

Pubblicato il 04/11/2022

N. 09684/2022REG.PROV.COLL.
N. 07825/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7825 del 2019, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Dettori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Ss. Apostoli 66;

contro

Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, per l'annullamento
- della delibera n. -OMISSIS-, depositata presso la segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2018;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2022 il Cons. Diana Caminiti e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositata da parte dell'avvocato Dettori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 16 settembre 2019 e depositato il successivo 26 settembre l'avv. -OMISSIS-, amministratore delegato -OMISSIS-, ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, con cui era stato dichiarato inammissibile il ricorso da Egli proposto per l'annullamento della delibera n. -OMISSIS-, depositata presso la segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2018, con cui l'Anac ha affermato che *“l'attribuzione di un incarico da parte della società-OMISSIS- all'amministratore delegato -OMISSIS-. – il quale risulta avere esercitato, negli ultimi tre anni di servizio, poteri negoziali nei confronti della medesima società – se conferito nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con -OMISSIS-, configurerebbe un'ipotesi preclusa dalla disposizione di cui all'art. 53, comma 16-ter del D.Lgs. 165/2001”* e i relativi atti presupposti e consequenziali.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1 L'avv. -OMISSIS- dal 2014 ricopre l'incarico di Amministratore delegato di -OMISSIS-, società *in house* costituita ed interamente partecipata dal Ministero della Difesa con la finalità di esercitare ogni attività strumentale, connessa o accessoria ai compiti istituzionali dell'amministrazione della Difesa e non direttamente correlate all'attività operativa delle Forze armate, compresa l'Arma dei Carabinieri.

2.2. In data 26 aprile 2018 l'Amministratore delegato di-OMISSIS- rappresentava al Ministro della Difesa la necessità di poter disporre di una figura professionale alla quale attribuire la responsabilità dell'area degli affari istituzionali della Società, che avesse maturato una prolungata esperienza nell'area relativa alla difesa e sicurezza, fosse dotata di particolare attitudine nella gestione delle relazioni con attori istituzionali e che avesse anche operato nell'interesse della pubblica amministrazione. Il Ministro, sulla base dell'istruttoria compiuta dall'Ufficio di Gabinetto, individuava tale professionalità nell'avv. -OMISSIS-; quindi comunicava direttamente al Presidente dell'ANAC, *“per dovuta ed opportuna informativa... ai fini di un opportuno nulla osta al riguardo”*, la propria intenzione di proporre a-OMISSIS- il nominativo dell'avv. -OMISSIS-, pur non ravvisando il Ministro il ricorrere della fattispecie di inconferibilità prevista dall'art. 53, comma 16 ter, del D.Lgs. 165/2001, in combinato disposto con l'art. 21 del D.Lgs. 39/2013. Di tale comunicazione veniva informata-OMISSIS-

2.3. Al fine di rendere il parere richiesto, con nota 1 giugno 2018, l'ANAC chiedeva al Ministero della Difesa di fornire informazioni in merito ai seguenti profili della vicenda: (i) i rapporti di qualsiasi natura intercorsi tra -OMISSIS- e-OMISSIS- dal gennaio 2015; (ii) l'eventuale esercizio nel periodo di riferimento di poteri autoritativi o negoziali da parte dell'avv. -OMISSIS- per conto -OMISSIS-. e nei confronti di-OMISSIS-; (iii) il ruolo svolto da -OMISSIS- nell'ambito della stipula delle convenzioni tra -OMISSIS-., citate nella relazione della Corte di conti sulla gestione finanziaria -OMISSIS-. per l'esercizio 2015, adottata con determinazione n. -OMISSIS-del 21 dicembre 2017.

2.4. Il Ministero rispondeva rappresentando che i rapporti intercorsi tra -OMISSIS- e-OMISSIS- dal 2015 si sostanziavano in sei contratti di natura attiva, di cui tre accedevano alle convenzioni menzionate nella determinazione della Corte dei conti n. -OMISSIS-del 21 dicembre 2017, due contratti riguardavano attività di sponsorizzazione da parte di-OMISSIS- per eventi di

interesse dell'Esercito italiano nel 2016 e nel 2017, anch'essi accessivi ad apposita convenzione, e l'altro era in attuazione di convenzione di analogo contenuto, relativo alla fornitura da parte dell'Ufficio Tecnico Territoriale Armamenti Terrestri (U.T.T.A.T.) di Nettuno della gestione economica di attività di altissima specializzazione in favore di-OMISSIS-, anche in questo caso senza previa procedura di selezione del contraente.

Veniva, comunque, escluso che l'avv. -OMISSIS--OMISSIS- avesse esercitato poteri autoritativi nei confronti di-OMISSIS-.

2.5. Nonostante le considerazioni del Ministero, l'ANAC adottava la deliberazione n. -OMISSIS- con cui affermava che *“l'attribuzione di un incarico da parte della società-OMISSIS- all'amministratore delegato -OMISSIS-. – il quale risulta avere esercitato, negli ultimi tre anni di servizio, poteri negoziali nei confronti della medesima società – se conferito nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con -OMISSIS-, configurerebbe un'ipotesi preclusa dalla disposizione di cui all'art. 53, comma 16 ter del D.Lgs. 165/2001”*.

3. Il suddetto atto veniva pertanto gravato in *prime cure* innanzi al Tar Lazio dall'Avv. -OMISSIS- che lo censurava per i seguenti motivi:

I) Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53, comma 16 ter, D.Lgs. 165/2001, in combinato disposto con l'art. 21 D.Lgs. 39/2013. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. 241/1990. Carezza e/o difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per carezza dei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità, difetto di motivazione, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento. Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 4, 35 e 97 Cost..

Il ricorrente sosteneva al riguardo che difettassero i presupposti normativi di inconferibilità dell'incarico da rinvenirsi: (i) nella sussistenza di un rapporto tra un soggetto pubblico ed un soggetto privato; (ii) nell'esercizio da parte di un dipendente del primo di poteri autoritativi o negoziali nei confronti del secondo.

Infatti, nella prospettazione attorea, anche-OMISSIS- sarebbe una società sostanzialmente pubblica, poiché partecipata al 30% dal MEF e poiché svolgente attività rilevanti nel campo della difesa; l'avv. -OMISSIS- non avrebbe inoltre svolto poteri autoritativi o negoziali (essendo stata la sua attività in proposito limitata a sei contratti tra -OMISSIS- e-OMISSIS-, di cui 4 attivi e dal contenuto predefinito o controllato e 2 di sponsorizzazione).

II) In subordine, l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 16 ter, D.Lgs. 165/2001 per violazione degli artt. 2, 3, 4, 35, 97 Cost. in quanto ove interpretata nel senso inteso dall'ANAC, la norma in rassegna si porrebbe in contrasto con il diritto all'identità personale ed all'esplicazione della personalità del lavoratore e violerebbe gli artt. 4, comma 1, 35, comma 1, Cost., secondo cui la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro, promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto e tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

3.1. L'ANAC si costituiva in giudizio per resistere al gravame, contestando partitamente ogni singolo profilo di doglianza e chiedendo la reiezione del ricorso per infondatezza.

3.2. Il Tar del Lazio, all'esito dell'udienza di discussione del 27 marzo 2019, con ordinanza n. 4293 del 2 aprile 2019, rilevava d'ufficio possibili profili di inammissibilità del ricorso, sia per la incerta natura provvedimentoale dell'impugnato parere, con conseguente assenza di autonoma lesività dello stesso, sia per la posizione giuridica del ricorrente, il quale vanterebbe, nel caso di specie, una mera aspettativa di fatto a ricoprire un incarico presso la società-OMISSIS-, assegnando alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., il termine di 30 giorni per presentare memorie vertenti su quest'unica questione, trattenendo, all'esito della presentazione di dette memorie, la causa in decisione.

4. E' dunque intervenuta la sentenza appellata che ha confermato entrambi i profili di inammissibilità del ricorso evidenziati con la cennata ordinanza ex art. 73 comma 2 c.p.a.

4.1. Quanto al primo profilo il Tar ha evidenziato che l'atto oggetto di impugnativa sarebbe un parere facoltativo reso dall'ANAC in materia di conferimento degli incarichi di cui all'art. 53, comma 16 ter D.Lgs. 165/2001, secondo la previsione di cui all'art. 1, comma 2, lett. e) L. 190/2012, per cui detto parere può essere richiesto anche dai soggetti privati destinatari dell'attività delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. 165/2001, che intendano conferire un incarico, così come previsto dall'art. 3, comma 1, lett. c) del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'ANAC, approvato in data 21 novembre 2018.

In particolare nella sentenza di *prime cure* si è precisato che l'art. 16, comma 1, D.Lgs. 39/2013 individua nell'ANAC l'Autorità competente a vigilare “*sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi*”; nella medesima sentenza si sono inoltre riportati i principi declinati nella sentenza di questa Sezione n. 126 dell'11 gennaio 2018 affermando che:

- “*Il potere di vigilanza assegnato ad ANAC non è dunque quello della relazione tra soggetto pubblico vigilante ed ente vigilato. Il che esclude possano ammettersi forme non nominate e non espressamente attribuite di ingerenza dell'Autorità nell'attività di altre pubbliche amministrazioni, sia pure in caso di inerzia o elusive di norme a tutela di interessi pubblici*”;

- “*Ne segue che all'ANAC spetta, in base agli artt. 15 e ss. D.Lgs. 8 aprile 2013, n. 39, un potere di vigilanza sul rispetto delle regole da parte delle amministrazioni pubbliche, enti pubblici ed enti privati soggetti a controllo pubblico, eventualmente anche con accertamento della violazione delle stesse; ma cui può accedere solo una non impositiva sollecitazione ad attivarsi del Responsabile per la prevenzione della corruzione, organo interno ai soggetti suddetti, cui spetta, invece, nella propria responsabilità di contestare all'interessato la situazione di inconferibilità e incandidabilità con conseguente adozione delle sanzioni dell'art. 18, comma 1, D.Lgs. 8 aprile 2013, n. 39: potere in cui è compreso quello di dichiarare la nullità dell'incarico*”;

- *“Nell’attività di vigilanza descritta non rientra il potere di rivolgere ordini agli organi interni delle pubbliche amministrazioni in caso di inerzia o di elusione delle norme rivolte alla prevenzione dei fenomeni corruttivi”.*

Ha inoltre affermato che accanto al delineato potere di vigilanza, l’art. 1, comma 2, lett. e), della L. 6 novembre 2012, n. 190, attribuisce all’ANAC anche il potere di esprimere *“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”.*

Nel ritenere che l’atto oggetto di impugnativa integrasse un mero parere facoltativo, ha evidenziato pertanto come l’effetto lesivo per il soggetto interessato possa concretizzarsi soltanto con l’adozione di un provvedimento (non intervenuto) dell’Amministrazione, nel quale sia trasfusa la volontà di non conferire l’incarico, adeguandosi al parere contrario dell’ANAC; da ciò la non lesività dell’impugnato parere, potendo l’Amministrazione, viceversa, conferire l’incarico, nonostante il parere contrario, motivando esplicitamente sul punto, come desumibile dall’art. 16, comma 2, D.lgs. 39/2013.

Pertanto, mancando nell’ipotesi di specie un provvedimento del Ministero della difesa, successivo all’impugnato parere dell’ANAC, che concluda il procedimento avviato con la richiesta di-OMISSIS- del 26 aprile 2018, verrebbe in rilievo, ad avviso del giudice di *prime cure*, un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo, privo di valore provvedimentoale e dunque non autonomamente impugnabile.

Inoltre la sentenza appellata ha confermato anche il secondo profilo di inammissibilità discendente dalla qualificazione della posizione del ricorrente quale mera aspettativa di fatto, in considerazione del rilievo che la vicenda per cui è causa traeva origine dalla richiesta del 26 aprile 2018 con cui l’amministratore delegato di-OMISSIS- rappresentava al Ministro della Difesa *pro tempore* la necessità di poter disporre di una figura professionale alla quale

attribuire la responsabilità dell'area degli affari istituzionali della Società; pertanto per effetto di tale richiesta e della successiva individuazione del suo nominativo, il ricorrente non poteva aver maturato alcun interesse qualificato, atteso che tratta(va)si di interlocuzione fra due soggetti, ai quali egli era rimasto del tutto estraneo, potendo al più dolersi della mancata segnalazione di un nominativo soltanto-OMISSIS-, soggetto richiedente. Si è al riguardo osservato come al momento della richiesta del parere all'ANAC, il ricorrente non era né destinatario di una proposta contrattuale, in ipotesi poi rimasta frustrata dal parere negativo dell'ANAC, né era stato egli stesso a rivolgere al Ministero, suo datore di lavoro, l'istanza di passare a-OMISSIS- per ricoprire il suddetto incarico, essendo egli, viceversa, soltanto un soggetto terzo individuato quale possibile ed eventuale destinatario di un incarico, nell'ambito di una interlocuzione bilaterale fra enti.

5. L'avv. -OMISSIS- ha gravato la sentenza *de qua*, deducendo l'erroneità della stessa in relazione ai capi in cui aveva riscontrato l'inammissibilità del ricorso, articolando i seguenti tre motivi di appello e riproponendo i motivi di merito non esaminati in primo grado.

I) Error in iudicando. Sulla natura provvedimentoale dell'impugnato parere e sulla sussistenza di autonoma lesività dello stesso.

II) Error in iudicando. Sulla posizione del ricorrente e sulla sussistenza di un interesse di autonoma lesività dello stesso.

III) Sull'illegittimità della delibera dell'ANAC n. -OMISSIS-.

L'appellante, in relazione al primo motivo di appello, nel dedurre che la norma che disegna ruolo e funzioni dell'ANAC in materia di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi è l'art. 16 del D.Lgs. 39/2013, afferma che l'Autorità, nella Delibera ANAC n. 833 del 3 agosto 2016, "*Linee guida in materia di accertamento delle inconfiribilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'A.N.A.C. in caso di incarichi inconfiribili e incompatibili*" ha precisato che il potere di vigilanza previsto dal richiamato art.

16 si esprime in due distinte fattispecie: (i) l'accertamento nell'ambito dell'intervento sospensivo dell'Autorità nei procedimenti di conferimento (art. 16, comma 2); (ii) l'accertamento di singole fattispecie di inconferibilità e incompatibilità (art. 16, comma 1) (pp. 9-10 della Delibera ANAC 833/2016). Ciò posto, l'ANAC avrebbe qualificato il potere esercitato nella vicenda *de qua agitur* quale potere di accertamento ex art. 16, comma 1, D.Lgs. 39/2013, in esito al quale sarebbe stato adottato un "*provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici e come tale impugnabile davanti al giudice amministrativo*", che intercetta fattispecie indicate come di "*incompatibilità successiva*".

Secondo l'appellante la sentenza di *prime cure* sarebbe errata laddove, nel richiamare la sentenza di questa Sezione V, n. 126 dell'11.01.2018, aveva ritenuto che dal potere di vigilanza dell'ANAC si ricaverebbe "*solo una non impositiva sollecitazione ad attivarsi del Responsabile per la prevenzione della corruzione*", non rientrando in tale attività di vigilanza "*il potere di rivolgere ordini alle pubbliche amministrazioni*", non avendo considerato che, secondo il richiamato arresto di questa Sezione, il potere di ANAC previsto dall'art. 16, comma 1, D.Lgs. 39/2013, non configura "*una mera ricognizione di situazioni in fatto e in diritto, ma un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile innanzi al giudice amministrativo), tanto che ne possono derivare iniziative conseguenti*"; (ii) la valutazione in questione "*non si esaurisce in un opinamento, ma è produttiva di conseguenze giuridiche, perciò ha carattere provvedimentoale*".

Parimenti errata, sarebbe, secondo l'appellante, la pronuncia di *prime cure*, nella parte in cui avrebbe tratto il carattere non provvedimentoale dell'atto impugnato dalla configurazione dello stesso quale parere non vincolante, ex 1 art. comma 2, lett. e), della L. 190/2012, atteso che anche i pareri possono rilevarsi immediatamente lesivi laddove, come nella specie, determinino un arresto procedimentale.

Ciò senza mancare di considerare che allorquando l'ANAC in sede di parere preventivo esprima la propria contrarietà all'operazione prospettata dall'amministrazione, a fronte del mancato adeguamento da parte di

quest'ultima a quanto indicato nel parere, l'Autorità potrà esercitare i poteri di intervento che le sono attribuiti *ex lege*.

Con il secondo motivo parte appellante critica la sentenza laddove aveva ritenuto l'assenza di una posizione di interesse legittimo per venire in rilievo una mera interlocuzione tra-OMISSIS-. ed il Ministero della Difesa, cui il ricorrente sarebbe rimasto estraneo, sulla base del rilievo che in ogni caso, a prescindere dal valore probatorio da assegnarsi alla proposta contrattuale della -OMISSIS- del 04.12.2017, che prevedeva l'attribuzione al ricorrente *in prime cure* ed odierno appellante del ruolo di Responsabile Rapporti Istituzionali Italia, all'esito dell'interlocuzione sarebbe sorta una concreta aspirazione a ricoprire una determinata posizione condizionata dall'esercizio del potere amministrativo.

5.1. Nel merito l'appellante ha poi insistito nell'accoglimento dei motivi di ricorso formulati in primo grado e non esaminati, stante la pronuncia in rito.

6. Si è costituita ANAC in resistenza all'odierno appello.

7. In vista della trattazione del merito dell'appello le parti hanno depositato articolate memorie difensive; in particolare ANAC ha insistito per la conferma della sentenza di *prime cure* e comunque per il rigetto nel merito del ricorso di primo grado.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 16 giugno 2022.

DIRITTO

9. I primi due motivi di appello, volti a censurare la sentenza di *prime cure* laddove ha , sotto due distinti profili, evidenziato l'inammissibilità del ricorso avverso l'impugnata delibera ANAC sono fondati.

10. Quanto al primo profilo di doglianza occorre evidenziare che l'ANAC, come evincibile dal contenuto del provvedimento impugnato, ha inteso emanare non un parere non vincolante, ma nell'esercizio del suo potere di vigilanza, un atto da qualificarsi quale accertamento costitutivo di una situazione di inconferibilità dell'incarico ex art. 16 comma 1 del D.Lgs. 39/2013,

in grado comunque di determinare la sospensione del conferimento dell'incarico. Pertanto non corretto appare il richiamo operato alla sentenza di questa Sezione n. 126 dell'11 gennaio 2018 che ha escluso il diverso e consequenziale potere di ordine, ma non ha affatto negato che l'ANAC possa emettere atti di accertamento costitutivo dotati di carattere provvedimentale ed impugnabili innanzi al G.A..

10.1. La correttezza della prospettazione di parte appellante emerge infatti *expressis verbis* dal tenore della richiamata sentenza di questa Sezione in cui si è affermato che l'atto adottato dall'ANAC *intra vires*, ex art. 16 comma 1 Dlgs. 39/2013, è dotato di portata lesiva ed è pertanto immediatamente impugnabile (*“Non appare infatti trattarsi di una mera ricognizione di situazioni in fatto e in diritto, ma di un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile in giustizia amministrativa): tanto che ne possono derivare iniziative conseguenti.*

Nonostante il nomen iuris, il potere di accertamento attribuito all'ANAC dall'art. 16, comma 1, ha connotazioni particolari. Si tratta di un'espressione di una valutazione circa il procedimento di conferimento dell'incarico in corso o già concluso. L'ANAC “accerta”, nel senso che valuta la conformità a legge del conferimento ad un certo soggetto di un dato incarico dirigenziale o di vertice della pubblica amministrazione o degli altri soggetti per i quali la disciplina trova applicazione. Questa valutazione non si esaurisce in un opinamento, ma è produttiva di conseguenze giuridiche, perciò ha carattere provvedimentale. L'art. 17 d.lgs. 8 aprile 2016, n. 39 prevede poi: «Gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli». Nel caso di incarico già conferito, l'ANAC, ove ritenga violata la legge, accerta la nullità dell'atto di suo conferimento.

Qualora, invece – ma non è il caso della vicenda in esame – il procedimento di conferimento dell'incarico non sia concluso, e sempre che la segnalazione giunga dalla Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica o d'ufficio, l'art.16, comma 2, attribuisce ad ANAC anche il potere di sospensione del procedimento di conferimento

dell'incarico (cui si affianca l'obbligo di segnalazione del caso alla Corte dei conti per l'accertamento delle responsabilità amministrative)).

Pertanto la circostanza che la giurisprudenza di questa Sezione abbia escluso che i poteri di intervento successivi di ANAC possano integrare poteri d'ordine, non elimina il fatto che nelle singole fattispecie applicative essi assumano una portata sostanzialmente costitutiva di un assetto di interessi destinato a divenire definitivo, o comunque una portata interruttiva dell'avviato iter procedimentale.

La natura lesiva dell'atto impugnato in *prime cure* a volerlo qualificare quale parere – peraltro di carattere vincolante avuto riguardo alla possibilità di successivo intervento dell'Autorità per la sospensione dell'iter di conferimento o alla possibilità di declaratoria di nullità dell'incarico - troverebbe peraltro ulteriore conferma nella giurisprudenza di questo Consiglio (sent. sez. IV 28/03/2012 n. 1829) secondo cui l'immediata impugnabilità dei pareri vincolanti – cui deve assimilarsi, a prescindere dalla ravvisata qualificazione di accertamento costitutivo, quello di specie per gli effetti connessi - è ravvisabile nel caso in cui l'amministrazione procedente:

“a) non avanzi oltre nel procedimento amministrativo, non provvedendo sull'istanza di parte, alla luce di un parere vincolante contrario. In questo caso, si verificherebbe di fatto un arresto procedimentale, tale da rendere impugnabile – non diversamente da quanto accade per qualunque atto che determina un arresto procedimentale – il parere vincolante. Ma ciò dipende non già dalla inevitabile conformità del provvedimento (una volta che fosse emanato) al parere vincolante reso, bensì dal fatto concreto di arresto procedimentale;

b) comunichi all'interessato il parere vincolante contrario reso dall'organo consultivo. In questo caso, l'amministrazione procedente e dotata di potere provvedimentale (salvo diversa prova in concreto) manifesta la volontà di “fare proprio” il parere, e quindi l'atto di (apparente) mera comunicazione del parere stesso costituisce concreta espressione di potere provvedimentale da parte dell'organo che ne è titolare. In questa seconda ipotesi, dunque, solo apparentemente oggetto dell'impugnazione è il parere, poiché, in sostanza, oggetto di impugnazione è l'atto di comunicazione (recte: provvedimento amministrativo)”.

11. Parimenti fondato è il secondo motivo di appello riferito al capo della sentenza che ha ritenuto che il ricorrente fosse privo di legittimazione ad agire, in quanto non titolare di interesse legittimo ma di una mera aspettativa di fatto, per essere estraneo all'iter procedimentale avviato sulla richiesta presentata dalla-OMISSIS-. al Ministero della Difesa.

E' infatti indubbio che, sebbene l'iniziativa per il conferimento dell'incarico da parte di-OMISSIS-. provenisse dalla medesima società, una volta individuato il suo nominativo da parte del Ministero della Difesa, egli non fosse titolare di una mera aspettativa di fatto al conferimento dell'incarico, ma di una posizione differenziata e qualificata al perfezionamento dell'iter – comprensivo del richiesto parere ANAC - che poi avrebbe portato al suddetto conferimento e, pertanto, aspirasse all'ottenimento di un bene della vita oggetto di potere amministrativo. Da ciò la piena titolarità dell'interesse legittimo escluso dal giudice di *prime cure*.

12. La riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso di primo grado comporta, di conseguenza, l'esame dei motivi di impugnazione dell'atto amministrativo proposti in *prime cure* e riproposti nel presente grado di giudizio, per il tramite del terzo motivo di appello.

13. Il motivo va rigettato, essendo destituite di fondamento le censure articolate nel ricorso di primo grado.

14. Infatti la delibera ANAC oggetto di impugnativa deve ritenersi legittima, atteso che nella fattispecie *de qua* ricorrono i presupposti di inconferibilità previsti dall'art. 53, comma 16 ter del D.Lgs. 165/2001, in combinato disposto con l'art. 21 del D.Lgs. 39/2013 – a mente del quale “*Ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, 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. Tali*

divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico” - ovvero il divieto di c.d. pantouflage (o di c.d. revolving doors).

14.1. Infatti l'art. 53, comma 16 ter, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l), della L. 6 novembre 2012, n. 190, recita: *"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"*.

La finalità della disposizione è quella del contenimento del rischio di situazioni di corruzione (*latu sensu* intesa, e quindi, più in generale di c.d. *maladministration*): in particolare, il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente precostituirsi 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 – e a maggior ragione in costanza di rapporto - per eliminare la "convenienza" di accordi fraudolenti.

Appare evidente come la disposizione in esame abbia una diretta derivazione dal principio costituzionale di imparzialità dell'Amministrazione e dal principio che impone ai pubblici impiegati di essere *"al servizio esclusivo della Nazione"* (cfr. artt. 97 e 98 Cost.), nonché del disposto di cui all'art. 54 Cost. secondo cui *"I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle, con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge"*

(come peraltro evincibile dal connesso disposto dell'art. 22 comma 1 Dlgs. 29/93 secondo cui *“le disposizioni del presente decreto recano norme di attuazione degli articoli 54 e 97 della Costituzione e prevalgono sulle diverse disposizioni di legge regionale, in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e presso gli enti privati in controllo pubblico”*).

14.2. Il divieto in questione può pertanto dirsi applicabile a fronte: (i) della sussistenza di un rapporto tra un soggetto pubblico ed un soggetto privato; (ii) dell'esercizio da parte di un dipendente del primo di poteri autoritativi o negoziali nei confronti del secondo.

14.3. Nella fattispecie *de qua* ricorrono entrambi i presupposti, essendo l'incarico di amministratore delegato di -OMISSIS- ricoperto da parte appellante riconducibile alla definizione di *“incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico”* di cui all'art. 1, comma 2, lett. l), del D.Lgs. 39/2013; da ciò la collocazione del medesimo incarico nell'ambito di applicazione del D.Lgs. 39/2013 e, di conseguenza, della norma interdittiva di cui all'art. 53, comma 16 ter, del D.Lgs. 165/2001, avuto riguardo all'avvenuto esercizio da parte dell'avv. -OMISSIS- di poteri negoziali nei confronti di -OMISSIS-, da considerarsi per contro quale società privata (quotata in borsa), sebbene partecipata per il trenta per cento dal MEF.

14.4. A tal riguardo, deve evidenziarsi come -OMISSIS- è soggetta alla disciplina in tema di inconfiribilità, nonostante trattasi di società quotata in borsa; ed invero la normativa di cui all'art. 22 comma 3, del D.Lgs. 39/2013 esclude l'applicabilità degli articoli 9 e 12 del medesimo decreto in materia di incompatibilità *“agli incarichi presso le società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e agli incarichi presso le loro controllate”*, nulla statuendo per contro in merito all'inconfiribilità di cui al comma 16 ter dell'art. 53 D.Lgs. 165/2001, da ritenersi pertanto applicabile anche alle società quotate.

14.5. Non vi è pertanto, al contrario di quanto prospettato da parte appellante, omogeneità tra le due società, in quanto -OMISSIS- è una società *in house* ovvero una società a totale capitale pubblico, il cui unico socio è il

Ministero della difesa, e pertanto è il suo braccio operativo; mentre -OMISSIS-. è una società quotata, partecipata per circa il 30% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e per il resto da investitori istituzionali e privati, sebbene sottoposta ad un controllo pubblico.

15. In merito all'esercizio di poteri autoritativi o negoziali, per conto -OMISSIS-. nei confronti della società-OMISSIS-, l'appellante deduce che i contratti dallo stesso stipulati sono stati conclusi in attuazione di apposite convenzioni intercorse tra Difesa Servizi e l'articolazione del Ministero di volta in volta titolare della prestazione dei servizi, onde escluderne qualunque profilo discrezionale.

Le convenzioni, cui tali contratti accedono, sottoposte all'autorizzazione sia preventiva che successiva del Ministro della Difesa, non sarebbero pertanto, nella prospettazione attorea, libere nel contenuto e nella determinazione delle prestazioni, poiché soggette alla disciplina dettata, innanzitutto, dall'articolo 535 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, che ha costituito la società -OMISSIS-, e poi da un'apposita direttiva dello Stato Maggiore della Difesa, che stabilisce, in capo alle articolazioni della Difesa, un obbligo di stipula delle suddette convenzioni, per ogni gestione economica di asset di valore superiore ai 100.000 euro.

I contratti stipulati con-OMISSIS-, inoltre, secondo quanto dedotto da parte appellante, sono contratti attivi, nell'ambito dei quali è stata la Società a chiedere di avvalersi delle prestazioni specialistiche dell'Aeronautica militare o della Direzione degli armamenti aeronautici. Questo eliderebbe qualsiasi margine di discrezionalità in capo alla governance di Difesa Servizi, che non avrebbe potuto scegliere, come contraenti, soggetti diversi dalla-OMISSIS-.

Inoltre, per i tre contratti che accedono alle convenzioni stipulate tra l'Aeronautica Militare, l'amministratore delegato di Difesa Servizi, in ragione dell'importo degli stessi, era stato autorizzato alla stipula, nel primo caso, dall'Assemblea della Società e, negli altri due, dal Consiglio di amministrazione. Pertanto, l'amministratore delegato della società -OMISSIS-,

al di là del *nomen* della funzione rivestita, era sprovvisto del potere di incidere sulla decisione relativa alla stipulazione o meno de contratti menzionati, il cui contenuto era predefinito, sia nell'individuazione del contraente, sia nella determinazione dell'oggetto, sia nella fissazione del corrispettivo.

15.1. Gli assunti di parte appellante, sebbene suggestivi, non appaiono condivisibili, dovendo condividersi al riguardo la diversa prospettazione dell'ANAC. Il fatto che quattro contratti su sei siano stati stipulati in attuazione di preventive convenzioni tra Difesa Servizi e le articolazioni del Ministero, può, infatti, ricondursi alla ragione istitutiva di Difesa Servizi-soggetto cui tutte le Divisioni ministeriali danno delega al fine di contrattare per loro conto, che risiede nell'affidare ad un soggetto specializzato la valorizzazione e la gestione economica del patrimonio materiale ed immateriale del Ministero (tra cui i servizi di alta specializzazione che è in grado di fornire).

L'attività negoziale appare, quindi, la specificità di questo soggetto e la circostanza che la stipula dei contratti avvenga in ossequio a preventive convenzioni con le divisioni ministeriali appare semmai rafforzare la natura pubblicistica del contraente "Difesa Servizi", i cui organi di vertice, ai sensi dell'art. 21 d.lgs. n.39/2013, vanno pertanto ricondotti nell'ambito di applicazione dell'art.53, comma 16 ter del d.lgs. n. 165/2001.

Neppure il fatto che si tratti di contratti attivi può elidere i margini di discrezionalità in capo alla società intermediatrice ed in particolare al suo amministratore delegato.

Vero è, infatti, che, nella determinazione dei corrispettivi contrattuali, si fa riferimento al sistema di contabilità economica delle pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. n.279/1997 (*"Individuazione delle unità previsionali di base del bilancio dello Stato, riordino del sistema di tesoreria unica e ristrutturazione del rendiconto generale dello Stato"*), ma tali criteri costituiscono dei parametri di riferimento al fine della *"valorizzazione economica"* dei servizi oggetto del

contratto, il cui corrispettivo sembra dunque fissato con margini di discrezionalità.

Ulteriori profili discrezionali si rinvencono nelle clausole di rinnovo alla scadenza del termine contrattuale (“...*le parti di comune accordo si riservano di promuovere il rinnovo del presente contratto, qualora lo stesso sia sempre rispondente ai rispettivi interessi...*”).

In merito, poi, ai due contratti di sponsorizzazione, occorre evidenziare che i suddetti contratti sono stati aggiudicati a-OMISSIS- a seguito di apposti bandi pubblici, indirizzati ad una platea di soggetti privati potenzialmente interessati.

15.2. Si deve, pertanto, concludere che l'appellante, nella sua qualità di amministratore delegato -OMISSIS-, abbia, negli ultimi tre anni di servizio, esercitato poteri negoziali nei confronti della società-OMISSIS-; pertanto, l'attribuzione di un incarico da parte della medesima società, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro con -OMISSIS- configurerebbe un'ipotesi preclusa dalla disposizione di cui all'art. 53, comma 16 ter del d.lgs. 165/2001, da ritenersi a maggior ragione applicabile allorquando non vi sia alcuna soluzione di continuità tra l'incarico svolto per conto del soggetto pubblico e l'incarico da conferire da parte del soggetto privato.

16. La presunta illegittimità costituzionale della normativa di riferimento, dedotta in via subordinata in prime cure, risulta, invece, manifestamente infondata, avuto riguardo al rilievo che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi di rango costituzionale in una logica schiettamente comparativa, la norma sospettata di incostituzionalità mira a salvaguardare il buon andamento e l'imparzialità della P.A. declinato dall'art. 97 Cost, nonché ad assicurare il rispetto del principio che impone ai pubblici impiegati di essere "*al servizio esclusivo della Nazione*" (cfr. artt. 98 Cost.) e di adempiere alle funzioni pubbliche con disciplina ed onore (art. 54 Cost.), come innanzi osservato.

16.1. E invero, detta normativa si basa su due rilevanti ragioni: da una parte, prevedere una soglia temporale (cd. periodo di raffreddamento) che consenta di contemperare le esigenze di imparzialità del servizio con l'interesse dei soggetti di intrattenere rapporti di impiego e professionali; dall'altra parte, prevedere una soglia temporale adeguata a ritenere non più idonea l'eventuale posizione di interesse creatasi nel periodo di svolgimento delle funzioni pubbliche a recare pregiudizio all'imparzialità della PA.

16.2. Il perseguimento del valore primario dell'imparzialità amministrativa, ex art. 97 Cost., destituisce, pertanto, di fondamento la prospettata violazione dell'art. 3 Cost., in quanto tale norma, pur richiedendo di trattare in modo eguale le situazioni uguali, impone, allo stesso modo e in ossequio al canone di ragionevolezza, di trattare in modo diverso le fattispecie diverse.

17. Per le ragioni innanzi esposte pertanto il ricorso di *prime cure* va rigettato.

18. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni avuto riguardo all'accoglimento dei motivi di appello in rito e alla complessità della vicenda per compensare le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

- a) lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, riforma la sentenza impugnata, relativamente alla dichiarata inammissibilità del ricorso di primo grado;
- b) rigetta il ricorso di primo grado;
- c) compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità di parte ricorrente.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.