

Contratti pubblici: l'estinzione del reato per oblazione, pur non intervenendo dopo la condanna, è assimilabile alle altre cause estintive

Autore: Tanda Francesco

In: Appalti pubblici

Ai fini dell'applicazione della deroga di cui all'art. 38 comma 1 lett. c), ultima parte, d.lgs. 163/2006, l'estinzione del reato per oblazione, pur non intervenendo dopo la condanna, è del tutto assimilabile, quanto agli effetti, alle altre cause estintive tipizzate dal legislatore.

Con questa motivazione il Tar Campania, Salerno, sez. I, sentenza 13 gennaio 2016, n. 8 accoglie il ricorso presentato da una società avverso il provvedimento con il quale era stata esclusa dalla partecipazione ad una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, per aver il legale rappresentante della stessa riportato una condanna penale estinta per oblazione.

La vicenda.

Un ente pubblico decide di avviare una procedura negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di bevande e snack, a mezzo di distributori automatici, presso i propri uffici. Allo scopo indice una gara informale invitando gli operatori interessati a presentare richiesta di invito da corredare con autocertificazione attestante il possesso dei requisiti morali e professionali di cui agli artt. 38 e 39 d.lgs. 163/2006.

In sede di valutazione delle richieste di invito, accertato che nei confronti del rappresentante di una società era stato emesso decreto penale di condanna per reati attinenti all'attività d'impresa, l'amministrazione decide di disporre l'esclusione della società dalla gara ritenendo l'intervenuta estinzione del reato per oblazione non equiparabile alle fattispecie estintive espressamente previste dalla legge (ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c, ultima parte d.lgs. 163/2006 l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima). In tal senso, viene ritenuta decisiva la circostanza per la quale l'oblazione non interviene dopo la condanna, come testualmente richiesto dalla norma, ma in un momento antecedente.

A fondamento dell'esclusione viene altresì posta la valutazione come gravi errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale, ex art. 38, comma 1, lett. f), dei medesimi fatti materiali coperti da oblazione.

La società estromessa impugna il provvedimento espulsivo eccependo, tra l'altro, la violazione dell'art. 38 e dell'art. 46 comma 1 bis d.lgs. 163/2006, che codifica il principio generale della tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica. Ulteriori censure vengono mosse per difetto di motivazione del provvedimento in ordine alla asserita gravità degli episodi tenuti presenti ai fini della valutazione dell'affidabilità professionale dell'operatore.

L'oblazione nelle contravvenzioni.

L'oblazione viene definita come una causa di estinzione del reato effettuata mediante il pagamento volontario di una somma di denaro.

Si distingue l'oblazione obbligatoria, disciplinata dall'art 162 c.p., che riguarda le contravvenzioni punite con la sola pena pecuniaria dell'ammenda, tradizionalmente considerata come diritto pubblico soggettivo, dalla cosiddetta oblazione facoltativa (art. 162 bis c.p.), concernente le contravvenzioni punite alternativamente con la pena dell'arresto o dell'ammenda, l'ammissione alla quale è sottoposta alla discrezionale valutazione del giudice in ordine alla gravità del fatto.

Discussa è la natura giuridica dell'istituto. Alla tesi secondo la quale si tratterebbe di una esecuzione volontaria della pena in deroga al principio nulla poena sine iudicio, si contrappone l'orientamento tradizionale che qualifica l'atto di oblazione come negozio giuridico unilaterale che determinerebbe la trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo. Alcuni autori individuano, invece, il tratto saliente dell'istituto nel potere di estinguere il reato, mentre altri pongono l'accento sull'effetto processuale deflattivo, qualificandola come rito alternativo al giudizio.

Dal punto di vista operativo va evidenziato che l'istanza di oblazione può essere presentata prima che il pubblico ministero emetta richiesta di decreto penale di condanna, o in sede di opposizione a quest'ultimo (come avvenuto nel caso di specie), qualora l'avviso della facoltà di avvalersene sia contenuto in tale atto. Nel giudizio ordinario, invece, la richiesta può esser inoltrata fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento.

La decisione del Tar

Il Tar Campania, attraverso un' interpretazione della norma di tipo teleologico - sistematico, dirime la questione statuendo che l'estinzione del reato per oblazione, pur non intervenendo dopo la condanna, deve ritenersi del tutto assimilabile, quanto agli effetti, alle altre cause estintive tipizzate dal legislatore, apparendo la mancata menzione di tale forma estintiva nel testo dell'art 38 del codice degli appalti, piuttosto che come una consapevole scelta, come il frutto di una lacuna che va necessariamente colmata dall'interprete. In tal senso, secondo il collegio giudicante, non è possibile discernere i casi nei quali l'estinzione sia avvenuta dopo la condanna, da quelli in cui, come nella specie, l'oblazione - a seguito di opposizione - abbia estinto il reato ponendo nel nulla il decreto penale di condanna.

Viene dunque svalutato l'aspetto cronologico per porre l'accento sull'effetto sostanziale dell'istituto, che, ai fini in questione, è quello di escludere ogni possibile rilevanza di precedenti penali ormai estinti.

Tale condivisibile approdo ermeneutico, estende alle previsioni derogatorie correlate (come quelle di cui alla disposizione in commento) l'orientamento che, alla luce del canone generale della tipicità e tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, ora espressamente enunciato dall' art 46 comma 1 bis d.lgs. 163/2006, interpreta in maniera restrittiva le disposizioni che le contemplano, in omaggio al principio di massima partecipazione alle gare, che ne costituisce la comune ratio (cfr. Consiglio di Stato, IV sezione, 22 dicembre 2014, n. 6336).

Sotto tale profilo è lecito attendersi che l'interpretazione prospettata dai giudici campani possa avere dei riflessi anche sulla delimitazione dei contenuti della dichiarazione sostitutiva di possesso dei requisiti di moralità (art. 38, comma 2 d.lgs. 163/2006), in relazione alla valutazione della legittimità di specifiche previsioni della lex specialis , che, in ipotesi, ne dilatino l'oggetto fino a ricomprendervi eventuali precedenti penali per i quali sia intervenuta oblazione (arg. Consiglio di Stato, IV sezione, 17 febbraio 2014, n. 736).

L'eventuale rilevanza dei reati estinti per oblazione come gravi errori professionali ex art 38, comma 1 lett f)

La sentenza si sofferma anche sulla connessa questione della rilevanza degli illeciti coperti da oblazione ai fini dell'esclusione dell'operatore per grave errore professionale.

L'art. 38, comma 1 lett. f) d.lgs. 163/2006, prevede l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti dei soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un grave errore nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova.

La norma contempla due distinte ipotesi: quella della grave negligenza ai danni della stessa

amministrazione che indice la procedura, e quella dell'errore grave commesso dall'operatore nell'ambito complessivo della propria attività professionale. Quest'ultimo potrà essere attestato da altre stazioni appaltanti - in relazione ad eventuali risoluzioni contrattuali disposte per inadempimenti dell'imprenditore

-
o emergere da accertamenti giurisdizionali. In ogni caso, il provvedimento di estromissione dovrà essere sorretto da una congrua motivazione in relazione alla possibile influenza dell'errore professionale sull'idoneità dell'operatore ad eseguire correttamente le prestazioni contrattuali.

Con particolare riferimento alla possibilità di porre a fondamento del provvedimento di esclusione gli stessi fatti materiali per i quali sia intervenuta oblazione o altra causa di estinzione, la pronuncia dei giudici salernitani individua alcuni parametri di giudizio che devono orientare le valutazioni in merito della stazione appaltante. In particolare viene sottolineata la necessità che sia tenuta in debita considerazione la vetustà dei reati, la specifica rilevanza degli stessi ai fini previsti dall'art. 38, comma 1 lett. f), nonché le concrete circostanze di maturazione dell'illecito, come ricavabili dall'atto introduttivo del giudizio.

<https://www.diritto.it/contratti-pubblici-l-estinzione-del-reato-per-oblazione-pur-non-intervenendo-dopo-la-condanna-e-assimilabile-alle-altre-cause-estintive/>