

DELIBERA N. 676

Del 6 ottobre 2021

Fasc. Anac 1830/2021

Oggetto

Ipotesi di inconferibilità dell'incarico di Responsabile di Settore presso il Comune di omissis.

Riferimenti normativi

Art. 4 comma 1 lett. c) d.lgs. n. 39/2013

Parole chiave

Inconferibilità, esercizio di attività professionale stabile e continuativa, incarico dirigenziale esterno, supporto al RUP.

Visto

l'articolo 1, comma 3, della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione e dai piani di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza;

Visto

l'art. 16 del d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39, secondo cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al citato decreto, in tema di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi;

Vista

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

Delibera

Considerato in fatto

È pervenuta a questa Autorità una segnalazione relativa alla presunta sussistenza dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 4 d.lgs. 39/2013 in ordine all'incarico di Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di omissis, affidato ai sensi dell'art. 110 d.lgs. 267/2000 omissis.

In particolare, si è segnalato quanto segue.

Con deliberazione della Giunta comunale n. omissis/2018, si dava mandato al Sindaco del Comune di omissis di procedere all'assunzione del Responsabile dell'Ufficio Tecnico ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 267/2000.

A seguito della valutazione dei curricula da parte della Commissione esaminatrice, con decreto sindacale n. omissis del omissis 2018 fu affidata omissis la Responsabilità dell'Ufficio Tecnico.

Tuttavia, omissis avrebbe ricoperto, anteriormente all'assunzione del suddetto incarico, diversi incarichi professionali a favore dell'ente comunale e precisamente:

- con determinazione n. omissis del omissis 2015 tramite affidamento diretto, il Responsabile del Servizio Settore finanziario del Comune di omissis ha conferito omissis incarico professionale esterno (a convenzione) per l'Ufficio Tecnico Comunale oltre la nomina quale supporto al RUP, incarichi liquidati a fronte prestazione fattura e successivamente rinnovati più volte con ulteriori determinazioni e svolti anche fino al maggio 2018;
- a seguito degli incarichi/affidamenti conferiti omissis, la stessa sin dal giugno 2015 rappresentava il riferimento presso l'Ufficio Tecnico del Comune di omissis;
- la stessa ha sottoscritto, con la dicitura "visto l'Ufficio Tecnico", molteplici determinazioni e si è occupata anche di seguire procedure paesaggistiche ed ambientali;
- la stessa risultava anche come supporto al RUP nell'ambito di attività connesse al Codice dei Contratti per i quali si liquidavano compensi a proprio favore ed espletava i propri incarichi a partire dal giugno 2015 e fino al maggio 2018 nell'unico ufficio comunale dove, nei giorni settimanali prestabiliti, riceveva anche i professionisti.

È stato rilevato inoltre che, sul sito istituzionale del Comune di omissis, sezione Amministrazione Trasparente, non risultavano pubblicati né il curriculum dell'omissis né la dichiarazione ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 39/2013.

Questa Autorità, con nota del 24/05/2021, ha comunicato dunque ai soggetti interessati l'avvio del procedimento di vigilanza avente ad oggetto l'inconferibilità dell'incarico di Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di omissis affidato omissis, in quanto ritenuti in astratto sussistenti i presupposti applicativi dell'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 4 co. 1 lett. c) ai sensi del quale *"A coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono*

regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico, non possono essere conferiti:

c) gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento".

Con nota acquisita il 15/06/2021, l'Avv. omissis, in qualità di legale incaricato da parte del Comune di omissis, in persona del Sindaco, ha presentato una memoria a difesa nella quale si è richiesta l'archiviazione del fascicolo per le ragioni che seguono.

E' stata, innanzitutto, evidenziata la grave criticità di risorse umane in cui versa il Comune di omissis (solo n. 2 dipendenti in servizio a tempo indeterminato, mentre per il ruolo di Segretario comunale si utilizza un professionista "a chiamata").

Al fine di uniformarsi al richiamo di questa Autorità (rif. nota del 16/10/2017 Fasc. omissis, allegata alla nota difensiva) in ordine al rispetto della regola che la nomina di RUP non fosse conferita al Segretario Comunale, il Comune si è dotato di un'unità lavorativa ad hoc, a tempo determinato e parziale, da reclutarsi ai sensi dell'art.110, comma 2, d.lgs. 267/2000. Alla selezione ha partecipato solo omissis, presentando domanda corredata di curriculum vitae nel quale è riportato lo svolgimento, dal 2015 in poi, dell'incarico di supporto al RUP del Comune di omissis. Lo svolgimento di tale incarico è stato positivamente valutato dalla commissione di esame, la quale ha per questo assegnato 9 punti, senza che sia stato sollevato alcun profilo di inconferibilità, ritenuto escluso per le seguenti ragioni:

- il riferimento del legislatore agli incarichi dirigenziali nonché a quelli di funzione dirigenziale indurrebbe ad escludere che la nomina di Responsabile di Servizio Tecnico a tempo determinato (12 ore settimanali) costituisca incarico rilevante ai sensi del d.lgs. 39/2013;
- l'attività di consulenza di supporto al RUP, svolta contemporaneamente al principale svolgimento della libera professione, non sembrerebbe sussumersi nello svolgimento in proprio di attività professionale;
- l'attività professionale non sarebbe caratterizzata da continuità e stabilità in quanto non caratterizzata da espletamento diurno di compiti, ma solo in occasione del disbrigo di pratiche nelle quali il RUP era sguarnito di preparazione specialistica;
- l'interessata, per l'attività di supporto al RUP, è stata remunerata a saldo in virtù di provvedimenti di impegno di spesa pregressi, senza che avesse neppure l'occasione, una volta assunto l'ufficio di Responsabile del Servizio, di influire in alcun modo sui compensi a lei spettanti.

In merito alla mancata pubblicazione delle dichiarazioni ex art. 20 d.lgs. 39/2013, essa sarebbe dovuta, da un lato, per la ritenuta estraneità del caso all'ipotesi di incarico dirigenziale e dall'altro per la evidenziata carenza di risorse umane.

Infine, con note dell'08/09/2021 e del 09/09/2021, l'Autorità ha richiesto al Comune, ai sensi dell'art. 17 del Regolamento di vigilanza quale utile integrazione documentale non reperibile sul sito istituzionale, l'invio di copia dell'atto di conferimento dell'incarico, nonché la specificazione delle mansioni conferite all'interessata con

il conferimento dell'incarico di Responsabile, assegnando all'uopo termine di 15 giorni per l'invio di quanto richiesto e sospendendo parimenti, ai sensi della citata norma regolamentare, il termine del procedimento.

Tale atto è stato acquisito al protocollo generale in data 24/09/2021.

Considerato in diritto

Sussistenza di un'ipotesi di inconferibilità ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 39/2013.

L'assunzione dell'incarico di Responsabile dell'Ufficio Tecnico presso il Comune di omissis da parte dell'omissis potrebbe astrattamente integrare l'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 4 d.lgs. 39/2013 rispetto ai precedenti incarichi dalla stessa svolti a favore dell'Ente.

La ratio sottesa alla disposizione in esame è quella di assicurare che i pubblici funzionari agiscano al solo fine di perseguire e massimizzare l'interesse pubblico dominante senza che taluni interessi privati condizionino illegittimamente l'azione amministrativa.

Tanto premesso, gli elementi costitutivi della prospettata fattispecie di inconferibilità attengono sia all'incarico in provenienza sia a quello in destinazione e sono:

- a) avere svolto, nei due anni precedenti l'assunzione dell'incarico ("periodo di raffreddamento"), in proprio attività professionale, se questa è regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione che conferisce l'incarico;
- b) assumere un incarico dirigenziale esterno nella pubblica amministrazione che sia relativo allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione o finanziamento.

L'accertamento di tale ipotesi di inconferibilità va condotto tenendo conto dell'orientamento Anac n. 99/2014 a tenore del quale: «*Gli artt. 4 e 9 del d.lgs. n. 39/2013 non trovano applicazione alle prestazioni lavorative di tipo occasionale, non avendo le stesse il carattere della continuità e della stabilità dell'attività professionale. (...)».*

- a) Svolgimento di attività professionale regolata, finanziata o retribuita dal Comune che conferisce l'incarico.

Dall'attività istruttoria, confermata anche da quanto riportato nel curriculum dell'interessata, è emerso che omissis, nei due anni antecedenti l'assunzione dell'incarico di Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di omissis, ha ricevuto dal medesimo Comune il conferimento di diversi incarichi esterni e precisamente:

- con determinazione n. omissis/2015, veniva conferito l'incarico di supporto alle attività del RUP dell'Ufficio Tecnico medesimo incarico sino al 30/06/2016, prorogato con determina n. omissis/2016 sino al 31/12/2016;
- con determinazione n. omissis/2016, veniva riconfermato il suddetto incarico alla medesima professionista sino al 30/06/2017;
- con determinazione n. omissis/2017, veniva nuovamente riconfermato l'incarico sino al 30/09/2017, con previsione di presenza presso il Comune di omissis per 18 ore settimanali;

- inoltre, nel cv dell'interessata, la stessa dichiara di avere svolto sino al dicembre 2018 l'incarico di supporto al RUP del Comune.

Si evidenzia, inoltre, che numerose determinazioni dirigenziali del Comune di omissis riportano il visto dell'Ufficio Tecnico a firma dell'omissis.

Sul punto, si ritiene non accoglibile quanto prospettato dal Comune secondo cui l'incarico di supporto al RUP non costituirebbe attività professionale in proprio.

Innanzitutto questa Autorità ha già in passato sostenuto che l'attività di supporto al RUP costituisca attività professionale in proprio (cfr. delibera Anac n. 207 del 13 marzo 2019, pubblicata sul sito istituzionale).

Inoltre, di recente, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito la natura giuridica di tale attività, ritenendo che essa si configuri come appalto di servizi (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 13 febbraio 2020, n. 237), in quanto consistente in un'obbligazione nei confronti del committente al compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro, con organizzazione dei mezzi necessari (di tipo imprenditoriale) e con assunzione in proprio del rischio di esecuzione della prestazione (art. 1655 c.c.).

Per il Tribunale amministrativo ne deriva che *"il confine fra contratto d'opera intellettuale e contratto d'appalto è individuabile sul piano civilistico in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo. L'appalto di servizi, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera, rispetto al quale ha in comune almeno il requisito dell'autonomia rispetto al committente, si differenzia da quest'ultimo in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore"* (Cons. Stato, Sezione V, sent. n. 2730/2012)".

Alla luce di tali considerazioni, tenuto conto anche di quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, che inquadra tale attività nell'ambito del contratto di appalto, si ritiene che l'attività di supporto al RUP, anche se prevista al fine di sopperire ad una carenza di competenze e professionalità all'interno dell'amministrazione, possa essere qualificata quale attività professionale in proprio, richiedendo non solo che il soggetto affidatario sia dotato di specifiche competenze professionali relative al settore di riferimento oggetto dell'incarico, ma anche che appresti una specifica organizzazione, con assunzione del rischio, diretta a soddisfare le esigenze dell'ente.

Dunque nei due anni precedenti il conferimento dell'incarico, l'omissis ha svolto in proprio attività professionale, in qualità di supporto al RUP, retribuita dal medesimo ente locale che, in data 12/06/2018, ha provveduto poi a conferirgli l'incarico dirigenziale esterno relativo al Settore Ufficio Tecnico, ossia il medesimo settore in relazione al quale l'omissis, qualche mese prima, aveva rivestito l'incarico di supporto al RUP.

Si ritiene, infine, sussistente anche il carattere della stabilità e continuità di tale attività, contestato dalla difesa sulla base dell'assunto secondo cui essa sarebbe stata limitata al disbrigo delle pratiche nelle quali il RUP era sguarnito di preparazione specialistica.

Dall'attività istruttoria, confermata anche da quanto riportato sul cv dell'interessata, è emerso infatti che l'omissis, senza soluzione di continuità, sia stata nominata quale supporto al RUP dall'anno 2015 all'anno 2018 e la consistenza, sia in termini di quantità che di qualità, dell'incarico è anche confermata da quanto stabilito

nella determinazione n. omissis/2015, a mente della quale " *Vista la propria precedente determinazione n. omissis del 17/06/2015, esecutiva come per legge, con la quale veniva affidato l'incarico professionale per l'Ufficio Tecnico di supporto al RUP alla omissis fino al 31/12/2015 e veniva approvata la convenzione di incarico; Atteso che si rende assolutamente necessario provvedere ad un estendimento e ad un incremento dell'incarico in quanto l'organico di questo Ente non prevede nella pianta organica una figura professionale che possa svolgere funzioni tecniche e in quanto i servizi tecnici si prevedono nell'anno 2016 in aumento perché sono in corso progetti per la realizzazione di opere pubbliche che necessita di una figura professionale in possesso dei requisiti che possa supportare l'ente nelle complesse procedure di appalto*".

b) Assunzione di un incarico dirigenziale esterno nelle pubbliche amministrazioni relativi allo specifico settore dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento.

Con determinazione n. omissis del 12/06/2018, il Sindaco del Comune di omissis ha conferito all'omissis l'incarico, a tempo determinato e parziale, di Responsabile dell'Ufficio Tecnico ai sensi dell'art. 110, co. 1 d.lgs. 267/2000, cat. D.

Circa la natura giuridica di tale incarico, il legale di fiducia del Comune ha evidenziato la non riconducibilità di tale incarico nella categoria degli incarichi a carattere dirigenziale.

Ai fini della riconducibilità di tale incarico in una delle categorie soggettive del d.lgs. 39/2013, si richiama l'art. 1, comma 2, lett. k) del medesimo decreto, la quale definisce gli incarichi dirigenziali conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni (esterni), facendo riferimento "all'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione".

A tal riguardo, va rilevato che quest'Autorità si è già espressa nella delibera n. 1001 del 21 settembre 2016 e, da ultimo, nella delibera n. 925 del 13 settembre 2017, in cui è stato evidenziato che " *Tutti gli incarichi dirigenziali interni ed esterni mediante i quali sia conferita la responsabilità di un servizio/ufficio, sono soggetti alla disciplina del d.lgs. n. 39/2013*".

Nel caso di specie, dall'atto di conferimento dell'incarico, acquisito ad integrazione documentale, si evince che il Comune, per il conferimento dell'incarico in esame, si è avvalso delle disposizioni contenute nell'art. 50 co. 10 del d.lgs. 267/2000 secondo cui " *Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali*", nonché delle disposizioni in materia di stipulazione di contratti per la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posizioni dirigenziali contenute nell'art. 110 d.lgs. 267/2000, in quanto " *tale scelta consente di avvalersi nell'immediato di figura professionale dirigenziale con provata specifica competenza ed esperienza nelle materie oggetto dell'incarico (...)*".

A riprova della natura dirigenziale dell'incarico il decreto di conferimento richiama gli artt. 107 e 109 del d.lgs. 267/2000 rubricati, rispettivamente, "Funzioni e responsabilità della dirigenza" e "Conferimento di funzioni dirigenziali".

In conclusione, tale incarico appare rientrare nella definizione del richiamato art. 1, comma 2, lett. k) del d.lgs. n. 39/2013, atteso che comporta l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione attribuite al responsabile di quello specifico settore (Ufficio tecnico).

Inoltre, come già sostenuto da questa Autorità nella delibera n. 1007 del 23 ottobre 2019, nel caso del conferimento di un incarico dirigenziale a seguito di procedura concorsuale, *"il d.lgs. 39/2013 non preclude che il soggetto partecipi alla selezione pubblica per un incarico dirigenziale, con conseguente eventuale incardinazione nei ruoli della p.a. che ha espletato il concorso, ma vieta che nel periodo di raffreddamento previsto (...), al dirigente possano essere attribuite le competenze dirigenziali declinate nella definizione di cui all'art. 1, co. 2 lett. j)"*.

Il medesimo principio giuridico, richiamato anche nella più recente delibera Anac n. 445 del 27 maggio 2020, si ritiene applicabile all'ipotesi in esame.

Tutto ciò premesso e considerato, sebbene questa Autorità riconosca la criticità di applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 39/2013 ai piccoli Comuni, allo stato normativo attuale la lettera della norma, per la fattispecie in esame, non prevede limiti di applicazione legati alle dimensioni dell'ente e, pertanto, devono ritenersi integrati i presupposti applicativi dell'art. 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. 39/2013 nel conferimento dell'incarico di Responsabile dell'Ufficio Tecnico presso il Comune di omissis all'omissis.

Nel caso in esame non è risultata agli atti la dichiarazione ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 39/2013, ma poiché vi è inconferibilità dell'incarico gli effetti prescritti dall'art. 20 comma 4, per il caso di mancata sottoscrizione della dichiarazione, risultano assorbiti dall'accertamento della inconferibilità.

Sugli effetti dell'accertamento dell'ipotesi di inconferibilità ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 39/2013.

Nel caso di accertamento di un'ipotesi di inconferibilità trova applicazione quanto disposto dall'art. 17 del d.lgs. 39/2013 ossia che *"Gli atti di conferimento degli incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli"*.

Vi è, dunque, da chiedersi se gli atti/provvedimenti adottati medio tempore dal soggetto in questione siano destinati ad essere anch'essi travolti da una qualche forma di inefficacia/illegittimità/nullità.

Si evidenzia che, sebbene nel nostro ordinamento non abbia ancora trovato adeguata espressione legislativa, da tempo dottrina e giurisprudenza applicano la teoria del c.d. funzionario di fatto, riconoscendo la possibilità che l'attività posta in essere da un soggetto privo di valida legittimazione ad agire per conto della pubblica amministrazione, in ragione della mancanza del titolo o della sussistenza di un vizio che lo inficia, possa essere comunque riferita alla pubblica amministrazione stessa (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3812/2012; ma trattasi di orientamento anche risalente nel tempo: Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 1949 n. 145 e Cons. Stato, A.P., 22 maggio 1993 n. 6, Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 1999, n. 853; oltre che riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale, sentenza n. 37/2015).

Tutto ciò considerato e ritenuto,

Delibera

- l'inconferibilità, ai sensi dell'art.4 co. 1 lett. c) d.lgs. 39/2013, dell'incarico di Responsabile del Settore Tecnico conferito presso il Comune di omissis all'omissis, con conseguente applicazione dell'art. 17 del d.lgs. n. 39/2013 all'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto;
- di rimettere al RPCT dell'ente conferente, in relazione all'art. 18, commi 1 e 2, del d.lgs. 39/2013 e secondo anche quanto chiarito nella delibera ANAC n. 833/2016, la valutazione dell'elemento soggettivo in capo all'organo conferente, tenendo conto delle peculiarità del caso di specie.

Il RPCT competente, in particolare, avrà il compito di:

1. comunicare al soggetto cui è stato conferito l'incarico la causa di inconferibilità e la conseguente nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto e fornire ausilio all'ente nell'adozione dei provvedimenti conseguenti;
2. contestare la causa di inconferibilità ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013.

Per ciò che concerne l'art. 18, si precisa che:

- il procedimento deve essere avviato nei confronti di tutti coloro che, alla data del conferimento dell'incarico, erano componenti dell'organo conferente, ivi inclusi i componenti medio tempore cessati dalla carica;
- il termine di tre mesi di cui all'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 39/2013 decorre dalla data di comunicazione del provvedimento conclusivo del procedimento instaurato dal RPCT nei confronti dei soggetti conferenti;
- i componenti dell'organo non possono per tre mesi conferire tutti gli incarichi di natura amministrativa di loro competenza ricadenti nell'ambito di applicazione del decreto 39/2013, così come definiti dall'art. 1, comma 2;
- la sanzione ex art. 18 non trova applicazione nei confronti dei componenti cessati dalla carica nell'esercizio delle funzioni attinenti ad eventuali nuovi incarichi istituzionali; tuttavia, la stessa tornerà applicabile, per la durata complessiva o residua rispetto al momento della cessazione della carica, qualora i medesimi soggetti dovessero nuovamente entrare a far parte dell'organo che ha conferito l'incarico dichiarato nullo;
- il RPCT è tenuto a comunicare all'ANAC i provvedimenti adottati in esecuzione di quanto sopra.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2021

Il Segretario

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente