[AZA 0/2]

2P.185/2000

II CORTE DI DIRITTO PUBBLICO
****

4 dicembre 2000

Composizione della Corte: giudici federali Wurzburger, presidente,
Hartmann e Hungerbühler.
Cancelliere: Cassina.

_____
Visto il ricorso di diritto pubblico inoltrato il 12 settembre 2000 dal Consorzio X._____ S.A., Y._____ S.A., Z._____ S.A., Mendrisio, patrocinato dall'avv. dott.
Carlo Solcà, Mendrisio, contro le sentenze emesse il 10 febbraio 2000 e il 2 agosto 2000 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino con le quali sono stati accolti i gravami esperiti dalla ditta Q._____ S.A., Stabio, patrocinata dall'avv. Alessandro Guglielmetti, Mendrisio, ed annullate le decisioni notificate il 22 dicembre 1999 e, rispettivamente, il 30 marzo 2000 del Consorzio depurazione acque Mendrisio e dintorni, in materia di appalti pubblici (esecuzione delle opere da impresario costruttore relative al lotto 5 degli interventi di ottimizzazione ed ampliamento dell'impianto depurazione acque "Prati Maggi" di Rancate);

Ritenuto in fatto :

A.- Nei primi anni '90 il Consorzio depurazione acque di Mendrisio e dintorni (detto in seguito CDAM) decideva di procedere all'ampliamento e all'ottimizzazione dell'impianto depurazione acque "Prati Maggi" di Rancate, secondo un programma d'interventi suddiviso in cinque lotti.
I costi dell'operazione erano preventivati in fr.
38'750'000.–, di cui circa la metà destinata alle opere di genio civile. Tra il 1998 e l'estate del 1999 sono stati messi a concorso e deliberati i lavori relativi ai lotti 1 (bacini d'aerazione), 2 (vasche di chiarificazione finale), 3 (stazione di trattamento dei fanghi) e 4 (edifici gestione-manutenzione; stazione di flocculazione-filtrazione). Tutte le procedure sono state condotte in base alle norme e ai criteri fissati dalla legge ticinese sugli appalti, del 12 settembre 1978 (LApp).

B.- Con pubblicazione sul Foglio ufficiale del Cantone Ticino n. 80, dell'8 ottobre 1999, il CDAM ha indetto un pubblico concorso per l'assegnazione dei lavori da impresario costruttore relativi al lotto 5. Alla gara hanno partecipato sei ditte, tra cui la Q._____ S.A., quale migliore offerente con un importo di fr. 1'248'075, 45, e il Consorzio X._____ S.A., Y._____ S.A., Z._____ S.A.
(detto in seguito Consorzio XYZ. _____), con un'offerta di fr. 1'292'753, 65. Dopo aver raccolto il preavviso dell' Ufficio appalti e lavori sussidiati del Cantone Ticino, il CDAM ha deciso di aggiudicare i lavori a quest'ultimo concorrente, ritenuto che il maggior costo dell'offerta rientrava nel margine d'apprezzamento del 5% riservato al committente dall'art. 22 LApp.

Adito dalla Q._____ S.A., il 10 febbraio 2000 il Tribunale amministrativo del Cantone Ticino ha annullato la delibera, dopo aver accertato che il concorso soggiaceva alle disposizioni del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici, del 25 novembre 1994 (CIAP; RS 172. 056.4), e non alla legge cantonale sugli appalti del 12 settembre 1978. Gli atti sono quindi stati rinviati al CDAM per una nuova decisione.

C.- Il 25 febbraio 2000 i progettisti dei lavori hanno interpellato tutte le ditte concorrenti al fine di ottenere delle informazioni circa le maestranze impiegate e una lista di referenze riguardante le opere realizzate o in via di realizzazione analoghe a quelle in oggetto. Dopo aver esaminato i dati raccolti e aver sentito ancora una volta il parere dell'autorità cantonale, il 30 marzo 2000 il CDAM ha nuovamente deciso di aggiudicare i lavori al Consorzio XYZ. _____, ritenendo che le referenze, la manodopera a disposizione e la copertura assicurativa

giustificassero la scelta di un'offerta più onerosa.

Anche questa delibera è stata impugnata dalla Q._____ S.A. davanti al Tribunale amministrativo ticinese.
Quest'ultimo, con sentenza del 2 agosto 2000, ha annullato tale decisione ed ha rinviato gli atti al CDAM per un nuovo giudizio. I giudici cantonali hanno considerato che, nella misura in cui il bando di concorso (pubblicato secondo le norme della legge ticinese sugli appalti) non indicava alcun criterio di aggiudicazione, il committente fosse tenuto a compiere le proprie scelte in funzione unicamente del prezzo offerto, ad esclusione di qualsiasi altra considerazione.

D.- Il 12 settembre 2000 il Consorzio XYZ. _____ ha inoltrato dinanzi al Tribunale federale un ricorso di diritto pubblico con cui chiede l'annullamento delle suddette decisioni rese il 2 agosto 2000 e il 10 febbraio 2000 dal Tribunale amministrativo del Cantone Ticino, nonché il rinvio degli atti alla precedente autorità di giudizio. Lamenta la violazione del divieto d'arbitrio e del principio della buona fede.

Chiamata ad esprimersi, la ditta Q._____ S.A. ha domandato che il gravame sia respinto. Dal canto loro, sia il CDAM che l'Ufficio lavori sussidiati e appalti del Cantone Ticino hanno dichiarato di volersi rimettere al giudizio del Tribunale federale. Il Tribunale cantonale amministrativo si è riconfermato nella propria decisione, senza formulare nessuna osservazione in proposito.

Considerando in diritto :

1.- Il Tribunale federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità del rimedio esperito (DTF 123 II 231 consid. 1 con rinvii).

a) In linea generale, la sentenza resa su ricorso da un'autorità di ultima istanza cantonale nell'ambito di una vertenza concernente una decisione adottata da un committente di livello cantonale o comunale in materia di appalti pubblici, costituisce una decisione impugnabile ai sensi dell'art. 84 OG e può dunque fare l'oggetto di un ricorso di diritto pubblico (DTF 125 II 86 consid. 3b). In base alla più recente giurisprudenza del Tribunale federale, chi partecipa ad una gara per l'assegnazione di una commessa pubblica dispone, sulla base del diritto materiale applicabile, di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 88 OG, che gli consente di sollevare, nell' ambito del citato rimedio di diritto, delle censure riferite non soltanto allo svolgimento della procedura di concorso, ma anche al merito delle decisioni (DTF 125 II 86 consid. 4).

b) Nel caso di specie il Tribunale amministrativo ha statuito definitivamente sui gravami inoltrati dalla ditta Q._____ S.A. nella sua qualità di istanza cantonale di ricorso, ai sensi dell'art. 15 cpv. 1 CIAP combinato con l'art. 4 cpv. 1 del decreto legislativo del 6 febbraio 1996 concernente l'adesione del Cantone Ticino al Concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994 (DECIAP): pertanto il presente gravame è stato inoltrato dopo che erano state esaurite tutte le possibilità di ricorso a livello cantonale, conformemente a quanto previsto dall'art. 86 OG. Inoltre dev'essere in linea generale riconosciuta la legittimazione ricorsuale dell'insorgente, il quale lamenta la violazione del divieto d'arbitrio e del principio della buona fede in relazione alla decisione con cui i giudici cantonali hanno annullato la decisione del CDAM che gli riconosceva l'aggiudicazione delle opere da impresario costruttore a concorso.

2.- a) Giusta l'art. 87 OG, nella sua nuova versione in vigore dal 1°marzo 2000 (RU 2000 pag. 416 e seg.), il ricorso di diritto pubblico è ammissibile contro le decisioni pregiudiziali e incidentali sulla competenza o sulle domande di ricusazione notificate separatamente dal merito (consid. 1) e contro le altre decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente dal merito se le stesse possono cagionare un pregiudizio irreparabile (consid. 2). Se ciò non dovesse essere il caso, tali decisioni sono impugnabili soltanto mediante ricorso interposto avverso la decisione finale (consid. 3).

b) Per prassi costante, una decisione è finale se pone termine alla lite, salvo in caso di ricorso ad un autorità di giudizio superiore: poco importa che si tratti di una decisione di merito o di una decisione concernente ques-

tioni di procedura. Per contro sono da considerare incidentali quelle decisioni che rappresentano unicamente una tappa verso l'emanazione di un giudizio finale. Le stesse possono avere per oggetto una questione formale o materiale, giudicata anteriormente alla decisione finale (DTF 122 I 39 consid. 1a/aa con rinvii). Giusta l'art. 87 cpv. 2 OG, simili decisioni sono impugnabili con un ricorso di diritto pubblico se causano all'interessato un pregiudizio che una decisione favorevole nel merito non permetterebbe di eliminare completamente. Occorre inoltre che il danno sia di carattere giuridico: un semplice inconveniente fattuale, come potrebbe ad esempio risultare dalla circostanza che la vertenza si protrae nel tempo o che i costi in relazione alla causa aumentano, non è sufficiente (DTF 122 I 39 consid. 1a/bb e rinvio).

c) Nella fattispecie concreta il Tribunale amministrativo ha annullato a due riprese la delibera dei lavori a favore della ricorrente ed ha rinviato in entrambi i casi gli atti al CDAM per nuova decisione. A questo punto si può immaginare che il CDAM decida, come già fatto una volta in passato, di aggiudicare i lavori ad una delle ditte che hanno partecipato alla gara indetta l'8 ottobre 1999. In questo caso, visti i motivi posti a fondamento della decisione cantonale del 2 agosto 2000, il committente si troverebbe praticamente obbligato a deliberare i lavori alla ditta che ha presentato l'offerta con il prezzo più basso, ovvero alla Q._____ S.A. In simili circostanze, v'è da domandarsi se tale giudizio non debba essere di fatto equiparato ad una decisione finale. Il CDAM potrebbe però decidere di annullare il concorso e di indirne uno nuovo. Ammesso che ciò sia ancora possibile a questo punto della procedura, la decisione cantonale del 2 agosto 2000 andrebbe allora considerata come una classica decisione di rinvio avente carattere puramente incidentale. In tale evenienza ci si dovrebbe però chiedere se non vi sia per il Consorzio XYZ. _____ un pregiudizio irreparabile. In effetti, come esposto in narrativa, questo aveva
ottenuto la delibera dei lavori: pertanto, anche in caso di partecipazione alla nuova gara di appalto, esso perderebbe comunque definitivamente i diritti legati alla precedente aggiudicazione. Poco importa a questo proposito che nell'ambito del nuovo concorso esso potrebbe acquisirne di nuovi. Comunque sia, nel caso concreto, i quesiti appena illustrati possono rimanere indecisi. In effetti, anche qualora si dovesse riconoscere, sotto questo profilo, l'ammissibilità del presente gravame, il medesimo andrebbe respinto nel merito, poiché infondato.
E ciò per i motivi che seguono.

3.- Il Cantone Ticino ha aderito al Concordato intercantonale sugli appalti pubblici in data 6 febbraio 1996 (art. 1 DECIAP). Detta normativa è quindi entrata in vigore il 21 maggio 1996 (cfr. Bollettino ufficiale delle leggi del Cantone Ticino 96, 211). Come accertato dalla Corte cantonale, nel caso di specie emerge dagli atti che il valore complessivo delle opere edili poste a concorso successivamente a quest'ultima data supera abbondantemente il valore soglia fissato dall'art. 7 cpv. 1 lett. a CIAP. Giusta l'art. 22 cpv. 1 CIAP, sono sottoposte all'ordinamento concordatario le aggiudicazioni messe a concorso o aggiudicate dopo la sua entrata in vigore. Il fatto che nel caso concreto le opere da deliberare fossero state progettate precedentemente all'entrata in vigore del Concordato non costituisce un impedimento all'applicazione del medesimo, visto che il bando di concorso è stato pubblicato successivamente alla data del 21 maggio 1996 (cfr. sull'argomento:
Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, tesi, Friburgo 1997, pag. 432).
Considerato poi il genere di committente (art. 8 CIAP) e la natura della commessa (art. 6 cpv. 1 lett. a CIAP), è, in linea di principio, a giusto titolo che i giudici cantonali hanno ammesso l'applicabilità della citata normativa intercantonale alla procedura di concorso in esame. D'altra parte va detto che, su questo aspetto della vertenza, il ricorrente non sembra sollevare nessuna critica. In ogni caso, non risulta che esso abbia formulato in proposito delle censure rispettose dei requisiti di forma sanciti dall'art. 90 cpv. 1 lett. b OG, giusta il quale, per risultare ammissibile, l'atto di ricorso deve contenere una concisa esposizione dei diritti costituzionali o delle norme giuridiche che si pretendono violati, precisando in che cosa consista tale violazione.

4.- a) Il ricorrente rimprovera sostanzialmente al Tribunale cantonale amministrativo di avere pronunciato il 2 agosto 2000 un giudizio manifestamente in contraddizione con la precedente decisione emanata il 10 febbraio 2000 nell'ambito della medesima vertenza. Sostiene che nel loro primo giudizio i giudici cantonali si erano semplicemente limitati a rinviare gli atti al CDAM affinché questo motivasse nel merito le ragioni della propria scelta di favorire un'offerta più cara rispetto a quella presentata dalla ditta Q._____ S.A., mentre che con la loro decisone del 2 agosto 2000 essi hanno rimproverato al committente di avere giustificato la deli-

bera litigiosa facendo capo ai criteri di scelta stabiliti dal § 28 cpv. 1 delle direttive d'esecuzione dell'accordo intercantonale sugli appalti pubblici, del 25 novembre 1994 (DirCIAP), senza che gli stessi fossero mai stati menzionati nel bando. Ritiene dunque inammissibile che, da un lato, il bando di concorso pubblicato secondo la legge cantonale sugli appalti (LApp) sia stato considerato valido e che, dall'altro invece, il Tribunale amministrativo abbia poi annullato la delibera in oggetto per il fatto che i criteri di aggiudicazione previsti dal Concordato e presi in
considerazione dal CDAM non erano contemplati da tale atto. Ravvisa in ciò una violazione del divieto d'arbitrio e del principio della buona fede, sanciti dall'art. 9 (e non 4) Cost.

b) Tali argomenti non possono essere condivisi.
L'insorgente fonda la propria tesi ricorsuale partendo dall'errato presupposto, secondo cui nella sua decisione del 10 febbraio 2000, il Tribunale amministrativo avrebbe confermato la validità formale del bando di concorso pubblicato l'8 ottobre 1999, limitandosi a rinviare gli atti al CDAM affinché quest'ultimo motivasse la propria scelta senza tenere conto di quanto previsto dalla legge cantonale del 12 settembre 1978, ma unicamente sulla base dei criteri di aggiudicazione sanciti dal Concordato intercantonale sugli appalti pubblici. Sennonché nel citato giudizio i giudici cantonali non si sono espressi sugli aspetti formali del bando. Essi hanno unicamente accertato in modo chiaro ed esplicito che, perlomeno dal punto di vista materiale, la delibera dei lavori a concorso andava eseguita sulla base della predetta normativa concordataria, senza però specificare quali criteri d'aggiudicazione potessero essere tenuti in considerazione nel caso concreto. Di conseguenza essi hanno annullato l'aggiudicazione litigiosa, ritenendo che, in tutti i casi, il committente non poteva motivare la propria scelta di favorire il Consorzio XYZ. _____ (e, quindi, non poteva neppure giustificare una maggior spesa di fr. 44'678, 20), facendo
semplicemente riferimento ad un principio di aggiudicazione - quello inerente al margine d'apprezzamento del 5% di cui all'art. 22 LApp - inapplicabile al caso concreto, poiché del tutto estraneo al Concordato intercantonale in materia.

A quel punto toccava al CDAM valutare attentamente il da farsi. Da un lato esso aveva la possibilità di annullare il concorso e ricominciare da capo l'intera procedura con la pubblicazione di un nuovo bando rispettoso delle disposizioni e dei principi enunciati dai § da 11 a 18 DirCIAP.
A tale soluzione non si opponevano le disposizioni previste dal § 32 DirCIAP, volte a regolare le possibilità di interruzione, di ripetizione e di rinnovo del concorso.
In effetti, affinché questa norma sia applicabile, è perlomeno necessario che si sia in presenza di una procedura di concorso correttamente impostata sin dall'inizio in base alle regole del Concordato intercantonale. Cosa questa che, come si è visto, non era avvenuta nella fattispecie concreta.
Il committente poteva però anche nuovamente scegliere - come poi ha fatto - tra le ditte che già avevano presentato un'offerta in risposta al bando di concorso dell'8 ottobre 1999. In quest'ultimo caso il CDAM avrebbe però dovuto rendersi conto che il principio di trasparenza, che caratterizza questo genere di procedure, non gli permetteva di rifarsi per la delibera dei lavori in questione a dei criteri di aggiudicazione mai menzionati nel bando o nella relativa documentazione di accompagnamento, ma gli imponeva di pronunciare una decisione che tenesse unicamente conto del prezzo offerto dai concorrenti. Ciò in virtù del fatto che, come giustamente rilevato dalla precedente autorità di giudizio, anche nelle gare rette dal Concordato intercantonale sugli appalti pubblici vige la regola fondamentale secondo la quale il committente è tenuto ad elencare in anticipo e in base al loro ordine di importanza, tutti i criteri di aggiudicazione che, oltre al prezzo, saranno presi in considerazione al momento della valutazione delle offerte. A questo proposito la giurisprudenza esige perlomeno che la stazione appaltante indichi in modo chiaro e anticipato l'importanza relativa che intende attribuire a ciascuno dei criteri d'aggiudicazione
prescelti, in modo tale da limitare il rischio di abusi e di manipolazioni (DTF 125 II 86 consid. 7c pag. 101 con numerosi rinvii dottrinali).
Certo, nella loro sentenza del 10 febbraio 2000, i giudici cantonali hanno tralasciato di dare il necessario risalto a quest'ultimo aspetto del problema, come pure non hanno preso posizione in merito alla possibilità per il committente di ripetere la procedura di concorso. Ciò non basta comunque per affermare che il Tribunale amministrativo sia incorso nella violazione del divieto d'arbitrio, non potendo essere rilevata - come visto sopra - nessuna incongruenza o contraddizione nei motivi addotti da quest'autorità con le due sentenze in parola.

D'altra parte, si deve considerare che spettava principalmente al committente e alle competenti autorità cantonali accertarsi della situazione che si era venuta a creare dopo l'annullamento della prima delibera e valutare le conseguenze di tale provvedimento.

Inoltre, contrariamente a quanto sembra voler sostenere il ricorrente, nella decisione del 10 febbraio 2000 la Corte cantonale non aveva fornito nessuna garanzia in merito al fatto che sarebbe bastato verificare le offerte pervenute al CDAM sulla base di una serie di criteri di aggiudicazione scelti a posteriori dal committente per poter validamente attribuire i lavori a concorso all'uno o all' altro concorrente. Per il che anche la censura secondo cui i giudici cantonali avrebbero disatteso il principio della buona fede, si rivela del tutto destituita di fondamento.

5.- a) Visto quanto precede, nella misura in cui è ammissibile, il ricorso dev'essere respinto.

b) Visto l'esito del gravame, la tassa di giustizia va posta a carico del ricorrente (art. 156 cpv. 1, 153 e 153a OG), il quale rifonderà alla ditta Q._____ S.A., assistita da un legale, un congruo importo a titolo di ripetibili (art. 159 cpv. 1 OG; art. 6 della Tariffa del 9 novembre 1978 delle spese ripetibili accordate alla controparte nelle cause davanti al Tribunale federale [RS 173. 119.1]).

Per questi motivi

il Tribunale federale

pronuncia :

1. Nella misura in cui è ammissibile, il ricorso è respinto.

2. La tassa di giustizia di fr. 9'000.– è posta a carico del ricorrente, il quale rifonderà alla ditta Q._____ S.A., Stabio, la somma di fr. 8'000.–, a titolo di ripetibili per la sede federale.

3. Comunicazione ai patrocinatori delle parti, al Consorzio depurazione acque Mendrisio e dintorni, all'Ufficio appalti e lavori sussidiati del Dipartimento del territorio e al Tribunale amministrativo del Cantone Ticino.
Losanna, 4 dicembre 2000 VIZ

In nome della II Corte di diritto pubblico
del TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO:
Il Presidente,

Il Cancelliere,