Il Presidente

Società *(omissis)* srl
Presidente e Legale Rappresentante
*Dott. (omissis)*

Fascicolo **ANAC 6022/2023**

**Oggetto**: Richiesta di parere da parte del Presidente del Cda della Società *(omissis)* Srl in merito all'applicabilità dell'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 nei confronti del Direttore Generale dell'Ente *(omissis)* . (rif. prot. anac n.*omissis*).

In riferimento alla richiesta di parere in oggetto - con la quale si chiede all' Autorità di chiarire se ricorrano gli estremi per l'applicazione del c.d. divieto di *pantouflage* (ex art. 53, co. 16-ter, l. 165/2001) "*in capo al Dott. (omissis) nei confronti della società (omissis) Srl in virtù del contratto di affidamento intervenuto tra (omissis) e la società (omissis)"* – si rappresenta quanto segue.

L'art. 53, comma 16 ter d.lgs. n. 165/2001 prevede che: "*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*".
L'art. 21 del d.lgs. n. 39/2013 estende la suddetta disciplina anche a tutti i titolari di uno degli incarichi considerati dal d.lgs. n. 39/2013.

La disposizione è stata introdotta nel d.lgs. 165/2001 dall'art. 1, co. 42, della l. 190/2012, con finalità di contenimento del rischio di situazioni di corruzione connesse all'assunzione del dipendente pubblico da parte di un privato, successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro con la PA.
In particolare, come rilevato dall'Autorità nei PNA 2019 e 2022 il c.d. divieto di pantouflage "*è volto a ridurre il rischio che soggetti privati possano esercitare pressioni o condizionamenti sullo svolgimento dei compiti istituzionali, prospettando al dipendente di un'amministrazione opportunità di assunzione o incarichi una volta cessato dal servizio, qualunque sia la causa della cessazione (ivi compreso il collocamento in quiescenza per raggiungimento dei requisiti di accesso alla pensione)*".
La norma contempla, in caso di violazione del divieto ivi sancito, le specifiche sanzioni della nullità del contratto e del divieto per i soggetti privati che l'hanno concluso o conferito, di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con contestuale obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti ed accertati ad essi riferiti.

L'ambito soggettivo di applicabilità della norma è riferito a quei dipendenti che, nel corso degli ultimi tre anni di servizio presso la pubblica amministrazione, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto

dell'amministrazione stessa. A tali soggetti è preclusa, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, (c.d. periodo di raffreddamento), la possibilità di svolgere attività lavorativa o professionale in favore dei soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso l'esercizio dei suddetti poteri autoritativi e negoziali.

Costituiscono, dunque, elementi costitutivi della fattispecie:

- la sussistenza di un precedente rapporto di pubblico impiego;
- l'assunzione di cariche o incarichi presso un soggetto privato;
- l'esercizio di poteri autoritativi o negoziali da parte del dipendente pubblico nei confronti del medesimo soggetto privato durante il triennio precedente all'assunzione del nuovo incarico.

Al fine di verificare l'eventuale violazione del divieto normativo nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità occorre accertare tutti i presupposti sopra elencati.
Quanto all'Incarico in provenienza di direttore generale dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico denominato *(omissis)* valgono le considerazioni che seguono
Rileva sul punto che il dott. *(omissis)*, dipendente a tempo indeterminato presso ASUR Marche *(omissis)* in qualità di dirigente medico, dal 18 novembre 2019 è stato posto in aspettativa senza assegni per svolgere l'incarico (giusta delibera Regione Marche n. *(omissis*) di direttore generale presso l'Istituto di ricerca a carattere scientifico –*(omissis)*. Detto incarico è giunto alla sua naturale scadenza in data 30 novembre 2022.
L'IRCSS di *(omissis)* è un ente pubblico a rilevanza nazionale. L'istituto (non trasformato in fondazione) è dotato di personalità giuridica di diritto pubblico ed autonomia amministrativa, tecnica, patrimoniale e contabile, ai sensi del d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288 *(Riordino della disciplina degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, a norma dell'articolo 42, comma 1, della legge 16 gennaio 2003, n. 3)* . La L.R. 21 dicembre 2006, n. 21 all'art.2, comma 1 e 7 prevede che l'istituto avente sede nei territori regionali sia parte integrante dei Servizi Sanitari Regionali, nel cui ambito svolge funzioni di alta qualificazione assistenziale, di ricerca e di formazione.
Pertanto, l'incarico in provenienza costituisce un incarico amministrativo di vertice di un ente pubblico, in quanto tale soggetto all'applicazione dell'art. 53, comma16 ter, d.lgs. 165/2001.

Quanto all'incarico in destinazione di direttore sanitario della Casa di Cura *(omissis)* occorre premettere che tale struttura *(omissis)* sita nel comune di Civitanova Marche (MC), è gestita dalla società *(omissis)* e appartiene al medesimo gruppo societario della *(omissis)* Srl. Entrambe le società operano nel settore dell'assistenza sociosanitaria e della cronicità residenziale.

In particolare, la società*(omissis)*, che intende conferire l'incarico al dott. *(omissis)*, è partecipata al 99,60% dalla società*(omissis)*, a sua volta partecipata al 91,27% dalla società*(omissis)*, quest'ultima interamente controllata da*(omissis)*.
Ciò posto, risulta che la società *(omissis)* e la società *(omissis)* sono sottoposte al medesimo potere di direzione e coordinamento da parte della capogruppo società *(omissis)* . Per completezza si rammenta che con riguardo ai gruppi societari, l'Autorità, ha già ritenuto ammissibile il divieto di assumere chi abbia esercitato poteri autoritativi e negoziali nei confronti di altre società del gruppo medesimo, sulla base della ritenuta sussistenza di un potere di coordinamento e direzione tra la società vertice del gruppo e le relative società partecipate, traducibile nell'indirizzamento verso scelte e strategie aziendali univoche e tese ad ottenere unicamente l'interesse del gruppo societario (cfr. Delibera Anac 207/2018)

Nel caso di specie, inoltre, tra i due enti ricorre uno stretto collegamento determinato dalla partecipazione quasi totalitaria della società *(omissis)* da parte della società *(omissis)*, ancorché indirettamente detenuta per il tramite della società *(omissis)*. È altresì presumibile un certo coordinamento tra gli indirizzi aziendali, posto che - come emerge dalle visure camerali - nel Consiglio di amministrazione della società *(omissis)* risiede un amministratore della società *(omissis)*.
Pertanto, la scelta assunta dalla società *(omissis)* di conferire l'incarico al dott. *(omissis)* non può ritenersi avulsa dall'intervento della società controllante *(omissis)*. In tal senso la nomina in questione potrebbe astrattamente concretizzare il rischio che gli atti amministrativi eventualmente adottati dal dott. *(omissis)* nei confronti della società controllante siano stati minati nella loro imparzialità dalla prospettazione di un incarico presso la controllata, a seguito della cessazione del rapporto di pubblico impiego.

Fatte queste premesse, occorre adesso verificare se, in concreto, il dott. *(omissis)*, cui la società *(omissis)* vorrebbe affidare l'incarico di direttore sanitario della struttura Casa di Cura*(omissis)*, abbia esercitato poteri autoritativi e negoziali presso l'INRCA (ente di appartenenza), nei tre anni antecedenti la cessazione dell'incarico e, in particolare, se li abbia effettivamente esercitati nei confronti della società *(omissis)*.

L'Autorità ha avuto già modo di chiarire che i dipendenti con poteri autoritativi e negoziali, cui si riferisce l'art. 53, co. 16-ter, cit., sono i soggetti che esercitano concretamente ed effettivamente, per conto della pubblica amministrazione, i poteri sopra accennati, attraverso l'emanazione di provvedimenti amministrativi e il perfezionamento di negozi giuridici mediante la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente. Esemplificativamente vi rientrano i dirigenti, i direttori generali e di dipartimento e coloro che esercitano funzioni apicali o a cui sono conferite apposite deleghe di rappresentanza all'esterno dell'ente. Nel novero dei poteri autoritativi e negoziali rientrano sia i provvedimenti afferenti alla conclusione di contratti per l'acquisizione di beni e servizi, sia i provvedimenti che incidono unilateralmente, modificandole, sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari (atti volti a concedere in generale vantaggi o utilità al privato, quali autorizzazioni, concessioni, sovvenzioni, sussidi e vantaggi economici di qualunque genere).
Orbene, nel caso di specie, risulta che il dott. *(omissis)* nell'esercizio delle funzioni di direttore generale dell'INRCA con Determina n. *(omissis)* ha delegato numerosi e diversi atti ai Direttori dei servizi amministrativi. L'Allegato D della citata determina contiene "*l'elenco dei vari atti delegati da approvare con determina dirigenziale e quelli con delega di firma".* Tra questi, risultano "delegati" tutti gli atti successivi all'indizione della gara fino all'aggiudicazione della stessa e la sottoscrizione (con delega di firma) dei contratti di fornitura e affidamento di servizi.

Dalla documentazione in atti risulta che in realtà la Determina n. *(omissis)* - con la quale il Dott. *(omissis)* avrebbe esercitato i poteri autoritativi verso la società *(omissis)* e cui si fa riferimento nella richiesta di parere - è a firma della dott.ssa *(omissis)* (dirigente dell'UOC Acquisizione Beni e Servizi/Logistica nonché RUP del procedimento) in virtù della delega disposta dalla citata Determina n. *(omissis)*. Tuttavia, non risulta, neppure nelle premesse della determina di affidamento, un atto presupposto che attesti alcun intervento del direttore generale nella procedura.

Per vero, non sembra possibile poter ricondurre l'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali alla delega disposta con Delibera n. *(omissis)*. Infatti, sebbene il dott. *(omissis)* rivesta, come direttore generale, un ruolo apicale, occorre rinvenire un contributo effettivo e sostanziale nella procedura di affidamento e/o nella successiva fase negoziale al fine di potersi ritenere configurabile il divieto di *pantouflage*. Tali

caratteristiche non possono riscontrarsi nell'atto di delega per le seguenti ragioni. In primo luogo si tratta di un atto indirizzato a tutti i dirigenti dell'ente e non solo al responsabile del procedimento di gara, esitato nell'affidamento in favore della società*(omissis)*. Inoltre, al momento della sua adozione il soggetto delegante non può avere consapevolezza di tutti i possibili soggetti privati che saranno destinatari degli atti delegati. In altri termini la genericità degli atti oggetto di delega nel caso di specie osta al riconoscimento della partecipazione concreta ed effettiva del dott. *(omissis)* alla procedura di gara.

Diversamente opinando, si finirebbe per attribuire rilevanza alla mera posizione apicale dell'interessato secondo un criterio formalistico, con la conseguenza che in quanto direttore generale avrebbe per ciò solo concorso alla decisione di affidare il servizio alla società *(omissis)*.

Giova altresì osservare che per effetto della delega, al direttore generale sarebbe preclusa l'assunzione di incarichi presso qualunque soggetto privato destinatario di atti autoritativi o negoziali dell'ente dando luogo a una limitazione consistente della libertà individuale.

Per tutto quanto sopra esposto e considerato si ritiene che nel caso in esame, anche sulla base delle informazioni ricavate dalla documentazione allegata alla richiesta di parere, debba escludersi l'esercizio dei poteri autoritativi e negoziali richiesti dall'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 da parte del dott. *(omissis)*, per conto dell'INCRA, nei confronti della controllante della società *(omissis)* e che, pertanto, non trovi applicazione il divieto previsto nella disposizione stessa.

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 24 gennaio 2024, ha disposto la trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente