

L'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali non ricomprende le condanne per reati estinti

Autore: Laura Facondini

In: Diritto amministrativo

In sede di gara ad evidenza pubblica, l'obbligo di dichiarare le condanne penali non può essere esteso a tal punto da ricomprendere anche i precedenti penali che siano stati espressamente dichiarati estinti.

Il **Tar Molise 25 luglio 2019, n. 259** prevede che l'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali «non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati [...] in ragione dell'effetto privativo che l'abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato.

L'operatore economico non è tenuto a dichiarare l'esistenza di condanne penali per reati estinti

L'operatore economico non è tenuto a dichiarare, in sede di gara, l'esistenza di condanne penali afferenti a reati dichiarati estinti e ciò in quanto **si tratta di condanne che, comunque, la stazione appaltante - per espressa previsione normativa - non potrebbe prendere in considerazione ai fini della comminatoria della esclusione del concorrente dalla gara e /o, come nel caso che ci occupa, della revoca della aggiudicazione, ove già disposta.**

Una omessa dichiarazione in tal senso non potrebbe nemmeno costituire grave illecito professionale (art. 80 comma 5 lett. c) o omissione di informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80 comma 5 lett c ter) né tanto meno dichiarazione non veritiera (art. 80 comma 5 lett. f bis) da parte dell'operatore economico non sussistendo, per le ragioni sopra indicate, alcun obbligo dichiarativo di tale tenore.

L'obbligo dichiarativo, la cui omissione potrebbe porre in dubbio l'affidabilità o l'integrità dell'operatore economico, non può essere esteso a tal punto da ricomprendere anche i precedenti penali che siano stati espressamente dichiarati estinti e ciò in quanto la legge stessa li qualifica come non idonei a giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara; non può non rilevarsi, poi, come, nel caso di specie, la *lex specialis* non abbia previsto alcun obbligo in tal senso. (cfr. Tar Molise 25 luglio 2019, n. 259)

Requisiti del bando di gara

La possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti.

È possibile distinguere due tipologie di requisiti: quelli soggettivi, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

I requisiti soggettivi di moralità si sostanziano nell'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza di sicurezza sul lavoro. **L'art. 80 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'elenco dei reati per i quali, in caso di condanna, l'operatore economico viene escluso. In caso di mancanza di tali requisiti soggettivi l'esclusione dell'operatore è obbligatoria.**

I requisiti oggettivi attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali".

La pronuncia del Consiglio di Stato, 25 febbraio 2016, n. 761

La pronuncia del Consiglio di Stato ha affermato che **l'obbligo del partecipante di dichiarare le condanne penali per "reati gravi" non ricomprende le condanne per reati estinti o depenalizzati**, non già per il fatto che quei fenomeni estintivi siano "ex se" sintomatici della "non gravità" dei reati, quanto piuttosto in ragione dell'effetto privativo che l'abrogatio criminis (ovvero il provvedimento giudiziale dichiarativo della estinzione del reato) opera sul potere della stazione appaltante di apprezzare la incidenza, ai fini partecipativi, delle sentenze di condanna cui si riferiscono quei fatti di reato. La pronuncia si pone in linea con l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato (Cons. Stato sez. VI , 3.9.2013, n. 4392).

Tuttavia, tali pronunce hanno affermato il principio nelle gare bandite nel vigore del D.lgs. n.163 del 2006.

Precedente formulazione art. 38 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163

L'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva che, ai fini degli obblighi dichiarativi dei reati incidenti sulla moralità professionale, precisava che «il concorrente non è tenuto ad indicare nella

dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione» (art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006).

Quadro normativo vigente

Il nuovo codice non riproduce la precedente formulazione.

L'art 80 comma 3 del vigente Codice dei Contratti prevede che "L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; **l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima**".

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/lobbligo-del-partecipante-di-dichiarare-le-condanne-penali-non-ricomprende-le-condanne-per-reati-estinti/>