

N. 01886/2008 REG.SEN.
N. 00558/2008 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 558 del 2008, proposto da:
Cerutti Lorenzo S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti Ignazio Pagani e
Andrea Ricuperati, con domicilio eletto presso il secondo in Torino, piazza
Maria Teresa, 6;

contro

Societa' Metropolitana Acque Torino S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Portigliotti, con domicilio eletto presso il medesimo in Torino, via
Biancamano, 3;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione del 14 febbraio 2008 prot. n.
DQPRAL/APP/ARA (rif. App. - 49/2007), ricevuto a mezzo raccomandata
A.R. il 18 febbraio 2008, dall'appalto bandito dalla Società Metropolitana Acque
Torino S.p.A. per l'affidamento, con procedure aperte del 5.2.2008, dei lavori
del Servizio idrico integrato nei Comuni di Montanaro, Santena e Pralormo per
un importo di complessive € 2.158.000;

- di ogni altro atto preparatorio, presupposto, conseguente o comunque
connesso al provvedimento d'esclusione impugnato, con particolare riferimento
al propedeutico verbale di gara del 5.2.2008 a rogito Notaio Natale Nardello
rep. n. 56592, racc. 21831 nella sola parte in cui esclude la ricorrente, nonché di
ogni - allo stato ignota - comunicazione delle predetta esclusione all'Autorità di
Vigilanza sui Contratti pubblici, ai fini della annotazione dell'esclusione sul
casellario informatico ex art. 27 DPR 34/2000.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Metropolitana Acque Torino S.p.A.;

Esaminate le memorie difensive del ricorrente in data 3 giugno 2008 e della S.M.A.T. S.p.A. in data 7 maggio e 27 maggio 2008;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 12/06/2008 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente, impresa edile, partecipava a tre gare contestuali per l'affidamento di lavori del Servizio idrico integrato nei comuni di Montanaro, Santena e Palormo, di importo complessivo pari ad € 2.158.000 indette dalla Società Metropolitana Acque Torino S.p.A. (di seguito, SMAT) con provvedimenti del 19.11.2007.

Nella seduta del 5.2.2008 la Commissione di gara escludeva l'impresa predetta poiché "dai dati in possesso dell'Osservatorio risultavano gravi infrazioni alle norme in materia di sicurezza". Tale motivazione emerge anche dal verbale di gara redatto dal notaio N. Nardello, rep. 56562.

Successivamente la SMAT comunicava all'impresa Cerutti s.r.l. la disposta esclusione con raccomandata A.R. del 14.2.2008, ricevuta il successivo giorno 18 (doc. 1, produz. ricorrente), contenente la seguente motivazione " Con riferimento agli appalti in oggetto, si comunica che codesta Società non è stata ammessa alla gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera E), per avere commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

Risulta agli atti che la ricorrente subì l'esclusione da una gara indetta dalla Provincia di Cuneo, a cui seguì la segnalazione all'Autorità di Vigilanza e l'annotazione nel Casellario informatico, per aver riportato un decreto penale di condanna al pagamento di una modesta sanzione (€ 1.140) emesso dal GIP di Novara il 20.7.2005 (Doc. 4 produz. ricorrente) per lesioni colpose occorse ad un dipendente per un infortunio sul lavoro. E tale pregiudizio di polizia fu dichiarato dalla ricorrente in sede di gara (doc. 3 ricorr.). Questo T.A.R. con l'Ordinanza 560/2006 della Seconda Sezione, sospese l'esclusione per omessa motivazione in ordine alla gravità del reato in rapporto alla sua incidenza sulla

moralità professionale dell'impreditore, poi confermando la decisione con sentenza n. 1537/2006.

La SMAT disponeva l'esclusione dell'impresa Cerutti s.r.l. verosimilmente a causa della suindicata annotazione nel Casellario informatico dell'Autorità, malgrado dalla relativa visura risultasse anche la menzione delle decisioni di questo T.A.R. sospensive e annullatorie sia dell'esclusione dalla gara pronunciata dalla Provincia di Cuneo, sia della stessa susseguente annotazione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza..

Insorgeva avverso il provvedimento di esclusione di cui alla citata nota del 14/18.2.2008, nonché avverso il verbale di gara del 5.2.2008 la ricorrente impresa, articolando tre motivi di gravame e deducendo con il primo motivo, prima parte, eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione e falsa applicazione dell'art. 38, lett. E) del d. lgs. n. 163/2006 perché dal provvedimento impugnato non sarebbe dato conoscere la natura e la gravità delle infrazioni accertate in materia di sicurezza sul lavoro.

Lamenta poi nella terza parte del primo motivo la falsa applicazione della citata norma, che ha ad oggetto solo le infrazioni, gravi e definitivamente accertate, alle norme amministrative in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, e non le infrazioni penalmente sanzionate, a cui è invece dedicata la lettera c) del citato art. 38.

Con il secondo motivo parte ricorrente censura poi la violazione dell'art. 6 della l. n. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria nonché violazione del dovere di soccorso e del principio di massima partecipazione, per non avere il seggio di gara, prima di escludere l'impresa, accertato d'ufficio gli elementi preesistenti all'offerta, dai quali è stata fatta derivare la determinazione di esclusione.

La seconda parte del primo motivo e il terzo motivo svolgono la stessa sostanziale doglianza, benché con il terzo la ricorrente formalmente deduca elusione del giudicato per avere la SMAT utilizzato ai fini dell'esclusione, l'annotazione nel Casellario informatico tenuto dall'Autorità di Vigilanza sui LL.PP., nonostante l'intervenuta sospensione – in uno a quella dell'esclusione da precedente gara pronunciata dalla Provincia di Cuneo – di tale iscrizione da parte della Seconda Sezione di questo T.A.R. con l'Ordinanza n. 560/2006 poi confermata con la sentenza n. 1537/2006.

Si duole quindi la ricorrente che la SMAT non avrebbe potuto utilizzare la predetta annotazione nel Casellario, essendo stata la stessa prima sospesa e poi annullata dalla Seconda Sezione di questo T.A.R. e risultando, per di più, tali provvedimenti dalla stessa visura del Casellario.

Chiamata in spedizione la causa alla Camera di Consiglio dell'8.5.2008 e discussa la domanda interinale di sospensione, la Sezione accoglieva l'istanza con Ordinanza n. 393 del 8/10.5.2008, ma, come risulta dalla comunicazione del Legale della SMAT del 19.5.2008 (doc. 8 produz. ricorrente) la stazione appaltante non riammetteva alle gare la ricorrente, nonostante la pronunciata

sospensione giudiziale dell'esclusione.

Perveniva dunque l'affare all'Udienza pubblica del 12.6.2008, durante la quale, udita la discussione dei patroni delle parti e sulla Relazione del medesimo Relatore, Referendario Avv. Alfonso Graziano la causa veniva introitata per la definitiva decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione "inammissibilità del ricorso per tardività", sollevata dalla difesa della S.M.A.T. S.p.A. già nella comparsa di costituzione del 7.5.2008 e poi riproposta nella memoria del 27.5.2008, là dove la società resistente addebita al Collegio di non aver valutato, in sede deliberativa cautelare, la spiegata eccezione di tardività del ricorso.

Ciò è evidentemente avvenuto a motivo della radicale infondatezza dell'eccezione in discorso.

Al riguardo, la deduzione di rito fonda sull'assunto secondo cui l'esclusione sarebbe stata già nota alla ricorrente siccome contenuta nel verbale dell'asta in data 5.2.2008, alle cui relative statuizioni sarebbe in sostanza diretto il gravame, verbale che è atto pubblico notarile e come tale "la conoscenza dei suoi contenuti vale erga omnes a far data dalla sua redazione" (pag. 2 memoria SMAT del 27.5.2008, identica sul punto alla memoria del 7.5.2008); il che varrebbe a maggior ragione per gli interessati alla partecipazione all'asta pubblica, che avrebbero l'onere – ad avviso della SMAT – di informarsi sulla procedura, tenuta in seduta pubblica.

A tacere del rilievo che la categoria processuale da invocare a fronte della tardività del gravame è l'irricevibilità e non l'inammissibilità, il Collegio opina che l'eccezione spiegata non può trovare accoglimento, perché destituita di fondamenti nel diritto positivo.

Invero, che il verbale notarile di un'asta pubblica, in quanto atto pubblico che riporta operazioni svolte in seduta pubblica generi, in buona sostanza, secondo il ragionamento della società resistente, una sorta di generalizzata legale conoscenza, da valere erga omnes, di quanto in esso contenuto, è affermazione che probabilmente rimonta a desuete e irrealistiche quanto insostenibili concezioni della funzione certificativa che in tal modo si vorrebbe attribuire ai notai e ai loro atti, e che evoca più immaginifiche suggestioni di pubbliche aste tenute dai pubblici banditori, che istituti giuridici ancorati nel diritto positivo.

Nessuno dubita, peraltro, sul punto, dell'efficacia fidefaciente ex art. 2700 c.c. degli atti pubblici notarili, ma ciò, all'evidenza, può predicarsi solo limitatamente alle attività, operazioni, dichiarazioni e atti che il notaio attesta essere in sua presenza avvenute o da lui compiuti e sempre limitatamente alle persone che siano state presenti al momento della redazione del verbale.

Non si può certo attribuire, tuttavia, all'atto pubblico notarile, al di là della sua

funzione certificativa, anche una inimmaginabile e giuridicamente insostenibile funzione notiziale, addirittura, secondo la resistente, da valere erga omnes e a maggior ragione nei confronti degli "interessati alla partecipazione all'asta pubblica", che avrebbero l'onere di informarsi sull'esito della procedura di gara.

Questa tesi non ha riscontri nel diritto positivo, che al contrario contiene precisi obblighi o talora oneri di informazione e di comunicazione in capo alla stazione appaltante (si pensi, solo per fare un esempio, all'obbligo per la s.a. di comunicare l'esito di gara di appalto di servizi, di cui all'art. 23 comma 5, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, riprodotto nel Codice dei contratti) dell'esito della gara.

Il fatto poi che sia previsto che le operazioni di gara si svolgano in seduta pubblica, non determina a carico dei partecipanti un obbligo di intervenire alla seduta, ma solo una facoltà in tal senso, essendo comunque l'Amministrazione tenuta a comunicare l'esito della gara ai partecipanti alla stessa..

In maniera pertinente al caso all'esame, la giurisprudenza ha infatti di recente precisato che "i concorrenti di una gara d'appalto hanno la facoltà, ma non l'obbligo di assistere alle operazioni di sorteggio, ne consegue che l'indicazione nel bando di gara dei giorni previsti per il sorteggio e per l'apertura delle offerte non esclude il dovere dell'amministrazione di comunicare la richiesta dei documenti alle imprese interessate le quali, fino a tale comunicazione, non sono tenute ad assumere iniziative per conoscere l'esito del sorteggio" (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 10 marzo 2005, n. 1707).

Un siffatto dovere di comunicazione va a maggior ragione predicato con riguardo agli esiti della gara negativi per i partecipanti, e in special modo relativamente ai provvedimenti espulsivi, che determinano un arresto procedimentale per il concorrente, mediante l'esclusione dalla gara, arresto che per giurisprudenza costante comporta correlativamente l'onere di immediata impugnazione dell'esclusione, non differibile alla fine della procedura concorsuale.

Più in generale ricorda il Collegio che la giurisprudenza è pure costante nell'affermare che l'amministrazione ha l'obbligo di notificare o comunicare l'atto di aggiudicazione alle imprese non aggiudicatarie partecipanti, le quali, pertanto e pur quando non siano specificamente individuate nell'atto stesso, rientrano nella cerchia dei soggetti cui quest'ultimo va notificato o comunicato ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione (per tutte, Consiglio Stato, Sez. V, 14 aprile 1997, n. 358).

Ne consegue che ove la s.a. ometta di comunicare l'aggiudicazione alle imprese partecipanti alla gara, il termine per l'impugnazione della stessa decorre non dalla pubblicazione del provvedimento agli albi dell'amministrazione, bensì dalla piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione.

In linea generale rammenta ancora il Collegio che la pubblicazione negli albi della stazione appaltante è adempimento che, per giurisprudenza pacifica e nota condivisa dal Tribunale, produce la decorrenza del termine solo per i soggetti non direttamente contemplati nell'atto, il quale deve invece essere comunicato

sia a coloro che sono in esso menzionati, sia a coloro che siano da ritenere, in qualche modo, destinatari dello stesso, tra cui rientrano i partecipanti ad una gara; pertanto, nei confronti di tali soggetti la pubblicazione dell'atto nelle forme di rito non fa decorrere il termine per l'impugnazione, occorrendo a tal fine la notifica o comunicazione individuale ovvero la prova dell'effettiva conoscenza (per tutte, Consiglio di Stato, Sez. V, 9.6.2003, n. 3243; Consiglio di Stato, Sez. V, 11.6.2001, n. 3131; Consiglio di Stato, Sez. V, 24.3.2006, n. 1534)

Identici principi ritiene il Collegio a fortiori doversi predicare relativamente al provvedimento, ancor più lesivo che non un provvedimento di aggiudicazione ad altro concorrente, costituito dalla determinazione di esclusione dalla gara, che è pertanto impugnabile nel termine di sessanta giorni a decorrere dalla sua comunicazione, ovvero, in difetto della stessa, dalla sua piena ed effettiva conoscenza.

Non allega sul punto la SMAT che rappresentanti qualificati della ricorrente sono stati presenti all'atto della seduta di gara nel corso della quale è stata pronunciata la sua esclusione, invocando solo la assunta infondata idoneità lato sensu notiziale dell'atto pubblico notarile, del che si è sopra evidenziata la mancanza di supporto giuridico.

Ne consegue, dunque, che la ricorrente ha avuto conoscenza della sua esclusione dalla gara unicamente al momento della comunicazione individuale effettuata con l'impugnata nota del 14/18.2.2008, discendendone la tempestività del ricorso, che risulta infatti tempestivamente notificato il 14.4.2008.

L'eccezione di inammissibilità (rectius, irricevibilità) per tardività va pertanto disattesa.

2. Né miglior sorte è riservata all'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, pure spiegata in comparsa di costituzione e riproposta nella memoria del 27.5.2008 al n. 2., dove si allega che la nota impugnata non avrebbe contenuto provvedimento, costituendo mera comunicazione di una decisione già assunta in altra sede, conseguendone la non impugnabilità dell'atto e la correlativa carenza di interesse al ricorso.

L'argomento, a parere del Collegio non si presta a positiva considerazione. Valga infatti osservare in contrario che la nota gravata contiene sia il dispositivo di esclusione che la relativa motivazione, recitando: "si comunica che codesta Società non è stata ammessa alla gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera E), per avere commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

E' pertanto patente la natura costitutiva di tipo provvedimentale della nota - ed anche la sua palese portata lesiva - che reca a chiare lettere una determinazione di esclusione, la quale, tra l'altro, non viene affatto riferita, come vorrebbe la difesa della resistente, a precedente decisione; non è infatti precisato nella nota de qua che la determinazione di esclusione rimonderebbe a precedenti e differenti atti, né viene specificamente indicata una siffatta precedente decisione; sicché il contenuto determinativo e lesivo non può non ascriversi alla

stessa impugnata nota che contestualmente reca anche la comunicazione dell'esclusione.

3.1. Può passarsi all'esame del merito del gravame, rispetto al quale il Collegio, dopo ulteriore e approfondita disamina propria della presente fase di giudizio, non può che confermare la valutazione di fondatezza già espressa in sede cautelare e compiutamente motivata con l'Ordinanza n.393 del 8-10/5/2008.

Vanno al riguardo esaminati congiuntamente il primo e il terzo motivo di ricorso, potendosi assorbire il secondo, posto che l'accoglimento dei predetti due motivi avviene per censure sostanziali, risultando quindi più favorevole alla ricorrente.

3.2. Deduce con il primo motivo, prima parte, la ricorrente, eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione e falsa applicazione dell'art. 38, lett. E) del d. lgs. N. 163/2006 perché dal provvedimento impugnato non sarebbe dato conoscere la natura e la gravità delle infrazioni accertate in materia di sicurezza sul lavoro. Lamenta poi nella terza parte del motivo la falsa applicazione della citata norma, che ha ad oggetto solo le gravi infrazioni, definitivamente accertate, alle norme amministrative in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, e non le infrazioni penalmente sanzionate, a cui è dedicata invece la lettera c) del citato art. 38.

Ad avviso del Collegio entrambe le censure colgono nel segno e debbono conseguentemente essere accolte.

3.3. Quanto alla prima, persuade la doglianza di difetto di motivazione circa la natura e gravità dell'infrazione. Il disposto della lett. E) dell'art. 38 è chiaro nel legittimare l'esclusione solo alla accertata sussistenza, a carico dell'impresa partecipante alla gara, di provvedimenti definitivi di contestazione della commissione di gravi infrazioni, debitamente accertate a norme in materia di sicurezza sul lavoro nonché ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro.

E' insito, a parere del Collegio, nel concetto stesso di grave infrazione che la mancanza - che gli organi accertatori e deputati alla sanzione abbiano già in altra sede rilevato - venga poi dalla s.a. quanto meno descritta, sia pur per sommi capi, nella sua precisa natura.

Ma se l'onere descrittivo della natura e specie dell'infrazione deve affermarsi sussistente ma limitato a una enunciazione sintetica, eppure sufficientemente significativa, deve tuttavia ad avviso del Collegio predicarsi gravante sull'amministrazione che intende escludere da una gara d'appalto un'impresa in forza della norma in analisi, un onere motivazionale assistito dai consueti attributi dell'adeguatezza e della congruità in punto al requisito della gravità dell'infrazione, già, peraltro, pure definitivamente accertata, a norme in materia di sicurezza sul lavoro o ad ogni altro obbligo discendente dai rapporti di lavoro.

L'autorità di gara – o anche l'amministrazione che faccia proprio il provvedimento espulsivo – dovrà cioè fornire adeguata illustrazione della gravità dell'infrazione contestata all'impresa, motivando il perché l'addebito ascritto sia da considerare grave in assoluto – cioè con riguardo ad ogni tipologia di appalto - nonché in rapporto alle prestazioni oggetto dell'appalto per cui si tiene la gara.

E' del pari incontestabile che presupposto e precondizione dell'applicazione della causa di esclusione in esame è, preliminarmente, la definitività dell'accertamento dell'infrazione, cosicché l'esclusione non potrà essere comminata qualora la contestazione dell'infrazione sia ancora soggetta a gravame amministrativo o giurisdizionale o siano pendenti i relativi termini.

Non è dato al riguardo evincere nel provvedimento gravato alcun segmento del delineato percorso motivazionale, essendosi la resistente società limitata apoditticamente pronunciata e comunicata l'esclusione della ricorrente “per avere commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”, senza nulla precisare né in ordine alla natura delle infrazioni – contravvenendo in tal modo al suindicato sia pur ridotto onere descrittivo – né in punto alla gravità dell'infrazione stessa, omettendo di assolvere l'onere motivazionale, di più ampio spessore, sopra delineato.

Dal che consegue l'illegittimità dell'esclusione e la fondatezza delle dedotte censure di violazione dell'art. 38, lett. E) del d.lgs. n. 163/2006 e di difetto di motivazione.

3.4. Relativamente alla seconda delle riassunte censure, contenuta nella terza parte del primo motivo, il Collegio reputa di doverne ribadire la fondatezza già espressa in sede cautelare.

Ritiene infatti che la fattispecie contemplata dalla lett. E) della citata disposizione del Codice dei Contratti, su cui è fondata l'impugnata esclusione, ha ad oggetto e contempla quale causa di esclusione solo l'ipotesi in cui il concorrente si sia reso autore di “ gravi infrazioni, debitamente accertate, alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”.

Ora, considerato che l'art. 38 in analisi si compone di numerose lettere, che prevedono e definiscono partitamente ciascuna distinte cause di esclusione, l'operazione esegetica più corretta pare al Collegio quella che riconduce la singola ipotesi di esclusione alla lettera più appropriata, in rapporto al tenore delle singole disposizioni.

Orbene, la lett. C) dell'art. 38 in analisi contempla la causa di esclusione del caso in cui il concorrente sia stato raggiunto da sentenza penale di condanna passata in giudicato, o decreto penale di condanna irrevocabile, o da sentenza a pena patteggiata ex art. 444 c.p.p., il tutto per un reato grave che incida sulla moralità professionale.

Siffatta ipotesi è da tenere a parere del Tribunale, ben distinta da quella di cui alla lettera e) della norma, applicata dalla Commissione di gara, ipotesi che inerisce a “gravi infrazioni definitivamente accertate, alle norme in materia di sicurezza sul lavoro (...)”.

Ritiene il Collegio che la disposizione – al pari dell’abrogato art. 75, lett. E) del D.P.R. 21.12.1999, n. 554 – si riferisce unicamente alle violazioni amministrative in materia di sicurezza sul lavoro o a ogni altro obbligo connesso ai rapporti di lavoro. Tale ermeneusi è suffragata sia dal delineato rilievo che esiste per le violazioni integranti reato (l’apposita lettera C) dianzi riportata, ma, soprattutto dalla valorizzazione del dato letterale e terminologico della disposizione.

Non va infatti trascurato l’argomento esegetico che fa leva sul lessico adoperato dal legislatore: i termini adoperati dalla norma per l’enunciazione della lett. e), come della lettera g), infatti, sono quelli tipici delle violazioni amministrative.

Basti riflettere all’impiego del sostantivo “infrazioni” o della locuzione “definitivamente accertate”. Una violazione penale nei testi di legge non viene mai definita “infrazione”. E la sua irretrattabile ascrizione ad un soggetto non è definibile propriamente in termini di “definitivamente accertata”, venendo, più propriamente la sanzione penale “inflitta” o “irrogata”. Definitività dell’accertamento e infrazioni sono espressioni appartenenti alla terminologia tipica delle violazioni amministrative.

Va precisato, peraltro, che qualora la violazione a norme amministrative antinfortunistiche o poste a protezione del rapporto di lavoro, trasmodi anche in una violazione di carattere penale e venga punita anche con una sanzione penale, la fattispecie sarà all’evidenza sussumibile nella previsione di cui alla lettera c) dell’art. 38 cit., che contempla l’ipotesi della condanna penale per un reato grave che incida sulla moralità professionale.

Nella fattispecie all’esame del Collegio risulta agli atti che la ricorrente subì l’esclusione da una gara indetta dalla Provincia di Cuneo, a cui seguì la segnalazione all’Autorità di Vigilanza e l’annotazione nel Casellario informatico, per aver riportato un decreto penale di condanna al pagamento di una modesta sanzione (€ 1.140) emesso dal GIP di Novara il 20.7.2005 (Doc. 4 produz. ricorrente) per lesioni colpose subite da un dipendente a seguito di infortunio sul lavoro. E tale pregiudizio di polizia fu dichiarato dalla ricorrente in sede di gara (doc. 3 ricorr.).

Questo T.A.R. con l’Ordinanza 560/2006 sospese l’esclusione proprio per omessa motivazione in ordine alla gravità del reato in rapporto alla sua incidenza sulla moralità professionale dell’imprenditore.

Correttamente, a parere del Collegio, la Provincia di Cuneo sussunse la fattispecie concreta in quella normativa che disciplina l’esclusione dalla gara per condanna penale.

È la circostanza che all'epoca della gara per cui oggi è causa l'intervenuto decreto penale risultasse dai dati del Casellario informatico, non legittimava la SMAT a sussumere la vicenda nella fattispecie delineata dalla lett. E) dell'art. 38, che fa invece riferimento a dati "in possesso dell'Osservatorio" e non del Casellario informatico (e ciò, forse, può aver ingenerato l'equivoco) e ad "infrazioni debitamente accertate a norme in materia di sicurezza sul lavoro" e non a condanne penali.

La nuova e diversa stazione appaltante avrebbe quindi dovuto applicare la stessa lettera allora applicata dalla precedente amministrazione, vale a dire la lettera c), che disciplina l'esclusione per condanna penale in autorità di cosa giudicata o per decreto penale irrevocabile di condanna o sentenza a pena patteggiata. Sempre che ne ricorressero le condizioni di cui alla predetta norma.

E' stata invece fatta erronea applicazione della lett. E) dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, che contempla le violazioni amministrative e non quelle penali a norme di prevenzione, mentre l'annotazione de qua inerisce ad una violazione penale. dal che la fondatezza della dedotta censura di violazione e falsa applicazione della citata norma del Codice dei contratti.

4. La seconda parte del primo motivo e il terzo contengono la medesima sostanziale censura, benché con il terzo mezzo la ricorrente formalmente lamenti l'elusione del giudicato per avere la SMAT utilizzato ai fini dell'esclusione, l'annotazione nel Casellario informatico tenuto dall'Autorità di Vigilanza sui LL.PP., nonostante l'intervenuta sospensione – in uno a quella dell'esclusione da precedente gara pronunciata dalla Provincia di Cuneo – di tale iscrizione da parte della Seconda Sezione di questo T.A.R. con l'Ordinanza n. 560/2006 poi confermata con la Sentenza n. 1537/2006.

Deduce quindi la ricorrente che la SMAT non avrebbe potuto utilizzare la predetta annotazione nel Casellario, stata la stessa stata prima sospesa e poi annullata dal Tribunale e per di più risultando siffatti provvedimenti giudiziari dalla loro annotazione, preceduta dalla rubrica "Nota Bene", chiaramente riportata nella visura del Casellario prodotta dalla ricorrente (doc. 5).

La censura è fondata. Può infatti constatarsi dalla citata visura agli atti che la certificazione dell'Autorità di Vigilanza (doc. 5) riporta nel Casellario Informatico sia l'annotazione dell'esclusione a suo tempo registrata, relativa alla commissione di reato concernente infrazione alle norme sulla sicurezza sul lavoro, sia l'Ordinanza n. 560/2006 dalla Sezione II di questo T.A.R. di sospensione dell'esclusione stessa e della relativa annotazione, nonché la successiva Sentenza di accoglimento n. 1537/2006. Ne consegue che la S.A. non doveva, né poteva prendere in considerazione l'annotazione dell'esclusione poiché la stessa era stata annullata dal Tribunale.

Il provvedimento di esclusione odiernamente impugnato è quindi, come già espresso in sede cautelare, affetto dal dedotto vizio di violazione dell'art. 38, lettera e) d.lgs. n. 163/2006 nonché da un intrinseco difetto dei presupposti, a causa della giuridica inesistenza – perché annullata- dell'annotazione in analisi.

Ritiene, peraltro il Collegio di dover precisare che, pur nella reputata fondatezza della censura sostanziale, sul piano formale non può propriamente affermarsi la sussistenza di un vizio di elusione del giudicato, stante la circostanza che il precedente giudicato di cui alla sentenza n. 1537/2007 si è formato nei confronti della Provincia di Cuneo, che sola quindi avrebbe potuto violarlo, mentre l'amministrazione nei cui riguardi tale vizio viene oggi lamentato è un'altra, vale a dire la resistente SMAT S.p.A.

Invero, il vizio di violazione o elusione di giudicato postula identità e coincidenza delle amministrazioni, ossia di quella nei cui confronti si è formata la decisione passata in giudicato e di quella cui viene imputata l'elusione o la violazione del dictum giudiziale.

In definitiva, per tutte le ragioni finora illustrate, il ricorso è fondato e merita di essere accolto, con conseguenziale annullamento dei provvedimenti impugnati.

Non può tuttavia, con l'occasione il Collegio esimersi dal rimarcare la gravità del comportamento della resistente società, la quale, come detto in narrativa, ha sostanzialmente eluso e disatteso il giudicato cautelare, non riammettendo la ricorrente, neanche con riserva, alle tre gare in corso di espletamento, con ciò privandola della chance di poterne conseguire l'aggiudicazione.

Tale contegno appare all'evidenza integrare l'elemento della responsabilità per colpa dell'amministrazione, configurandosi, anzi, come traspare dalla dichiarazione del difensore della stessa di cui al doc. 8 della ricorrente, di natura separata giudizio risarcitorio.

Le spese debbono seguire la totale soccombenza della resistente e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Prima Sezione, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, Annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la S.M.A.T. S.p.A. con sede in Torino, corso XI febbraio, 14, al pagamento in favore della ricorrente, delle spese processuali, liquidate in € 3.500,00, oltre IVA e CNAP di legge.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 12/06/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/09/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO