



DELIBERA N.
del 16 giugno 2021

Fasc. UVIF n. 572/2021

Oggetto

Segnalazione relativa a presunta situazione di inconferibilità ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013 dell'amministratore unico di *omissis* S.p.A.

Riferimenti normativi

Decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, art. 7, co. 2, lett. d)

Parole chiave

Inconferibilità – enti di diritto privato in controllo pubblico – incarico in provenienza presso ente di diritto privato in controllo pubblico – incarico di amministratore unico – applicabilità

Visto

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 1, del decreto legislativo 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 Vigilanza sull'imparzialità dei funzionari pubblici (UVIF)

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 16 giugno 2021,

Delibera

Considerato in fatto

Sono pervenute a questa Autorità alcune segnalazioni relative ad una presunta situazione di inconferibilità ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. d), del d.lgs. 39/2013 dell'Amministratore Unico di *omissis* S.p.A. (di seguito *omissis* S.p.A.), dott. *omissis*, nominato con delibera dell'assemblea del *omissis*, in quanto già Amministratore Unico di *omissis* S.p.A. (di seguito *omissis* S.p.A.) dal *omissis*.

In particolare è stato rappresentato che entrambe le società in questione sono:

- a totale partecipazione pubblica;
- detenute pressoché integralmente dal Comune di *omissis* (*omissis* S.p.A. per il 99% del capitale sociale e *omissis* S.p.A. per il 96,63%);
- affidatarie *in house* di servizi pubblici locali in favore dei Comuni soci.

Inoltre, ai fini della configurabilità della fattispecie di inconferibilità in questione, è stato precisato che l'incarico di amministratore unico presso le suddette società rientrerebbe nella nozione di "incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico" di cui all'art. 1, co. 2, lett. l), d.lgs. 39/2013, in quanto a detta carica, secondo quanto previsto nei rispettivi Statuti, sono attribuiti "tutti i poteri nessuno escluso".

Oggetto di segnalazione sono state altresì le ulteriori cariche rivestite dal dott. *omissis*, quella attuale di Vice Presidente Vicario di *omissis* e quella ricoperta dal *omissis* a *omissis* di Commissario straordinario di nomina prefettizia del Comune di *omissis*.

Infine sono stati sollevati anche profili di illegittimità della procedura di nomina del dott. *omissis* con riferimento alle prerogative della Sindaca di *omissis* ai sensi dell'art. 50 TUEL.

L'Autorità comunicava quindi ai soggetti interessati l'avvio di un procedimento di vigilanza in merito alla presunta situazione di inconferibilità ex art. 7, co. 2, lett. d) d.lgs. 39/2013 dell'Amministratore Unico di *omissis* S.p.A., in conseguenza del contestuale incarico di Amministratore Unico di *omissis* S.p.A.

Il dott. *omissis* e il Sindaco del Comune di *omissis*, per il tramite dei loro legali, formulavano istanza di accesso agli atti presenti nel fascicolo in oggetto e istanza di audizione, da fissarsi dopo il 22.3.2021, data fissata per lo svolgimento dell'assemblea di *omissis* S.p.A. nella quale si sarebbe trattata la nomina del nuovo organo amministrativo della società stessa.

Analogha istanza di audizione veniva formulata anche dal RPCT di *omissis* S.p.A., dott. *omissis*, e dal RPCT di *omissis* S.p.A., dott. *omissis*.

Con successive note pervenivano le memorie difensive dei legali del dott. *omissis* e del Sindaco del Comune di *omissis*, degli RPCT di *omissis* S.p.A. e di *omissis* S.p.A.

omissis



Con ulteriore nota i legali del dott. *omissis* e del Sindaco del Comune di *omissis* trasmettevano il verbale dell'Assemblea di *omissis* S.p.A. tenutasi in data 22.3.2021, all'esito della quale è stato nominato il nuovo organo amministrativo della società.

Infine, in data 19 maggio 2021, si svolgeva, in modalità telematica, l'audizione, alla quale partecipavano il dott. *omissis*, la Sindaca *omissis*, e il loro legale Avv. *omissis* nonché gli RPCT di *omissis* S.p.A. e di *omissis* S.p.A., dott. *omissis* e dott. *omissis*.

Considerato in diritto

Innanzitutto occorre precisare come non rientri nell'ambito di competenza di questa Autorità la vigilanza sulla corretta applicazione delle disposizioni del d.lgs. 267/2000, con specifico riferimento all'esercizio dei poteri del sindaco ai sensi dell'art. 50 del decreto stesso.

Ne consegue che la legittimità della procedura all'esito della quale è stato destituito il precedente CdA di *omissis* S.p.A. ed è stato conferito l'incarico di amministratore unico al dott. *omissis* non può essere oggetto di valutazione nell'ambito del presente procedimento.

Quanto alla legittimità del conferimento del suddetto incarico rispetto alle ulteriori cariche rivestite dal dott. *omissis* si rileva quanto segue.

Applicabilità dell'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 7, comma 2, lett. d), d.lgs. 39/2013 alla fattispecie in esame.

La disposizione astrattamente applicabile alla fattispecie in esame è quella contenuta nell'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013, il quale prevede espressamente che: *"A coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico, ovvero a coloro che nell'anno precedente abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico, nonché a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione, non possono essere conferiti:*

- a) [...];
- b) [...];
- c) [...];
- d) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione".

Occorre pertanto procedere all'esame degli incarichi in destinazione e in provenienza al fine di verificare la sussistenza della fattispecie di inconfiribilità in esame.

A. Incarico in destinazione.

L'istruttoria svolta ha confermato l'incarico di amministratore unico di *omissis* S.p.A. conferito in data *omissis* al dott. *omissis*.

omissis S.p.A. – *omissis* S.p.A. – è una società per azioni a totale capitale pubblico, “*omissis al modello in house providing omissis*” (art. *omissis* Statuto).

L'art. *omissis* dello Statuto individua l'oggetto sociale della suddetta società nell'attività “*omissis*”.

Sono soci di *omissis* S.p.A., il Comune di *omissis*, che detiene la pressoché totale proprietà del capitale sociale (99%), ed altri 13 Comuni della Regione *omissis* (*omissis*).

Si tratta quindi di un ente di diritto privato in controllo pubblico che si occupa, attraverso un affidamento del tipo “*in house providing*”, della gestione ed erogazione in modalità integrata dei servizi di *omissis*, di *omissis*.

Il controllo pubblico esercitato su di essa è senz'altro riconducibile alla previsione dell'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013, in quanto spetta ai Comuni soci, tra i quali il Comune di *omissis*, comune con una popolazione di circa 38.300 abitanti, il quale detiene una quota del capitale sociale di *omissis* S.p.A. di valore pari ad € *omissis* su un capitale complessivo di valore pari ad € *omissis*.

La *governance* di *omissis* S.p.A. è infatti costituita da un Amministratore Unico, che esercita le proprie funzioni “*omissis*” (art. *omissis*, co. *omissis*, Statuto).

Quanto all'incarico di amministratore, l'art. 1, co. 2, lett. l), d.lgs. 39/2013, stabilisce che “*per «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», [devono intendersi] gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico*”.

Nel caso specifico, l'art. *omissis*, co. *omissis*, dello Statuto di *omissis* S.p.A. indica i poteri del Consiglio di Amministrazione o dell'Amministratore Unico, stabilendo che “*omissis*”.

La lettura degli artt. *omissis* e *omissis* dello Statuto, dedicati ai poteri dell'assemblea ordinaria e dell'assemblea straordinaria, consente di escludere che all'assemblea di *omissis* S.p.A. siano attribuiti poteri di indirizzo e gestori.

Pertanto è possibile ritenere che i poteri richiesti dall'art. 1, co. 2, lett. l), d.lgs. 39/2013 al fine di identificare un incarico di amministratore di ente privato in controllo pubblico rilevante ai fini della fattispecie di inconfiribilità in questione siano di competenza dell'organo amministrativo; nel caso specifico, l'amministratore unico.

Ne consegue che, essendo *omissis* S.p.A. quasi integralmente detenuta dal Comune di *omissis*, Comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti, e comunque integralmente controllata da più Comuni che complessivamente hanno una popolazione superiore a detta soglia, la carica di amministratore unico della stessa rientra nella previsione di cui all'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013.

B. Incarico in provenienza.



Oltre alla carica di amministratore di *omissis* S.p.A., il dott. *omissis* risulta rivestire anche la medesima carica presso *omissis* S.p.A., società a capitale interamente pubblico partecipata esclusivamente da enti locali, per conto dei quali si occupa della gestione dei servizi pubblici locali, essenzialmente *omissis*.

Ai sensi dell'art. *omissis*, co. *omissis* e *omissis*, dello Statuto di *omissis* S.p.A., "3. *omissis*. 4. *omissis*".

Anche nel caso di *omissis* S.p.A., la società è tenuta ad "*omissis*" (art. *omissis*, co. *omissis*, Statuto).

Siamo quindi di fronte ad un ente di diritto privato in controllo pubblico e, più nello specifico, in controllo da parte dei Comuni soci: il Comune di *omissis*, che detiene la quota del capitale sociale pari al valore di € *omissis* su un capitale complessivo di valore pari ad € *omissis*, oltre ai Comuni di *omissis* e di *omissis*, ai quali sono attribuite le restanti quote del capitale sociale.

Anche in questo caso, la forma di amministrazione della società è costituita da un amministratore unico, il quale, ai sensi dell'art. *omissis*, co. *omissis*, dello Statuto, "*omissis*".

Pertanto i poteri di indirizzo dell'attività della Società sono attribuiti dall'amministratore unico, il cui incarico, a far data dal *omissis*, è stato conferito al dott. *omissis*.

Ne consegue che detto incarico risulta rilevante, quale c.d. incarico in provenienza, ai fini della configurabilità della fattispecie di inconferibilità di cui all'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013.

A riguardo occorre tuttavia evidenziare che, come recentemente osservato nella delibera n. 207 del 3 marzo 2021 con riferimento ad una fattispecie di inconferibilità *ex art.* 7 d.lgs. 39/2013 (delibera che sarà esaminata più avanti in relazione ai rapporti tra la disposizione stessa e la previsione di cui all'art. 11, co. 11, d.lgs. 175/2016), questa Autorità, con atto di segnalazione a Governo e Parlamento n. 4 del 10 giugno 2015 - segnalazione cui il legislatore non ha dato seguito *in parte qua* -, ha già manifestato le proprie perplessità in ordine alla previsione, tra gli incarichi in provenienza previsti dall'art. 7 d.lgs. 39/2013, dell'incarico di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, in quanto "*il provenire da cariche in enti pubblici o in enti di diritto privato in controllo pubblico, anche se la nomina è stata fatta da organi politici, non può essere considerato come una condizione che, di per sé, pregiudica l'imparzialità nell'esercizio dell'incarico amministrativo. I nominati non sono necessariamente parte della "politica" e quindi non sono sospettabili di apportare una visione parziale nell'esercizio dell'incarico*".

Il suddetto atto di segnalazione, tuttavia, non è stato sinora recepito, restando ad oggi immutata la disposizione normativa *de qua*.

Quanto agli altri incarichi oggetto di segnalazione, quello attuale di Vice Presidente Vicario di *omissis* e quello di Commissario straordinario di nomina prefettizia del Comune di *omissis*, svolto da *omissis* a maggio *omissis*, non sembrano rilevanti.

Il primo, in quanto *omissis* è un'associazione di diritto privato a livello regionale dei soggetti pubblici gestori dei servizi pubblici locali nella Regione che, senza fini di lucro, svolge attività di natura sindacale a tutela degli interessi dei propri associati (tra i quali anche *omissis* S.p.A. e i Comuni di *omissis*, *omissis* e *omissis*) in ambito regionale. Tale tipologia di ente esula dall'ambito di applicazione del d.lgs. 39/2013.

Allo stesso modo, anche l'incarico di Commissario straordinario di ente locale di nomina prefettizia non rileva ai fini della configurabilità delle fattispecie di inconferibilità di cui all'art. 7, d.lgs. 39/2013. Ciò in quanto, pur sostituendo un organo politico, l'incarico di commissario straordinario nominato ai sensi degli artt. 141 e ss. TUEL, per le modalità di nomina e la natura non politica dei poteri ad esso attribuiti, non può essere assimilato all'incarico politico che va a sostituire, con ciò venendo meno il passaggio tra carica politica e incarico amministrativo sotteso alle ipotesi di inconferibilità in questione.

Con riferimento a detto incarico non può inoltre venire in rilievo la violazione dell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, atteso il rapporto di controllo sussistente tra il Comune di *omissis*, ente locale presso il quale il dott. *omissis* ha svolto l'incarico di Commissario straordinario, e *omissis* S.p.A. (cfr. delibera Anac n. 1090 del 16 dicembre 2020).

Esulano altresì dall'ambito di applicazione del d.lgs. 39/2013 anche tutte le cariche di sindaco e/o revisore dichiarate dal dott. *omissis*, nonché le cariche di curatore fallimentare di società a capitale privato e di presidente del CdA di *omissis* S.r.l. – società il cui capitale sociale è interamente detenuto dalla sopra indicata *omissis* – emerse nel corso dell'istruttoria.

Considerazione difensive svolte dai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Verificata la sussistenza dei presupposti di applicabilità della fattispecie di inconferibilità prevista dall'art. 7, comma 2, lett. d), d.lgs. 39/2013, in relazione all'incarico di amministratore unico di *omissis* S.p.a. conferito all'amministratore unico di *omissis* S.p.A., occorre passare in rassegna le considerazioni difensive svolte dai soggetti destinatari della comunicazione di avvio nell'ambito del procedimento in oggetto.

Tutti i soggetti in questione hanno sottolineato la situazione emergenziale che si è creata a seguito della decisione di revocare il precedente CdA di *omissis* S.p.A. che ha preceduto, nel corso dell'assemblea del *omissis*, la nomina dell'amministratore unico dott. *omissis*, in attesa dell'espletamento della procedura di nomina del nuovo organo amministrativo che sarebbe stata avviata in data *omissis*.

La scelta del soggetto al quale affidare l'incarico di amministrazione di *omissis* S.p.A. sarebbe inoltre stata motivata dall'esperienza manageriale posseduta dal dott. *omissis* e dalla specifica conoscenza del Comune di *omissis* e del funzionamento delle società da questo partecipate in considerazione dell'incarico di Commissario Prefettizio svolto fino all'insediamento dell'attuale Sindaco.

Proprio in considerazione dell'assoluta straordinarietà della nomina, sarebbe stato deliberato un compenso simbolico per lo svolgimento dell'incarico di amministratore unico di *omissis* S.p.A., al quale il dott. *omissis* ha successivamente rinunciato, informando contestualmente l'assemblea dei due pareri legali acquisiti, sulla base dei quali proprio la temporaneità dell'incarico e la delicatezza del servizio pubblico svolto da *omissis* S.p.A. avrebbero consentito di derogare alla previsione di cui all'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013.

Nel caso di specie quindi, connotato da un conferimento di incarico temporaneo, necessitato, strettamente strumentale, gratuito ed ampiamente partecipato, non potrebbe configurarsi la fattispecie di inconferibilità in questione.

È stato inoltre evidenziato come la causa di inconferibilità in questione, caratterizzata dalla *ratio* di "prevenzione di ogni rischio di corruzione evitando che gli incarichi siano conferiti non sulla base di criteri di merito e



professionalità, bensì sulla base di "crediti" acquisiti dal professionista nel corso della sua precedente attività, politica o manageriale", "non possa sorgere in tutte le ipotesi in cui non solo il rischio di corruzione o di sviamento nell'attribuzione dell'incarico sia oggettivamente insussistente, ma anche quando il conferimento dell'incarico è strettamente strumentale a fare fronte ad una situazione di emergenza che potrebbe, potenzialmente, mettere a rischio l'erogazione di servizi pubblici essenziali".

Pur condividendo la *ratio*, come sopra individuata, sottesa alla fattispecie di inconferibilità in esame, la conclusione a cui giunge la difesa del dott. *omissis* e del Sindaco del Comune di *omissis* non appare corretta, dal momento che l'art. 7 d.lgs. 39/2013 non consente di attribuire rilievo, al fine di escludere la ricorrenza della inconferibilità, ad una verifica circa la sussistenza in concreto del rischio che la disposizione stessa intende evitare e alla ricorrenza di una situazione emergenziale che, in mancanza dell'affidamento dell'incarico inconferibile, potrebbe provocare la sospensione dell'erogazione di servizi pubblici essenziali.

Le fattispecie di inconferibilità previste dal d.lgs. 39/2013 sono infatti situazioni in cui il legislatore ha già compiuto in astratto la valutazione del rischio corruttivo rispetto a specifiche tipologie di incarichi, che, a fronte della ricorrenza degli elementi indicati dalle singole disposizioni, rendono l'incarico inconferibile, senza la possibilità di valutare in sede applicativa se, con riferimento al soggetto al quale viene affidato l'incarico stesso, è possibile ritenere escluso il rischio corruttivo per le ragioni evidenziate nelle memorie difensive.

In buona sostanza la situazione di inconferibilità è da ritenersi verificata a fronte della sussistenza di tutte le condizioni previste dalle disposizioni in questione; nel caso in esame: le caratteristiche dell'incarico in provenienza e di quello in destinazione, in relazione alla tipologia di incarico e al soggetto presso il quale detto incarico è svolto, oltre al periodo temporale in cui gli incarichi stessi sono svolti.

Le ragioni espresse nelle memorie difensive non possono quindi trovare altro spazio di apprezzamento se non nella valutazione dell'elemento psicologico che ha caratterizzato il conferimento dell'incarico inconferibile, ai fini dell'applicazione della sanzione prevista per l'organo conferente, come più avanti meglio si dirà.

Sul piano più strettamente normativo di nessun pregio appaiono le considerazioni svolte in relazione all'applicabilità della causa di inconferibilità in questione unicamente nel caso di incarichi in provenienza già cessati e non qualora detti incarichi siano ancora in corso di svolgimento, come nel caso in esame.

Siffatta ricostruzione, si legge nelle memorie difensive, sarebbe l'unica possibile tenendo conto del dato letterale dell'art. 7 d.lgs. 39/2013, dal quale non ci si potrebbe discostare in quanto norma limitativa della capacità lavorativa non suscettibile di operazioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o estensivo.

L'Autorità ha tuttavia sempre ritenuto che tutte le situazioni di inconferibilità previste dal d.lgs. 39/2013 conseguenti agli incarichi svolti in precedenza nel periodo di tempo ritenuto rilevante dal legislatore trovassero applicazione anche nel caso in cui l'incarico in provenienza non fosse cessato al momento dell'affidamento dell'incarico in destinazione, dando applicazione, costante e mai messa in dubbio, all'orientamento n. 11 dell'8 aprile 2015 contestato nelle difese svolte.

Anche la disposizione contenuta nell'art. 11, co. 11, d.lgs. 175/2016, richiamata a sostegno della tesi difensiva quale normativa sopravvenuta resa necessaria proprio dalla proposta lettura dell'art. 7, d.lgs. 39/2013, non sembrerebbe rilevare in questo senso.

In buona sostanza, sostengono i legali, il divieto di doppio incarico previsto dall'art. 11, co. 11, d.lgs. 175/2016 (divieto di conferimento di incarichi di amministrazione o di gestione nella società controllata ad amministratori della società controllante) non avrebbe dovuto essere ribadito se fosse stato già immanente nell'ordinamento in virtù dell'art. 7 d.lgs. 39/2013.

Recentemente l'Autorità, con la già indicata delibera n. 207 del 3 marzo 2021, ha avuto modo di tornare sulla questione del rapporto tra l'art. 7, co. 2, lett. d) d.lgs. 39/2013 e l'art. 11, co. 11, d.lgs. 175/2016, chiarendo che si tratta di due norme speciali che rispondono ad una medesima *ratio*, quella di evitare incarichi di amministratore duplici, la seconda delle quali prevede altresì un'eccezione nel caso in cui il duplice incarico risponda «ad esigenze funzionali alle società stesse, ossia *“...all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante, di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento”*».

In questo senso le due disposizioni in esame troverebbero la loro collocazione e il loro distinto spazio di applicazione, in virtù del quale le ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 7, co. 1, lett. d) e co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013 non sussistono qualora colui che sia stato presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico assuma l'incarico di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, nelle ipotesi previste dall'art. 11, co. 11, d.lgs. 175/2016, e cioè qualora tra le due società sussista un rapporto di controllo e siano attribuite agli stessi deleghe gestionali di carattere continuativo ovvero che la nomina favorisca l'attività di direzione e coordinamento o consenta di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della controllante.

Ora, è chiaro che nella fattispecie in esame, in cui tra le due società in questione, *omissis* S.p.A. e *omissis* S.p.A., non sussiste il rapporto di controllo dell'una sull'altra; rapporto che costituisce uno dei presupposti di applicabilità dell'eccezione al divieto dei duplici incarichi di amministrazione, indipendentemente dal fatto che tali incarichi siano svolti con una soluzione di continuità temporale inferiore ai due anni oppure contestualmente.

Ne consegue che nessuna delle motivazioni richiamate per sostenere l'ammissibilità del conferimento dell'incarico in questione (temporaneità, necessità, strumentalità, gratuità, condivisione) risulta rilevante al fine di escludere l'applicabilità della fattispecie di inconferibilità in questione.

All'accertamento della sussistenza, nel caso in esame, di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di inconferibilità di cui all'art. 7, co. 2, lett. d), d.lgs. 39/2013, consegue ai sensi del successivo art. 17, la nullità dell'atto di conferimento e del relativo contratto.

Responsabilità dell'organo conferente ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 39/2013

Con riferimento alla valutazione delle conseguenze sanzionatorie da applicare, ai sensi dell'art. 18 d.lgs. 39/2013, nei confronti dei componenti degli organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli, occorre tener conto dell'elemento psicologico sotteso al conferimento di tali incarichi, innanzitutto nel senso dell'effettiva conoscenza della causa di inconferibilità stessa.

Tale valutazione, come chiarito anche dalla giurisprudenza amministrativa (si veda in proposito la sentenza del TAR Lazio n. 6593/2016) e ribadito nella delibera Anac n. 833 del 3 agosto 2016 contenente le linee guida



in materia di accertamento delle inconferibilità e della incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione – disponibile sul sito istituzionale –, spetta esclusivamente al RPCT.

La suddetta valutazione dovrà essere compiuta dal RPCT con riferimento a tutti gli incarichi in questione, tenendo conto anche del contenuto delle dichiarazioni di inconferibilità *ex art. 20 d.lgs. 39/2013* rilasciate dal dott. *omissis*, così come pubblicate sul sito istituzionale di *omissis S.p.A.*

Dagli elementi emersi nel corso dell'istruttoria svolta si evince inequivocabilmente come tutti i soggetti coinvolti nel processo decisionale in questione fossero a conoscenza dell'incarico di amministratore unico di *omissis S.p.A.* svolto dal dott. *omissis*, nonché dei possibili profili di illegittimità sottesi alla concentrazione in un unico soggetto del conferendo incarico di amministratore unico di *omissis S.p.A.*

Lo stesso dott. *omissis*, informato della possibilità di vedersi conferito il predetto incarico, ha provveduto a richiedere specifico parere legale rispetto alla legittimità dello stesso, così come il Comune di *omissis* ha acquisito ulteriore parere in merito alle medesime circostanze immediatamente dopo il conferimento dell'incarico: entrambi i pareri rilasciati da professionisti diversi concludono sulla possibilità, pur non condivisa da questa Autorità, di procedere all'affidamento dell'incarico per cui è questione.

Inoltre, le molteplici motivazioni addotte dalla difesa del dott. *omissis* e del Comune di *omissis* alla scelta di conferire l'incarico proprio allo stesso dott. *omissis*, pur non essendo idonee ad escludere, per tutte le motivazioni sopra esposte, la sussistenza della fattispecie di inconferibilità in questione, sembrerebbero poter essere apprezzate nella valutazione della buona fede dell'organo conferente di competenza del RPCT di *omissis S.p.A.*

Quanto alla incompletezza della dichiarazione *ex art. 20 d.lgs. 39/2013* rilasciata dal dott. *omissis* nell'immediatezza della nomina e alla successiva sostituzione della stessa con una ulteriore dichiarazione completa - pubblicata solo in epoca successiva a causa, ha riferito il RPCT di *omissis S.p.A.*, di un problema informatico - non sembrerebbe da sola circostanza idonea a far modificare le conclusioni sopra raggiunte in considerazione della consapevolezza di tutti gli interessati dell'incarico di amministratore unico presso *omissis S.p.A.*

Per il futuro occorre richiamare il RPCT di *omissis S.p.A.* al rispetto delle indicazioni fornite con la richiamata delibera n. 833/2016 in relazione all'opportunità che la dichiarazione *ex art. 20 d.lgs. 39/2013* venga acquisita prima del conferimento dell'incarico, in modo da poter verificare eventuali situazioni di inconferibilità prima che l'atto di conferimento dispieghi i suoi effetti e senza il rischio che, nelle more dello svolgimento delle verifiche, possano essere adottati atti destinati ad essere travolti dalla futura dichiarazione di nullità del conferimento stesso.

Gli atti e/o provvedimenti adottati medio tempore dall'amministratore unico di omissis S.p.A.

L'art. 17 del d.lgs. 39/2013 dispone che *"Gli atti di conferimento degli incarichi adottati in violazione delle disposizioni del presente decreto e i relativi contratti sono nulli"*.

Pertanto, una volta dichiarata la nullità dell'atto di conferimento, vi è da chiedersi se anche tutti gli atti e/o provvedimenti adottati *medio tempore* dal soggetto in questione siano destinati ad essere anch'essi travolti da una qualche forma di inefficacia/illegittimità/nullità.

Nel nostro ordinamento non ha mai trovato adeguata espressione legislativa la teoria del c.d. funzionario di fatto, tuttavia dottrina e giurisprudenza hanno da sempre riconosciuto 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).

Quanto alla eventuale retribuzione per l'attività svolta occorre rammentare che il dott. *omissis* ha rinunciato ai compensi stabiliti al momento del conferimento dell'incarico da parte dell'assemblea della società stessa.

Sul potere di accertamento di Anac

L'Autorità ha uno specifico potere di controllo e di accertamento sulle ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità disciplinate dal d.lgs. 39/2013 e, in generale, sulla corretta applicazione della suddetta normativa.

In particolare, come già evidenziato in premessa, l'art. 16, comma 1 del 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"*.

Recentemente il suddetto potere è stato oggetto di una sentenza del Consiglio di Stato, il quale ne ha escluso la natura meramente ricognitiva, affermandone il carattere costitutivo-provvedimentale.

Più precisamente, il potere di accertamento attribuito all'Autorità dall'art. 16, co. 1, d.lgs. 39/2013 si sostanzia in un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici e come tale impugnabile davanti al giudice amministrativo, potere in cui è compreso il potere di dichiarare la eventuale nullità dell'incarico (cfr. Cons. Stato n. 126/2018).

Tutto ciò considerato e ritenuto

DELIBERA

- l'inconferibilità, ai sensi dell'art. 7, co. 2, lett. d) del d.lgs. n. 39/2013, dell'incarico di amministratore unico di *omissis* S.p.A., conferito al dott. *omissis* in data *omissis* a seguito di votazione favorevole dell'assemblea dei



soci della società stessa, e la conseguente nullità ai sensi del successivo art. 17 dell'atto di conferimento e del relativo contratto;

- di rimettere al RPCT di *omissis* S.p.A. la valutazione, in sede di procedimento sanzionatorio, dell'elemento soggettivo della colpa in capo all'organo conferente previsto dall'art. 18 d.lgs. 39/2013, tenendo conto - ai fini dell'accertamento e del grado delle responsabilità soggettive - delle considerazioni sopra svolte;
- di richiamare il RPCT di *omissis* S.p.A. al rispetto delle indicazioni fornite con la delibera Anac n. 833/2016 in relazione all'opportunità che la dichiarazione ex art. 20 d.lgs. 39/2013 venga acquisita prima del conferimento dell'incarico.

All'esito dell'attuale accertamento compiuto dall'Autorità, il RPCT competente deve:

1. comunicare al soggetto cui è stato conferito l'incarico la causa di inconferibilità - come accertata dall'ANAC - e la conseguente nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto ed adottare i provvedimenti conseguenti;
 2. contestare la causa di inconferibilità ai soggetti che, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013, siano astrattamente possibili destinatari della sanzione inibitoria ed avviare il relativo procedimento, tenendo conto delle peculiarità del caso di specie;
- 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, c. 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;
 - gli enti interessati sono tenuti a pubblicare copia della presente delibera, nella versione con *omissis* approvata dal Consiglio dell'Autorità, nella sezione "Amministrazione Trasparente", sottosezione di secondo livello "Prevenzione della corruzione", del proprio sito web istituzionale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 luglio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente