Delibera n. 150 del 19 febbraio 2020

relativa ad una presunta violazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 39/2013 nel conferimento dell'incarico di *omissis* dell'Università di *omissis*

Fascicolo UVIF n. omissis/2020

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 febbraio 2020;

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

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

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

Fatto

È pervenuta a questa Autorità una segnalazione circa il presunto illegittimo conferimento dell'incarico di *omissis* dell'Università *omissis* al Dott. *omissis*, rappresentando quanto segue.

Il Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi *omissis*, in data *omissis*, ha conferito l'incarico di *omissis* della medesima al *omissis*, già *omissis* (dal *omissis*) della Consulta Consortile dell'Ente Consorzio Interuniversitario *omissis*.

Nella segnalazione si è dedotto che l'incarico di *omissis* sarebbe inconferibile ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013 in quanto ricorrerebbero tutti gli elementi costitutivi della prospettata fattispecie, ovvero:

- il Consorzio Interuniversitario *omissis* sarebbe un ente di diritto privato regolato o finanziato dall'amministrazione conferente l'incarico (ai sensi dell'art. 1, co. 2 lett. d), del d.lgs. n. 39/2013);
- la carica ricoperta dal *omissis* nell'ambito del suddetto ente ovvero quella di *omissis* della Consulta Consortile (organo tecnico di consulenza e supporto dell'Assemblea Consortile) sarebbe riconducibile alla nozione di "attività di stabile consulenza a favore dell'ente" (ai sensi dell'art. 1, co. 2 lett. e), del d.lgs. n. 39/2013).

Tanto premesso nella segnalazione si è chiesto all'Autorità di accertare l'illegittimo conferimento dell'incarico con tutte le conseguenze giuridiche da esso derivanti.

Diritto

1. *Applicabilità dell'art. 4, co. 1 lett. a), del d.lg.s n. 39/2013- Esclusione*

Il *omissis*, *omissis* (dal *omissis*) della Consulta Consortile dell'Ente Consorzio Interuniversitario *omissis*, è stato nominato, in data *omissis*, *omissis* dell'Università *omissis* – ente consorziato della prima.

Astrattamente, ai fini dell'inconferibilità, viene in rilievo la fattispecie recata dall'art. 4, co. 1 *lett. a)*, 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 ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico, non possono essere conferiti: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali*".

La norma richiamata dispone che gli incarichi amministrativi di vertice, quelli di amministratore di ente pubblico e quelli dirigenziali esterni nelle pubbliche amministrazioni 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, verificare se l'ente di provenienza del *omissis* ovvero il Consorzio Interuniversitario *omissis* sia riconducibile:

- alla categoria dell'"*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*"; ovvero
- alla categoria dell' "*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*".

Natura giuridica del Consorzio Interuniversitario omissis quale "ente di diritto privato in controllo pubblico", ai sensi dell'art. 1 co. 2, lett. c), del d.lgs 39/2013

Il *omissis*, fondato nel *omissis*, è stato costituito, ai sensi degli artt *omissis*, dai Rettori delle Università di *omissis*, quale Consorzio interuniversitario per la gestione del *omissis*.

Nel corso degli anni hanno aderito al suddetto ente un numero sempre maggiore di Università italiane, alcuni enti statali di ricerca e, *omissis*, anche il *omissis*.

Tanto premesso in ordine all'evoluzione storica dell'ente in questione, per quanto concerne l'aspetto funzionale occorre rilevare che obiettivo primario del *omissis*) è la realizzazione dei *omissis* "*innovativi per i Consorziati, al fine di renderli più efficienti e moderni, nella maniera economicamente più vantaggiosa mediante la valorizzazione di tecnologie e la condivisione degli obiettivi di sviluppo*".

A tal fine, il Consorzio si occupa di "*a) omissis; b) omissis; c) omissis; d omissis; e) omissis f) omissis; g) omissis; h) omissis*".

Sussiste, dunque, il primo requisito previsto dall'art. 1, co. 2 *lett. c)*, del d.lgs. n. 39/2013 affinché un ente di diritto privato possa essere ritenuto "in controllo pubblico" ovvero quello inerente all'effettivo esercizio, da parte dell'ente, di attività avente natura pubblicistica.

Per quanto concerne il requisito attinente il meccanismo di *governance*, inteso quale sottoposizione dell'ente ad un controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c.., occorre rilevare che sono enti consorziati: il *omissis* Università italiane e *omissis* Istituzioni pubbliche Nazionali (tra cui *omissis*).

Inoltre, il *omissis* è sottoposto alla vigilanza del *omissis*.

Pertanto, verificata la ricorrenza degli elementi costitutivi, si può affermare che il Consorzio in questione rientri nella definizione di "ente di diritto privato in controllo pubblico" di cui all'art.1 co. 2 *lett. c)*, del d.lgs 39/2013.

Occorre ora svolgere un accertamento ulteriore; infatti, la riconducibilità di un ente nella categoria di quelli in controllo pubblico non basta ad escludere che il medesimo 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 (cfr. 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, delibera n. 624 del 07.06.2017, delibera n. 718 del 24.07.2018 e 1005 del 23.10.2019) ha più volte affermato che ben può accadere che una stessa società rientri nella categoria degli enti in controllo pubblico ed anche nella categoria di quelli regolati o finanziati "*ciò in quanto (…) proprio gli enti regolati o finanziati rientrano in quella vasta porzione di territorio al confine tra pubblico e privato, che investe soggetti appositamente concepiti con forti componenti di ibridazione, che hanno larghi tratti privatistici, ma con vincoli di regolazione o di vigilanza o di controllo che riconducono all'apparato pubblicistico.*

Al fine di accertare questa seconda condizione occorre verificare attentamente la mission dell'ente e le relative modalità operative, anche attraverso l'analisi dello statuto, al fine di escludere la presenza di interessi privati potenzialmente in contrasto con quello pubblico".

Tanto premesso in termini generali, nel caso in esame si esclude la riconducibilità del Consorzio *omissis* nella categoria degli enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione conferente l'incarico in questione.

Infatti, il Consorzio *omissis* è "ente *in house*" di una serie di pubbliche amministrazioni tra cui rientra anche l'Università degli *omissis* ciò in base alle considerazioni che seguono.

Anzitutto, l'art. 9 *omissis* – superando i dubbi (in materia di "controllo analogo") avanzati della giurisprudenza maggioritaria circa la riconducibilità del Consorzio in questione nella categoria giuridica degli "enti *in house*", ha disposto che "*omissis*".

In secondo luogo anche questa Autorità, nella delibera n. 1172 del 19.12.2018, ha deliberato l'iscrizione di una serie di pubbliche amministrazioni e, per quel che qui interessa, dell'Università degli Studi *omissis* nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 192, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, nei confronti di proprie società *in house*, tra cui il *omissis*.

Infine occorre considerare quanto già affermato da questa Autorità in un caso analogo ove l'ente assumeva il ruolo di "longa manus" della pubblica amministrazione; nella delibera n. 718/2018 si è affermato che "*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".*

Nel caso di specie, tenuto conto della composizione societaria, delle funzioni svolte e dell'assenza dello scopo di lucro nella finalità del Consorzio, 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.

Si trascurerebbe, dunque, la *ratio* della norma ad estendere il più gravoso regime di preclusioni in assenza dalla necessità di approntare una tutela maggiormente incisiva, tenuto conto del fatto che non si palesa il rischio che il soddisfacimento dell'interesse privato venga anteposto a quello pubblico.

Tale qualificazione dell'ente in provenienza è sufficiente ad escludere la prospettata violazione dell'art. 4, co. 1 *lett. a)*, del d.lgs n. 39/2013 e anche della residuale ipotesi d'incompatibilità di cui all'art. 9, co. 1, del medesimo decreto legislativo.

2. *Sull'ipotesi di conflitto di interessi*

Esclusa l'applicabilità alla fattispecie *de quo* della disciplina di cui al d.lgs n. 39/2013, occorre verificare la ricorrenza di un'eventuale situazione di conflitto di interessi in capo al *omissis* derivante dal contestuale svolgimento dei ruoli sopra descritti.

Il quadro normativo di riferimento in materia di conflitto di interessi comprende, anzitutto, l'art. 6*bis* della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) ai sensi del quale "*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".*

Ad esso si accompagna l'art. 7 del D.P.R. n. 62/2013 (codice di comportamento nazionale dei dipendenti pubblici) il quale dispone che "*il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito*

significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza".

I principi di cui sopra sono stati recepiti dal codice di condotta adottato dall'Ateneo (*omissis*); in particolare l'art. 13 – *omissis*".

Tanto premesso in ordine al quadro normativo di riferimento, occorre verificare, se, in termini astratti, la situazione di conflitto di interessi possa ingenerarsi dal contestuale svolgimento dei ruoli sopradescritti.

Orbene, la principale ipotesi di conflitto di interessi si rinviene nel contrasto tra un interesse avente natura pubblicistica e un interesse avente natura privatistica. Infatti, la descritta situazione è definita dalla giurisprudenza come "*una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che sia contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse pubblico funzionalizzato*".

Nel caso in esame, mancherebbe, dunque, il requisito essenziale della fattispecie summenzionata ovvero la contestuale titolarità di interessi privatistici e pubblicistici in capo al medesimo soggetto. Il *omissis* svolge, infatti, due incarichi aventi natura pubblicistica.

Sul punto, si intendono richiamate le osservazioni già formulate in ordine all'insussistenza di interessi tra di loro contrastanti; infatti il Consorzio, qualificato come ente *in house* dell'Università degli Studi *omissis*, è concepito come un'articolazione del medesimo Ateneo.

Questa sostanziale identità dei fini pubblicistici perseguiti da entrambi gli enti vale ad escludere quella pericolosa interferenza che è elemento fondante della fattispecie di conflitto di interessi della disciplina in materia.

Tanto premesso, in materia di conflitto di interessi, come più volte evidenziato (cfr. *ex plurimis* la Relazione al Parlamento del 2018 pag. 83), questa Autorità non dispone di specifici poteri di intervento e sanzionatori. L'intervento dell'ANAC ha una funzione preminentemente collaborativa; si svolge, cioè, in forma di ausilio all'operato di ciascun ente. Da ciò deriva che le singole amministrazioni restano sempre competenti a prevenire e vigilare, nonché risolvere, gli eventuali conflitti di interessi che riguardano i propri funzionari.

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

- l'insussistenza di fattispecie di inconferibilità e di incompatibilità di cui al d.lgs. 39/2013, con riferimento alla nomina del *omissis* a *omissis* dell'Università degli studi *omissis*;

- l'insussistenza, nei termini suesposti, di situazioni di conflitto di interessi derivanti dal contestuale svolgimento dei suddetti incarichi da parte del medesimo soggetto, rimettendo comunque all'ente di appartenenza ogni ulteriore e opportuna valutazione.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 febbraio 2020

Il Segretario, Maria Esposito