Delibera n. 1005 del 23 ottobre 2019.

Fascicolo UVIF n. 3629/2019

richiesta di parere circa la sussistenza di eventuali ipotesi ostative ai sensi del d.lgs. n. 39/2013 al conferimento di un incarico dirigenziale all'interno dell'Autorità di Sistema Portuale Mare *omissis* ad un soggetto già Presidente del Consiglio di Amministrazione della Fondazione *omissis*.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 23 ottobre 2019;

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 nonché esprimere pareri su richiesta delle amministrazioni e degli enti interessati;

visto l'art. 2, co. 1 del "Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso" secondo cui l'Autorità svolge attività consultiva, con riferimento a fattispecie concrete, in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, con particolare riguardo alle problematiche interpretative e applicative della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei suoi decreti attuativi e, in materia di contratti pubblici, con particolare riguardo alle problematiche interpretative e attuative del Codice, fatta eccezione per i pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1;

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

Fatto

Con nota acquisita al protocollo dell'Autorità n. *omissis* del 12.08.2019, il Dott. *omissis*, Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza nonché Segretario Generale dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar *omissis* (d'ora in avanti "AdSP"), ha inoltrato a questa Autorità una richiesta di parere circa l'eventuale sussistenza di cause ostative al conferimento dell'incarico di Dirigente preposto alla direzione operativa dell'AdSP al Dott. *omissis*, già Presidente del consiglio di amministrazione della Fondazione *omissis*.

In particolare, il richiedente ha rappresentato che:

- la *omissis* è una Fondazione di ricerca che si occupa di sviluppare nuove competenze in materia di trasporti e logistica in ambito regionale;

- l'AdSP del Mar *omissis* detiene una partecipazione minoritaria *omissis* della Fondazione *omissis* la quale annovera tra i soci, oltre *omissis*, i seguenti enti pubblici: *omissis*;

- il Presidente del CdA della Fondazione *omissis* è attualmente il *omissis*;

- il Dott. *omissis* è risultato, in data *omissis*, il vincitore della procedura selettiva di natura comparativa per titoli ed esami- bandita *omissis* - per l'individuazione di un dirigente da assegnare a capo della direzione operativa in base ad un contratto di lavoro a tempo pieno e determinato;

- nel corso delle verifiche preliminari alla sottoscrizione del suddetto contratto lo scrivente, in qualità di RPCT dell'AdSP, ha individuato una possibile violazione della disciplina di cui all'art. 4, *lett. c)*, del d.lgs. n. 39/2013 nel conferimento dell'incarico dirigenziale al Dott. *omissis*;

- la procedura è attualmente sospesa.

Tanto l'AdSP quanto il *omissis* - le cui controdeduzioni sono in atti- pur avanzando dei dubbi, finiscono per escludere l'integrazione della summenzionata fattispecie di inconferibilità.

Diritto: applicabilità del d.lgs. n. 39/2013

La fattispecie astrattamente applicabile al caso prospettato è quella recata dalla disposizione dell'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 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 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*".

Al fine di accertare l'eventuale integrazione della fattispecie menzionata, occorre verificare la ricorrenza di tutti i requisiti richiesti dalla norma. Essi sono, anzitutto, quelli relativi alla qualificazione giuridica dell'ente e della carica svolta in provenienza dal Dott. *omissis* e, in secondo luogo, quelli attinenti alla carica in destinazione.

Ente e incarico di provenienza: Presidente della Fondazione omissis – "amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico"

L'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 dispone che gli incarichi amministrativi di vertice, quelli di amministratore di ente pubblico e quelli dirigenziali esterni nelle pubbliche amministrazioni e negli enti pubblici non siano conferibili a coloro che abbiano (abbiano avuto) incarichi o svolgono (abbiano svolto) cariche in enti privati che siano o siano stati in un rapporto "qualificato" con la pubblica amministrazione o con l'ente pubblico conferente l'incarico in destinazione oppure abbiano prestato attività professionale in favore dei medesimi enti.
La *ratio* sottesa alla disposizione in esame è 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.
Pertanto, il legislatore ha precluso a coloro che sono- sono stati (nei due anni antecedenti) sottoposti al potere della pubblica amministrazione (*subspecie* al potere di regolazione o finanziamento) di assumere, in essa, funzioni apicali- dirigenziali tali da poter influire sul processo decisionale pubblico, eventualmente deviandolo al soddisfacimento degli interessi privati dell'ente di provenienza.

Tanto premesso in ordine alla *ratio* della preclusione in parola, essa è applicabile solo a coloro che provengano da enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione-ente pubblico conferente l'incarico. Tale divieto non opera per coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche nell'ambito degli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Pertanto, ai fini dell'applicazione della norma citata al caso in esame occorre, prima di tutto, verifica se l'ente di provenienza del Dott. *omissis* sia riconducibile:

- alla categoria dello "*ente di diritto privato in controllo pubblico*" - di cui all'art. 1, co. 2 *lett. c)* del d.lgs. n. 39/2013 ai sensi del quale sono tali "*le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*";

- alla categoria dello "*ente di diritto privato regolato o finanziato*", che, ai sensi dell'art. 1, co. 2 *lett. d),* ricomprende "*le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l'amministrazione che conferisce l'incarico:1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale che comportino, anche attraverso il rilascio di autorizzazioni o concessioni, l'esercizio continuativo di poteri di vigilanza, di controllo o di certificazione; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzi le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici*".

La *omissis* è una fondazione di ricerca – secondo il modello di cui agli artt. 14 e ss. del c.c.- che si occupa di sviluppare nuove competenze in materia di trasporti e logistica in ambito regionale mediante (a titolo esemplificativo): lo studio dei fenomeni e delle problematiche relative al trasporto e alla logistica delle merci; ricerche su nuovi metodi per lo sviluppo sostenibile di sistemi di movimentazione di esse in ambito urbano ed extra urbano; supporto alla *omissis* per la formulazione di piani e programmi e creazione di sistemi di comunicazione e di marketing territoriale per la diffusione della conoscenza delle attività in corso da parte della medesima Regione.
Obiettivo primario della *omissis*, come emerge dalla lettura del sito *web*, è quello di contribuire "*ad aumentare la qualità della vita nelle città omissis supportando le pubbliche amministrazioni nella definizione di politiche di settore, sviluppando piani per la mobilità sostenibile di merci e persone che mirano ad aumentare l'accessibilità dei centri urbani, le connessioni tra diverse modalità*

di trasporto, e la mobilità a basso impatto ambientale per merci e persone" e a sostenere "*la crescita del settore delle imprese di trasporto e della logistica perché mettano al servizio dei cittadini servizi affidabili, efficienti, ed a basso impatto ambientale*". I servizi della Fondazione- che si sostanziano in attività di consulenza e progettazione- si rivolgono agli enti pubblici, alle imprese, agli operatori logistici e ai ricercatori.

Dal punto di vista giuridico, l'ente in questione rientra nel fenomeno- diffusosi nella prassi e non codificato a livello normativo- delle "*fondazioni di partecipazione*". Questo schema- che si pone a metà strada tra il tipo dell'associazione e quello della fondazione – è particolarmente diffuso e utilizzato dagli enti pubblici. Secondo la letteratura di settore ciò dipende dalla presenza di una serie di elementi tali da rendere la struttura ibrida delle "*fondazioni di partecipazione*" più efficiente ed efficace nella realizzazione dei fini pubblicistici. In particolare, gli elementi che la caratterizzano in senso parzialmente difforme dalla fondazione di cui agli artt. 14 e ss. del c.c. sono i seguenti: - costituzione non mediante atto unilaterale di una singola persona fisica- giuridica ma in base ad un accordo tra più soggetti; - sussistenza di un'organizzazione stabile dotata di diversi organi decisionali; - pluralità di soggetti fondatori da cui deriva un fondo patrimoniale più cospicuo.

Rispetto alla *governance* della fondazione in questione, dalla lettura dello Statuto emerge che gli enti fondatori sono tutti enti pubblici ad eccezione *omissis* In particolare, ai sensi dell'art. 4 del summenzionato statuto sono fondatori originari: la Regione *omissis*, le Province *omissis* e l'Università degli Studi di *omissis*. Sono soci anche la Città Metropolitana di *omissis*.

Tanto premesso si ritiene che la fondazione *omissis* sia sussumibile nella definizione di cui all'art. 1, co. 2 *lett. c)*, ovvero nella categoria degli "*enti di diritto privato in controllo pubblico*" e depongono in tal senso le seguenti considerazioni:

- la fondazione è costituita da enti pubblici fatta eccezione per *omissis*;

- il CdA è nominato dall'Assemblea dei Fondatori che, secondo il combinato disposto degli artt. 5 e 10 dello statuto, sono i rappresentanti della Province di *omissis* e le Università degli Studi di *omissis*.

Neppure esistono ostacoli di ordine teorico a tale ricostruzione; infatti, in via astratta, anche le fondazioni possono rientrare tra gli enti di diritto privato in controllo pubblico. Proprio nelle "*Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati*

dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici" - approvate con determinazione del Consiglio dell'Autorità n. 1134 del 08.11.2017- si chiarisce che nella categoria in esame rientrano non solo le società di capitali ma anche le altre forme giuridiche privatistiche quali le associazioni e le fondazioni.
Si è espressa in tal senso anche la Corte dei Conti nella relazione "*gli organismi partecipati dagli enti territoriali- Osservatorio sugli Organismi partecipati/controllati da Comuni, Province e Regioni e relative analisi*" pubblicata nel 2014 (deliber. n. 15/sezaut/2014/frg). In essa, infatti, si è ritenuto che le fondazioni di partecipazione siano sottoposte alle regole tipiche degli enti di diritto privato in controllo pubblico, argomentando come segue"*tra le fondazioni, la "fondazione di partecipazione" corrisponde alla tipologia delle "fondazioni strumentali agli enti pubblici fondatori" (c.d. fondazione amministrativa). Essa, nascendo per iniziativa di una o più entità senza assumere per questo carattere associativo, è istituita da una pluralità di soggetti che costituiscono un patrimonio "a struttura aperta" con destinazione a uno specifico scopo di pubblica utilità. Trattasi di istituto atipico, la cui disciplina si desume, in via di interpretazione sistematica, per effetto del combinato disposto dell'art. 45 Cost., che promuove lo sviluppo della cooperazione senza fini speculativi, e dell'art. 1332 c.c. che consente, nei contratti aperti, l'adesione di altre parti, disciplinandone le modalità ove non previste. La Corte dei conti ha ribadito che alle fondazioni partecipate dagli enti locali si devono applicare tutte le limitazioni e restrizioni previste in generale per le società, enti ed aziende partecipate dai medesimi enti locali*".

Purtuttavia, ciò non basta ad escludere che la Fondazione *omissis* sia un ente regolato o finanziato dall'amministrazione conferente l'incarico e, per tal via, ad escludere pure l'integrazione della prospettata fattispecie di inconferibilità.

Infatti, questa Autorità (pag. 9 della "*relazione finale sulla revisione della disciplina vigente in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico*" approvata dal Consiglio dell'Autorità nel luglio del 2015 e delibera n. 624 del 07.06.2017) ha più volte affermato che ben può accadere che un medesimo ente rientri nella categoria degli enti in controllo pubblico ed anche nella categoria di quelli regolati o finanziati. A ben vedere, infatti, tali nozioni sono tra di loro in rapporto di genere a specie laddove un ente in controllo (per come definito dal d.lgs. n. 39/2013 nella parte introduttiva) può essere pure regolato dalla medesima amministrazione conferente l'incarico ovvero può pure esserne finanziato mediante rapporti convenzionali. Ciò vale, allora, a sottoporre questo ente ad un regime di inconferibilità e incompatibilità più gravoso rispetto a quello vigente per gli enti di diritto privato sottoposti al pubblico controllo ma non anche finanziati e regolati. Come detto in premessa, infatti, gli artt. 4, 5 e 9 del d.lgs. n. 39/2013 introducono un regime giuridico più oneroso per gli enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o dall'ente pubblico conferente l'incarico.

Tanto premesso occorre, allora, compiere un ulteriore accertamento in ordine all'eventuale sussistenza di un rapporto qualificato, in termini di regolazione o finanziamento, tra la *omissis* e l'AdSP.

Può, certamente escludersi, che tra gli enti esista un rapporto di regolazione. Tale potere normativo è esercitato dall'AdSP esclusivamente nei confronti degli operatori portuali. Tale non è la fondazione di ricerca in questione.

Qualche perplessità in più destano l'eventuale rapporto di finanziamento e di partecipazione minoritaria al capitale, considerati quali indici della riconducibilità di un ente alla categoria delle società regolate o finanziate dalla pubblica amministrazione dall'art. 1, co. 2 *lett. d)*, nn. 2) e 3), del d.lgs. n. 39/2013.

Per quanto concerne l'eventuale rapporto di finanziamento, sebbene si possa escludere l'erogazione diretta di fondi e sussidi da parte dell'AdSP in favore della *omissis*, questa Autorità (negli atti sopra citati) ha adottato una nozione di finanziamento più ampia.
In altre parole, per ritenere integrato il requisito *de quo*, non si richiede il solo finanziamento maggioritario- ovvero quello che pone l'ente privato in una posizione di subordinazione e dipendenza utilizzato in ambito europeo con riferimento allo "organismo di diritto pubblico"- ma anche quello minoritario. Rientra in tale categoria, cioè, anche il finanziamento di attività.
Orbene astrattamente tale elemento sussiste nel caso di specie; tuttavia, per quanto risulti sufficiente il finanziamento minoritario, è comunque necessario che vi sia stato un apporto in qualche modo "significativo".
Non ogni relazione finanziaria tra la pubblica amministrazione e l'ente di diritto privato è suscettibile di venire in rilievo ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 perché bisogna avere sempre riguardo alla *ratio* del divieto in parola. Essa risiede nella volontà che la discrezionalità amministrativa non venga piegata al soddisfacimento di interessi privatistici; non sia, cioè, catturata da un interesse privato che dovrebbe, invece, essere recessivo rispetto a quello pubblico dominante.
Nel caso di specie, la *omissis*, nell'ultimo biennio, ha beneficiato di fondi provenienti dall'AdSP in una sola occasione per un importo pari a 1.850 euro *omissis*. Avuto riguardo invece agli ultimi 14 anni, la *omissis* ha beneficiato di finanziamenti provenienti dalla AdSP solamente in altre tre occasioni per un importo totale di 18.000 euro.
Il carattere episodico, residuale e occasionale di tali retribuzioni renderebbe sproporzionata la preclusione di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 raffrontata con la *ratio* ispiratrice del divieto in questione. Infatti, questa Autorità nella delibera n. 533 del 12.06.2019 ha affermato che l'Autorità stessa è "*chiamata a valutare se i rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici intercorrenti tra due soggetti siano tali*

da influenzare la volontà dell'ente stesso. In questo senso è necessario verificare non solo il dato quantitativo dell'entità del finanziamento o del corrispettivo dell'eventuale contratto intercorrente tra soggetto finanziato e soggetto finanziatore, ma dovrà accertarsi anche la continuità e la stabilità del rapporto".
Tali elementi non sussistono nel caso di specie.

In ordine alla partecipazione minoritaria al capitale, invece, essa sussiste nel caso di specie. Infatti, l'amministrazione conferente l'incarico (AdSP) partecipa al capitale della Fondazione. Tuttavia ciò non appare sufficiente a ritenere la *omissis* un ente di diritto privato regolato o finanziato sulla base delle considerazioni che seguono.
Anzitutto, se ciò bastasse si vanificherebbe quanto affermato nella teoria dei cd. "cerchi concentrici" (del. n. 624 del 07.06.2017) in base alla quale un ente di diritto privato in controllo pubblico potrebbe, in virtù di un ulteriore accertamento, essere qualificato anche come ente "regolato o finanziato".
Si finirebbe, cioè, per sovrapporre i due concetti in esame, sottovalutando, invece, il loro rapporto di genere a specie.
In secondo luogo si trascurerebbe la *ratio* della norma. Come detto, il regime di preclusioni più gravoso, previsto dagli artt. 4,5 e 9 del d.lgs. in questione, è giustificato dalla necessità di approntare una tutela maggiormente incisiva laddove vi sia rischio che il soddisfacimento dell'interesse privato venga anteposto a quello pubblico. Pertanto il presupposto delle disposizioni richiamate è che il soggetto (della cui nomina si discute) provenga da una società o un altro ente privato.
Nel caso di specie, tenuto conto della composizione societaria, delle funzioni svolte e dell'assenza dello scopo di lucro nella finalità della fondazione, si nega in radice la sussistenza, anche solo potenziale, del rischio che vi sia quel conflitto tra interessi pubblici e privati che la preclusione in parola intendeva disciplinare e arginare.
La *omissis* è partecipata quasi per intero (fatta eccezione per *omissis*) da enti pubblici, non opera sul mercato concorrenziale e non ha scopo di lucro.
Tutto ciò depone nel senso di ritenere che sia sostanzialmente un ente avente natura pubblicistica.
In tal senso si è già espressa questa Autorità nella del. n. 718/2018"*e dunque, nel caso esaminato, non ci troviamo nel mondo delle imprese private che hanno un rapporto con l'amministrazione perché sono da questa regolate o finanziate e possono avere interesse a condizionarne l'azione in senso favorevole ai propri interessi, ma in quello, opposto, dell'amministrazione in senso ampio*".
In questo senso meritano accoglimento le osservazioni prodotte dai soggetti interessati, che portano a ritenere che la società in esame debba essere inquadrata esclusivamente nel novero degli enti di diritto privato in controllo pubblico" e non anche in quello degli "enti di diritto

privato regolati o finanziati", restando quindi esclusa l'applicazione della fattispecie interdittiva di cui all'art. 4 del d.lgs. n.39 /2013.

Tanto premesso, la mancanza del requisito della carica in provenienza rende superflua la trattazione della natura giuridica della carica in destinazione. La fattispecie non rientra in alcuna delle ipotesi di inconferibilità di cui al d.lgs. n. 39/2013

Tanto premesso

DELIBERA

- l'insussistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità ai sensi del d.lgs. n. 39/2019.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2019
Il Segretario Maria Esposito