità di avvalersi anche di misure equivalenti;
- la sesta doglianza riguardava il requisito di aver svolto servizi di trasporto pubblico locale con una flotta minima di 250 autobus, il che non appariva affatto incongruo o illogico stante le dimensioni della gara e la sua durata;

- gli artt. 16 e ss. del disciplinare di gara indicavano chiaramente i criteri che la commissione doveva adottare nell'assegnare i punteggi, tra l'altro utilizzando il sistema di confronto a coppie e la motivazione doveva risultare congrua rispetto al metodo adottato;

- inoltre, nel bando di gara non si trovava alcun elemento di commistione fra offerta tecnica e offerta economica;

- il riferimento al Piano regionale del trasporto pubblico appariva corretto e doveva essere chiaramente valutato raffrontando le varie offerte, laddove non si comprendeva come poteva costituire un vizio del bando di concorso;

- il punteggio attribuito per una specifica certificazione riguardava un requisito di qualità non discriminatorio e tra l'altro agevolmente acquisibile tramite l'avvalimento;

- il punteggio attribuibile all'anticipazione dell'avvio dei servizi era illegittimo (censura n. 9 del ricorso di primo grado), poiché tale elemento denotava un'evidente illogicità del bando, oltre che un palese ed eccessivo vantaggio per i gestori uscenti, tale da alterare la concorrenza;

- del tutto infondato risultava invece il decimo motivo, con cui si contestava l'attribuzione di 10 punti a chi utilizzava un conto corrente aperto presso una filiale avente sede in Regione, per l'evidente interesse della Regione a porre tale requisito in relazione alle sue attribuzioni anche fiscali; inoltre, non si vedeva come le società ricorrenti, considerata la loro dimensioni, avessero difficoltà a dotarsi di un conto corrente in Regione;

- l'undicesimo motivo di gravame con cui si contestava la formula di attribuzione dei punti (25 punti, di cui 5 per i servizi aggiuntivi, per l'offerta economica e 75 punti per l'offerta tecnica), era infondato, posto che essa non favoriva affatto gli operatori attuali;

- anche l'obbligo di sopralluogo non favoriva affatto gli operatori attuali, poiché tale disposizione appariva ragionevole, anche in relazione all'obbligo di acquisire i mezzi e beni; inoltre il sopralluogo era svolto con modalità regolamentate che garantivano l'anonimato;

- per l'obbligo di voltura la Regione aveva chiarito che per il servizio di funicolare tale obbligo sussisteva; quanto ai servizi marittimi – comunque marginali nel contesto della gara - essi potevano essere svolti anche in sub affidamento, come avveniva attualmente;

- l'impegno dell'affidatario dalla data di sottoscrizione del contratto (mentre la Regione s'impegnava solo al perfezionamento dell'impegno di spesa) non danneggiava parte ricorrente.

Le parti appellanti hanno contestato la sentenza del TAR, deducendo 13 motivi d'appello nei quali, in sostanza, sono state riproposte le censure del ricorso di primo grado disattese dal TAR; è stato conseguentemente chiesto l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita la Regione appellata, chiedendo la reiezione dell'appello.

Successivamente, in esecuzione della sentenza del TAR qui appellata, la stazione appaltante, con decreto del RUP del 19 gennaio 2015, n. 43, ha sospeso la procedura di gara e con decreto del RUP n. MOBITPL-1-1/280 in data 30 gennaio 2015, ha provveduto alla modifica ed integrazione degli atti della procedura, per le parti che il TAR. aveva annullato.

Il TAR, in sede di giudizio di ottemperanza con la sentenza n. 225 del 2015, ha accolto in parte il ricorso con riferimento all'obbligo di acquisto dei mezzi, specificando che "risulta che la Regione non vi ha dato puntuale esecuzione"; tale sentenza è stata appellata dalla Regione e rubricata al n. di RG 6041-15, chiamata per la decisione sulla sospensiva richiesta alla Camera di consiglio del 29 settembre 2015.

All'udienza pubblica in pari data la presente causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Deve precisarsi, sotto il profilo fattuale, che la legge regionale Friuli Venezia Giulia 20 agosto 2007, n. 23, delineando il ruolo e la funzione della Regione nell'organizzazione del sistema del trasporto pubblico locale, ha previsto l'adozione del Piano regionale di trasporto pubblico locale, regolando i relativi contenuti, e ha definito l'intera procedura dell'affidamento dei servizi stessi.

Il nuovo piano, approvato con decreto del Presidente della Regione dd. 154-2013, n. 80, che ha sostituito il precedente, costituisce manifestazione del potere di governo dell'intero sistema della mobilità pubblica di interesse regionale

attraverso la possibilità di pianificare, programmare e gestire non solo i servizi automobilistici e marittimi, ma anche quelli ferroviari.

In questo modo il piano ha ridisegnato l'offerta complessiva del trasporto pubblico locale, perseguendo la specializzazione funzionale dei servizi e l'integrazione tra servizi diversi per modalità e per tipologia.

Il Servizio di trasporto pubblico locale della Regione appellata viene attualmente gestito a livello provinciale da 4 distinti soggetti in regime di proroga tecnica; l'attuale proroga dei contratti deriva dall'art. 16, comma 9, della legge regionale n. 13 del 2014 con la quale, al fine di consentire il regolare svolgimento dei servizi fino al completamento delle procedure di gara, è stata autorizzata detta proroga, anche ai sensi dell'art. 5, comma 5 del regolamento CE 1370-2007 che, imponendo l'affidamento dei servizi TPL automobilistici con gara, consente una proroga del servizio fino a 2 anni, finalizzata ad evitare interruzioni degli stessi.

Il nuovo piano ha provveduto a superare la logica delle Unità di Gestione (i cui territori sono corrispondenti alle quattro province regionali), configurando il trasporto pubblico regionale e locale su un unico bacino territoriale.

Nella materia de qua è intervenuta anche la disposizione di cui all'art. 3-bis del D.L. n. 138 del 2011 ("Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo"), convertito in L. n. 148 del 2011, il quale ha stabilito, al fine della tutela della concorrenza e dell'ambiente, che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano organizzano, pena l'intervento sostitutivo dello Stato, lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali ed omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Con la deliberazione 10 gennaio 2014, n. 26, avente ad oggetto gli "indirizzi per i nuovi affidamenti dei servizi di trasporto pubblico locale", la Giunta regionale ha stabilito che l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale deve avvenire mediante due distinte gare ad evidenza pubblica, una inerente il servizio di trasporto ferroviario ed un'altra inerente il servizio automobilistico-marittimo.

Il bando di quest'ultima gara, con i relativi allegati, è stato pubblicato sulla GUCE in data 29 ottobre 2014, sulla GURI in data 5 novembre 2014, su 2 quotidiani nazionali e 2 locali in data 8 novembre 2014.

Con nota dd. 7 novembre 2014, trasmessa il 10.11.2014 e pervenuta previa protocollazione informatica in data 12.11.2014, gli appellanti Busitalia-Sita nord s.r.l. e Autoguidovie S.p.A, hanno presentato all'amministrazione regionale un'istanza di intervento in autotutela, da valersi anche quale informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ex articolo 243-bis del d.lgs. n. 163 del 2006, contestando in radice le scelte operate con il suddetto bando.

Con nota dd. 27.11.2014, prot. n. 331, il RUP ha replicato all'istanza proposta in via di autotutela.

E' stato proposto quindi ricorso al TAR che ha deciso con la sentenza n. 30 del 2015, sintetizzata nella parte in fatto.

2. Ottemperando alla predetta sentenza, la stazione appaltante, con decreto del RUP del 19.1.2015, n. 43, ha disposto la sospensione della procedura di gara, provvedendo a darne adeguata pubblicità mediante apposito avviso sul sito della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, sul profilo di committente dell'Ente, sul sito dell'Osservatorio e mediante comunicazione diretta agli operatori economici che fino a quel momento risultavano aver manifestato l'interesse a partecipare alla gara in argomento mediante istanze e/o richieste di chiarimenti e richieste di effettuazione del sopralluogo obbligatorio.

Successivamente la stazione appaltante, con decreto del RUP n. MOB/TPL-1-1/280 in data 30 gennaio 2015, ha provveduto alla modifica e integrazione degli atti, relativi alla gara in oggetto, per le parti che il TAR ha annullato, e alla conseguente riapertura della procedura, fissando il nuovo termine per la presentazione delle offerte al 23.3.2015.

Prescindendo necessariamente in questa sede dal giudizio di ottemperanza citato nella parte in fatto (sentenza di ottemperanza del TAR n. 225 del 2015, che ha accolto in parte il ricorso con riferimento all'obbligo di acquisto dei mezzi, specificando che "risulta che la Regione non vi ha dato puntuale esecuzione"; sentenza appellata dalla Regione con ricorso iscritto al NRG 6041/15, chiamata per la decisione alla odierna camera di consiglio), si deve evidenziare che l'annullamento parziale ha riguardato i seguenti aspetti:

- l'insieme delle disposizioni relative all'obbligatoria acquisizione dei bus e al loro pagamento, globalmente considerate, che prevedevano il pagamento dei bus senza possibilità di rateizzazione;
- l'indeterminatezza del costo del personale e l'individuazione di quello che le attuali aziende concessionarie intendono mantenere;

- il numero massimo di giorni in riduzione per l'avvio del servizio di cui al disciplinare di gara.

Tali statuizioni del TAR non sono state impugnate dalla Regione, ma sono state appellate comunque dai ricorrenti di primo grado, che hanno dedotto la portata riduttiva della decisione a loro favorevole del TAR.

3. Ciò premesso rileva il Collegio, in via preliminare, che è da ritenersi infondata l'eccezione di improcedibilità in parte qua dell'appello, proposta dalla Regione, con riferimento ai motivi di gravame proposti avverso il bando di gara e gli allegati al bando in esecuzione alla sentenza n. 30 del 2015 laddove la Regione ha provveduto alla loro modifica e alla loro integrazione, per le parti annullate dal TAR e alla conseguente rifissazione di un nuovo termine per la presentazione delle offerte al 23.3.2015, poiché, come detto, tali questioni concernono l'esecuzione della sentenza del TAR qui impugnata e, pertanto, le disposizioni amministrative sopravvenute riguardano unicamente il giudizio di ottemperanza già descritto.

Invece, può ritenersi parzialmente fondata, nei termini che appresso si preciseranno esaminando i singoli motivi d'appello, l'eccezione di inammissibilità dell'appello con riferimento alla mancata domanda di partecipazione alla gara degli appellanti e con riferimento alle contestazioni su scelte tecniche discrezionali effettuate dall'Amministrazione, in quanto tali censurabili solo se manifestamente illogiche ed irrazionali.

4. Passando all'esame del merito dell'appello, si deve osservare che il primo motivo di appello riguarda gli obblighi di acquisto che l'art. 5 del capitolato pone a carico dell'eventuale aggiudicatario diverso dal gestore uscente, che complessivamente ammontano a circa 200 milioni di euro, e la valorizzazione (effettuata dalla Regione) degli autobus attualmente utilizzati dal gestore uscente, nonché la valorizzazione degli immobili di cui gli atti di gara prevedono l'obbligo di acquisto in capo all'aggiudicatario.

Il TAR ha accolto tale censura, ma la parte appellante ripropone tale censura, ritenendo che non sia chiaro se e in che termini il giudice di primo grado abbia concluso per l'accoglimento della censura medesima e per l'annullamento degli atti impugnati.

Ritiene il Collegio che tale questione riguardi il giudizio di ottemperanza di cui alla sentenza di ottemperanza del TAR n. 225-2015 (sentenza appellata dalla Regione col ricorso iscritto al NRG 6041/15, chiamata per la decisione alla odierna camera di consiglio).

Tale motivo d'appello è, dunque, in questa sede, inammissibile.

5. Parimenti inammissibile, per le stesse ragioni, è il secondo motivo di appello, con cui si censurano gli obblighi in tema di assunzione del personale; le contestazioni in merito all'indeterminatezza del costo del personale, ritenute fondate dal TAR, sono state oggetto dei già descritti atti regionali di esecuzione e del descritto giudizio di ottemperanza.

Per la parte di tale censura non accolta dal TAR, si deve condividere quanto affermato dal giudice di prime cure, poiché da un lato l'obbligo di assunzione contestato deriva direttamente dalla legge regionale n. 23 del 2007; dall'altro lato, legittimamente l'obbligo di subentro in tutti gli accordi e i contratti relativi al personale fa gravare sul cessionario l'onere del versamento in favore del personale delle somme derivanti da eventuali retroattivi rinnovi della contrattazione collettiva; mentre spetta al cedente l'onere, come espressamente previsto dalla disciplina di gara, di trasferire al cessionario le somme eventualmente accantonate per tale fine.

Le ulteriori contestazioni, che sostanzialmente refluiscano sull'indeterminatezza dei relativi oneri, sono oggetto del giudizio di ottemperanza citato e, come tali, sono inammissibili in questa sede.

6. Il terzo motivo di appello (illegittimità dei requisiti richiesti per partecipare alla gara in merito al patrimonio netto) è inammissibile non facendo emergere l'atto d'appello alcun profilo di manifesta irragionevolezza, dovendosi ritenere per il resto la censura impingente nella sfera dell'insindacabilità valutativa dell'amministrazione (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2015, n. 2198); per contro, ragionevolmente la congruità delle scelte discrezionali della Regione emerge se si confronta tale valore con il valore e la durata della gara.

7. Parimenti inammissibile è il quarto motivo di appello, mancando la dimostrazione della manifesta illogicità della scelta operata dalla Regione Friuli, in quanto è lo stesso articolo 43 del d.lgs. n. 163 del 2006 che consente alla stazione appaltanti di richiedere "la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità".

Tale clausola non può certo dirsi escludente e discriminatoria (stante la possibilità di conseguire il requisito di partecipazione mediante ATI o avvalimento), né ex se ostativa all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositiva di un onere manifestamente incomprensibile o del tutto sproporzionato.

Né emerge incontestabilmente in giudizio, peraltro, che tale certificato possa essere posseduto soltanto da un ristretta cerchia di potenziali concorrenti e, dunque, come tale, sospetto di discriminatorietà.

8. Anche il quinto motivo di appello è inammissibile, atteso che il requisito di aver svolto servizi di trasporto pubblico locale con una flotta minima di 250 autobus riguarda (come il precedente requisito del patrimonio netto) il merito di scelte discrezionali che non appaiono affatto incongrue o illogiche, stante le dimensioni della gara e la sua durata, in quanto il requisito richiesto appare adeguato in termini numerici al contratto posto a base di gara.

9. Il sesto motivo d'appello, legato all'attribuzione dei punteggi, pur ritenendosi ammissibile in base a quanto statuito, a contrariis, dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003, n. 1, non confligge con il principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica che, infatti e condivisibilmente, non può venir interpretato a tal punto da eliminare le naturali e obiettive interferenze tra i due aspetti quello tecnico e quello economico.

Infatti, come ha statuito questo Consiglio (cfr. sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890), in considerazione del difetto espresso di una norma primaria o regolamentare che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica, dal quadro normativo si desumono i seguenti principi: a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche; b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate; c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche; d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla; e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Pertanto, la contestazione dell'appellante legata ai riferimenti circa il valore economico della flessibilità del servizio e dell'avvio del servizio medesimo, i quali pur essendo declinabili in astratto in termini economici assumono per la stazione appaltante il valore di miglioramento qualitativo del contratto posto a base di gara, è infondata, posto che tali elementi non incidono in alcun modo sul prezzo posto a base di gara, e non refluiscano quindi, nella violazione del divieto di commistione suddetta.

Inoltre, il sesto motivo riguarda i criteri che la commissione deve adottare nell'assegnare i punteggi, tra l'altro utilizzando il sistema del confronto a coppie, al riguardo non emerge alcuna carenza dei criteri per attribuire i punteggi tale da rendere la gara arbitraria; una certa carenza è fisiologica in ogni gara ove vi sia un'attribuzione di punteggi entro un range determinato e specificato, come nella specie, connesso all'ineliminabile discrezionalità valutativa dell'Amministrazione.

Inoltre, il riferimento necessitato delle offerte al Piano regionale del trasporto pubblico è da ritenersi del tutto legittimo, atteso che il piano suddetto costituisce il presupposto della gara stessa.

10. Per quanto riguarda la contestata commistione di elementi di partecipazione e di valutazione dell'offerta (oggetto del settimo motivo d'appello), si deve rilevare, contrariamente a quanto assunto dal TAR, che il possesso della certificazione UNI EN 13816 in relazione a servizi già svolti, premiato con l'attribuzione di 3 punti dall'art. 15 del Disciplinare, può in effetti costituire un'ipotesi di inammissibile commistione dei cd. requisiti soggettivi ed oggettivi di origine e valenza comunitaria (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191), poiché l'amministrazione regionale ha inserito, tra i requisiti di valutazione dell'offerta, il requisito di esperienza propria dell'impresa: in questo caso, infatti, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante finirebbe con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in violazione della normativa comunitaria e nazionale di riferimento, che pone una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tuttavia, tale motivo è da ritenersi inammissibile, poiché parte ricorrente in primo grado non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara.

Infatti, come è noto, nelle gare pubbliche l'onere d'immediata impugnazione del bando di concorso è circoscritte al caso della contestazione di clausole escludenti riguardanti requisiti di partecipazione, che siano ex se ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impugate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva.

A fronte di una clausola illegittima della lex specialis di gara, ma non impeditiva della partecipazione, come quella di specie, relativa alla contestata commistione degli elementi di qualificazione e di valutazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare; né risulta dimostrato (né è evidente) che con l'introduzione di tale clausola si rendesse impossibile formulare l'offerta e, dunque, partecipare alla gara.

11. Sono parimenti infondate e/o inammissibili le ulteriori censure contenute nell'atto d'appello.

Sinteticamente e precisamente:

- il motivo sub 8 con cui si contesta l'attribuzione di 10 punti a chi utilizzi un conto corrente aperto presso una filiale avente sede in Regione è infondato, poiché la relativa clausola è pienamente giustificata dall'interesse della Regione a porre tale requisito in relazione alle sue attribuzioni anche fiscali;

- il motivo sub 9 (con cui si contesta la formula di attribuzione dei punti all'offerta economica per 25 punti, di cui 5 per i servizi aggiuntivi, e di 75 per l'offerta tecnica) riguarda un motivo di ricorso inammissibile per non avere gli appellanti presentato domanda di partecipazione alla nuova gara e, pertanto, per non avere l'interesse sostanziale a tutela del quale si agisce, come già esposto in modo più articolato in relazione al settimo motivo d'appello.

In ogni caso tale motivo è parimenti inammissibile perché concerne valutazioni riservate al merito dell'Amministrazione non sindacabili, non evidenziandosi alcun indizio di manifesta irragionevolezza, illogicità o erroneità della scelta compiuta;

- la stessa inammissibilità sopra evidenziata (per non avere gli appellanti presentato domanda di partecipazione) affligge i motivi di ricorso dedotti sub 10 (mancato obbligo di voltura per il servizio su funicolare e mancato obbligo di mettere a disposizione i beni strumentali per il servizio marittimo), sub 11 (obbligo del sopralluogo) e sub 12 dell'atto d'appello (peraltro, per il motivo sub 12, la disciplina contestata è conseguente dalla disposizione normativa in materia di contabilità regionale - art. 44 della L. R. n. 21 del 2007).

12. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente giudizio possono essere compensate, stante la peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite 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 29 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 12/11/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)