



DELIBERA N. 1090  
del 16 dicembre 2020

Fasc. UVIF n. 5567/2020

## Oggetto

Richiesta di parere in merito all'applicabilità dell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 all'incarico di Direttore Generale di *omissis* da affidarsi al Direttore Generale di *omissis* ed ex Direttore *ad interim* del Dipartimento *omissis*

## Riferimenti normativi

Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001  
Decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, artt. 16 e 21

## Parole chiave

*Pantouflage* – enti di diritto privato in controllo pubblico – incarico in provenienza presso amministrazione controllante – poteri di direzione e coordinamento – inapplicabilità

## Visto

visto l'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come modificato dall'art. 1, comma 42, della legge 6 novembre 2012, n. 190, a tenore del quale: «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti».

visto l'articolo 1, comma 2, lettera e), della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo il quale l'Autorità: «esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti

amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo»;

visto l'articolo 16, comma 2, del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, secondo cui: «l'Autorità Nazionale Anticorruzione, a seguito di segnalazione della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica o d'ufficio, può sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità»;

tenuto conto dell'articolo 3, comma 1, lettera b), del *Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso*, deliberato dal Consiglio nella seduta 21 novembre 2018 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 295 del 20 dicembre 2018, che stabilisce che «il possono rivolgere all'Autorità richiesta di parere [...] per i pareri previsti all'art. 1, co. 2, lett. e), della legge n. 190 del 2012, le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici nazionali».

vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza sull'imparzialità dei funzionari pubblici (UVIF)

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 16 dicembre 2020,

## Delibera

### Considerato in fatto

È pervenuta a questa Autorità una richiesta di parere del RPCT di *omissis*, dott. *omissis*, in merito all'applicabilità dell'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165/2001, con riferimento al conferimento dell'incarico di Direttore Generale di *omissis*, a seguito di selezione pubblica.

In particolare il suddetto RPCT ha rappresentato che il vincitore della selezione è risultato il dott. *omissis*, Direttore Generale di *omissis* dal *omissis* 2017 e Direttore *ad interim* del Dipartimento *omissis* dal *omissis* 2018 al *omissis* 2020 ed ha inviato documenti ritenuti utili alla valutazione del quesito proposto, manifestando comunque la disponibilità, sua e dell'Amministratore unico di *omissis*, ad essere auditi se ritenuto necessario o opportuno.

### Considerato in diritto

*L'esercizio della funzione consultiva svolta da Anac in materia di c.d. divieto di pantouflage.*

Ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. e), della l. n. 190/2012, l'Autorità *esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni,*



*allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter”.*

In merito alla legittimazione del soggetto richiedente alla sollecitazione dell'esercizio della funzione consultiva da parte di Anac, il *“Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso”*, deliberato dal Consiglio nella seduta 21 novembre 2018 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 295 del 20 dicembre 2018, stabilisce che *“possono rivolgere all'Autorità richiesta di parere[...] per i pareri previsti all'art. 1, co. 2, lett. e), della legge n. 190 del 2012, le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici nazionali”*(art. 3, co. 1, lett. b); con l'ulteriore precisazione che *“in materia di conferimento degli incarichi di cui all'art. 53, co. 16-ter, del d.lgs. 165/2001, anche i soggetti privati destinatari dell'attività delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001 che intendano conferire un incarico”*(art. 3, co. 1, lett. c).

Nella fattispecie in esame il parere è stato richiesto dal RPCT di *omissis*, società in *house providing* di *omissis*, che intende conferire l'incarico in questione al dott. *omissis*, attualmente Direttore Generale di *omissis* ed ex Direttore *ad interim* del Dipartimento *omissis*: sussiste pertanto la legittimazione del soggetto richiedente.

Quanto alla natura dei pareri resi in materia di *pantouflage*, ritiene l'Autorità che essi si configurino come indicazioni frutto dell'esercizio di una funzione autonomamente prevista – quella consultiva – assegnata ad un'autorità indipendente, che la esplica senza condizionamenti derivanti dalla cura di interessi concreti, congiuntamente ai compiti operativi affidati per la regolazione del settore di riferimento.

Sul punto si è recentemente pronunciato anche il giudice amministrativo, il quale ha ritenuto che, al fine di dare una valenza giuridica al parere facoltativo previsto dall'art. 1, comma 2, lett. e), legge 6 novembre 2012, n. 190, è necessario che l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente privato in controllo pubblico che intendano procedere al conferimento in presenza di un parere in senso negativo da parte dell'Autorità motivino l'atto di conferimento tenendo conto delle osservazioni da quest'ultima espresse. Afferma infatti il giudice che *“diversamente opinando, l'inclusione, nella previsione normativa in rassegna, dei pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con riferimento all'applicazione del comma 16-ter dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, tra i poteri esercitabili dall'ANAC, dovrebbe ritenersi priva di utilità”* (TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 6069 del 16 maggio 2019).

*Il c.d. divieto di pantouflage disciplinato dall'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 165/2001.*

L'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 stabilisce che *“I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o*

*conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”.*

Come noto, tale disposizione è stata introdotta nel d.lgs. 165/2001 dall’art. 1, comma 42, della l. 190/2012, con finalità di contenimento del rischio di situazioni di corruzione connesse all’impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

In particolare, come chiarito dal PNA del 2013, «il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente preconstituirsì delle situazioni lavorative vantaggiose e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all’interno dell’amministrazione per ottenere un lavoro per lui attraente presso l’impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. La norma prevede quindi una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto per eliminare la “convenienza” di accordi fraudolenti».

L’ambito soggettivo di applicabilità della norma è riferito a quei dipendenti che, nel corso degli ultimi tre anni di servizio presso la pubblica amministrazione, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto dell’amministrazione stessa.

A tali soggetti è preclusa, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, qualunque ne sia la causa (c.d. periodo di raffreddamento), la possibilità di svolgere attività lavorativa o professionale in favore dei soggetti privati destinatari dell’attività della pubblica amministrazione svolta attraverso l’esercizio dei suddetti poteri autoritativi e negoziali.

La violazione del divieto di cui in narrativa è sanzionata con la nullità del contratto concluso e/o dell’incarico conferito, oltre che con il divieto per il soggetto privato che ha concluso il contratto e/o che ha conferito l’incarico di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni e con il contestuale obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti.

*Sull’applicabilità dell’art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 alla fattispecie in esame.*

#### *A. Natura giuridica dei soggetti coinvolti*

La questione prospettata dal RPCT di *omissis* attiene all’applicabilità dell’art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 all’incarico di Direttore Generale che la stessa intende conferire al dott. *omissis*, attualmente Direttore Generale di *omissis* ed ex Direttore *ad interim* del Dipartimento *omissis*.

Al fine di identificare nella suddetta fattispecie i presupposti di applicabilità della disciplina in esame, occorre innanzitutto identificare la natura e le competenze dei soggetti coinvolti.

*Omissis, omissis*, è una società che si occupa delle seguenti attività: progettazione di *omissis*; progettazione, realizzazione e gestione di *omissis*; gestione operativa, anche indiretta, del servizio di *omissis* secondo gli indirizzi dell’*omissis* e servizi ad esso collegati; gestione unitaria del sistema *omissis* (art. *omissis* Statuto).



Da Statuto è altresì previsto che la società stessa effettui *“oltre l’ottanta per cento del fatturato nello svolgimento dei compiti alla stessa affidati da omissis”*.

In sostanza *omissis* gestisce ogni forma di *omissis* dell'area metropolitana di *omissis*; *omissis* è il primo operatore della *omissis* in Italia e una delle più grandi realtà di gestione del *omissis* in Europa.

*omissis*, oltre a detenere il 100% del capitale sociale di *omissis*, è titolare di incisivi diritti sociali, in quanto all'assemblea dei soci sono attribuiti i rilevanti poteri indicati dall'art. *omissis* dello Statuto, tra i quali, l'autorizzazione, *“ai fini del cosiddetto “controllo analogo” di omissis sulla Società, le decisioni aventi ad oggetto: omissis*. L'Assemblea elegge altresì un Presidente del Consiglio di Amministrazione *“su designazione di omissis”*; il Presidente del Consiglio di Amministrazione o l'Amministratore unico *“garantisce omissis verso il socio unico omissis, anche ai fini di quanto previsto dalla normativa omissis, nonché dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di “controllo analogo” (art. omissis Statuto).*

L'amministrazione ordinaria e straordinaria di *omissis* e, comunque, tutti i poteri non riservati all'assemblea, spettano ad un amministratore unico o a un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri (art. *omissis* Statuto), la cui nomina o revoca spetta a *omissis*.

L'art. *omissis* dello Statuto elenca poi i poteri di esclusiva competenza e, quindi, non delegabili, dell'amministratore unico o del consiglio di amministrazione, tra i quali - significativi alla ricostruzione dei rapporti tra *omissis* e *omissis* - quello di stipula, modifica ed estinzione dei rapporti contrattuali con *omissis* (art. *omissis*), stipula di contratti di investimento e/o finanziamento di qualsiasi specie o genere e/o di contratti o impegni che comportino l'obbligo di pagamento per importi superiori al valore determinato dal consiglio di amministrazione stesso sulla base delle eventuali direttive del socio *omissis (omissis)*, nonché l'eventuale nomina del Direttore Generale (art. *omissis*).

*omissis* ha inoltre il potere di nomina e revoca dei sindaci che compongono il Collegio sindacale (art. *omissis* Statuto).

Ne consegue che *omissis* rientra senz'altro nella definizione di ente di diritto privato in controllo pubblico che si occupa, attraverso un affidamento del tipo *“in house providing”*, della gestione del servizio di *omissis* per conto di *omissis*.

In quanto tale, nei confronti di *omissis* sembrerebbe quindi trovare applicazione l'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, in considerazione dell'estensione operata dall'art. 21 del d.lgs. 39/2013, secondo il quale ai fini dell'applicabilità dei divieti stabiliti dalla disposizione in esame, *“sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo”*.

Infatti come osservato da ultimo anche nel PNA 2019 «Si è inteso così estendere la sfera dei soggetti assimilabili ai dipendenti pubblici, rafforzando la finalità dell'istituto in argomento quale presidio del rischio corruttivo. Il riferimento ai dipendenti pubblici va, pertanto, inteso nel senso di ricomprendere anche i titolari di incarichi indicati all'art. 21 del d.lgs. 39/2013».

Nessun dubbio sull'applicabilità della suddetta disposizione anche a *omissis*, ente di appartenenza del dott. *omissis*.

Nel caso in esame viene, tuttavia, in rilievo il peculiare rapporto intercorrente tra *omissis* ed *omissis*, società quest'ultima il cui capitale sociale è, come abbiamo visto, interamente detenuto da *omissis* e che è soggetta a significativi poteri di controllo da parte di quest'ultima: in buona sostanza il dott. *omissis* passerebbe da un incarico presso l'amministrazione controllante ad un incarico presso l'ente di diritto privato da questa direttamente e totalmente controllata.

Con riferimento a questa fattispecie, l'Autorità si è già pronunciata in passato, ritenendo che «*in simili circostanze non possono configurarsi gli elementi costitutivi della fattispecie dell'art. 53, comma 16 ter, del d.lgs. n.165/2001, in quanto l'attribuzione dell'incarico di destinazione nell'ambito di una società controllata avviene nell'interesse della stessa amministrazione controllante e ciò determina la carenza di uno degli elementi essenziali della fattispecie preclusiva sopra descritta, ovvero il dualismo di interessi pubblici/privati ed il conseguente rischio di strumentalizzazione dei pubblici poteri rispetto a finalità privatistiche*» (delibera Anac n. 766 del 5 settembre 2018, disponibile sul sito web istituzionale).

Ma si vedano anche le pronunce analoghe nel caso di un incarico apicale nell'ambito di una società totalmente controllata dalla Regione *omissis* attribuito ad un dirigente generale in servizio presso l'amministrazione regionale stessa e nel caso di un incarico dirigenziale presso *omissis*, società totalmente detenuta dal Ministero *omissis*, da conferire ad un dirigente apicale del Ministero stesso.

Nel caso del passaggio tra amministrazione controllante ed ente di diritto privato controllato verrebbe quindi a mancare il rischio che il dipendente pubblico, durante lo svolgimento dell'incarico presso la prima, venga distolto dal perseguimento dell'interesse pubblico in vista del futuro incarico presso la seconda, non potendo identificare un interesse di natura privatistica contrapposto a detto interesse pubblico proprio in considerazione del rapporto di controllo tra gli enti che conferiscono gli incarichi in questione.

Il peculiare rapporto che caratterizza le società *in house* rispetto all'amministrazione che le controlla è stato oggetto di specifica analisi del Consiglio di Stato in occasione del parere rilasciato n. 968 del 21.4.2016 sullo schema di decreto legislativo di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, poi divenuto il vigente decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175; detto parere è stato anche citato dal RPCT richiedente nella nota del *omissis* 2020.

Cercando di individuare la natura giuridica di questi soggetti giuridici, il Consiglio di Stato ha dato conto del prevalente orientamento giurisprudenziale in materia, secondo il quale la società *in house* non sarebbe un vero e proprio soggetto giuridico mancando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica (Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; si v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

Il diverso orientamento dottrinale, che sembrerebbe essere confluito nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, riconosce invece alla società *in house* una natura privata in quanto società dotata di una sua autonoma soggettività giuridica, circoscrivendo la portata della ricostruzione della Cassazione unicamente al tema del riparto di giurisdizione.



Ad ogni buon conto, conclude il Consiglio di Stato nel citato parere, *“qualunque sia la prospettazione che si intenda seguire, la società in house conserva, come si dirà oltre, una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato”*.

Ai fini della valutazione dell'applicabilità dell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, la questione dell'autonomia soggettiva che si voglia o meno riconoscere alle società *in house* è tuttavia secondaria a quella dell'identificazione dell'interesse perseguito dalle stesse, che non può essere considerato distinto ed autonomo rispetto a quello perseguito dall'amministrazione controllante che ne detiene il capitale, che ha poteri di nomina della *governance* e che ha significativi poteri di direzione e controllo dell'attività svolta.

Pertanto, rammentando la *ratio* sottesa al divieto imposto dalla suddetta disposizione, nella fattispecie in oggetto, a fronte dell'insussistenza della contrapposizione interesse pubblico/privato nell'attività degli enti interessati e, quindi, del rischio che il primo possa essere strumentalizzato per finalità di natura privata, viene meno uno degli elementi costitutivi della fattispecie vietata, come già concluso dall'Autorità in fattispecie analoghe.

L'insussistenza del requisito in esame rende superflua la trattazione degli ulteriori presupposti di applicabilità dell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, relativi all'esercizio dei poteri autoritativi e/o negoziali e allo svolgimento di *“attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri”*.

Per tutto quanto sopra esposto e considerato si ritiene che, con riferimento all'incarico di Direttore Generale di *omissis* da conferire al dott. *omissis*, attuale Direttore Generale di *omissis* ed ex Direttore *ad interim* del Dipartimento *omissis*, non trovi applicazione il divieto imposto dall'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001.

Tutto ciò considerato e ritenuto

## DELIBERA

di approvare il parere richiesto dal RPCT di *omissis* nei termini di cui sopra e di trasmettere la presente delibera al richiedente e al RPCT di *omissis*.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17.12.2020

*Per il Segretario Maria Esposito*

*Rosetta Greco*

Atto firmato digitalmente