



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 292 del 9 marzo 2016**

**Fasc. 3964/2015**

**Oggetto: affidamento in concessione del servizio di parcheggi pubblici a pagamento senza custodia - presunta violazione art. 53, comma 16 ter, del d. lgs. n. 165/2001**

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

nell'adunanza del 9 marzo 2016;

visto l'articolo 1, comma 2, lettera f), della legge 6 novembre 2012, n. 190;  
visto il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni;  
visto in particolare l'art. 53, comma 16 ter, introdotto dall'art. 1, comma 42, legge n. 190 del 2012;  
vista la relazione dell'Area Vigilanza, Ufficio Vigilanza Misure Anticorruzione e Accreditamento Responsabili Prevenzione della Corruzione.

#### **Fatto**

L'attività di vigilanza è stata avviata su segnalazione della società [omissis] intervenuta nelle procedura di selezione per l'affidamento del servizio indicato in oggetto di cui è risultata aggiudicataria provvisoria la società [omissis], il cui presidente del Consiglio di amministrazione e proprietario del 50% delle quote sociali, [omissis], ha svolto la funzione di Direttore generale della società *in house* del comune di [omissis] dal 2008 al 2014.

Il segnalante ha prospettato la violazione dell'art. 53, comma 16 ter, del d. lgs 165/2001, come integrato dall'art. 1, comma 42, della legge n. 190/2012 che stabilisce *“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 Società segnalante ha, inoltre, precisato di aver rivolto, in data 30.6.2015, al Segretario generale (nonché Responsabile della prevenzione della corruzione) richiesta di annullamento della procedura in parola.

Il RPC ha dato riscontro all'istanza dell'impresa assicurando che «sarà cura del dirigente responsabile del procedimento accertare l'eventuale esistenza delle condizioni di cui sopra».

In data 23.7.2015, con nota a firma congiunta del dirigente del settore [omissis], [omissis], e del dirigente del settore [omissis], [omissis], è stata comunicata all'impresa istante la insussistenza di ragioni



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

per sovvertire l'esito della gara pubblica svolta, poiché *«le norma invocata non può trovare applicazione nel caso concreto, trattandosi di operatore economico di nuova istituzione»*.

Con nota del 4.9.2015, il [omissis], ha comunicato l'aggiudicazione definitiva a favore della società [omissis].

Dalla consultazione del sito del comune di [omissis], l'Ufficio ha avuto modo di conoscere che, con determinazione n. 2467 del 16.9.2015 del dirigente del settore [omissis], dr. omissis], è stata disposta la rettifica della determinazione n. 1088 del 18.8.2015, dallo stesso «erroneamente» adottata, con la quale si aggiudicava definitivamente la concessione; pertanto, venivano restituiti gli atti di gara e si rimandava l'assunzione del provvedimento di aggiudicazione definitiva al dirigente del settore n. 1.

Da quanto riportato nelle premesse della citata ultima determinazione, si apprende, peraltro, che la gara è stata indetta in data 11.5.2015 con determinazione del dirigente del settore [omissis], dr. [omissis] [omissis], e che, nel verbale di gara n. 1, è stata dichiarata l'incompatibilità dello stesso dirigente a far parte della Commissione di gara; quindi, la gestione amministrativa delle prime fasi è stata affidata al dr. [omissis] che ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria e alla verifica dei requisiti prescritti nel capitolato d'appalto (oltre che all'erronea aggiudicazione definitiva).

L'Ufficio ha, quindi, chiesto al RPC di voler verificare i fatti esposti e i relativi atti adottati dall'Amministrazione e di relazionare in merito a:

- la segnalata violazione di cui all'art. 53, comma 16 ter, del d. lgs 165/2001, ricordando i compiti del RPC previsti dalla legge n. 190/2012 art. 1, comma 9, lett. e) e comma 10, atteso che il divieto di partecipazione in parola e l'inserimento della clausola obbligatoria sono misure previste nel PTTPC agli artt. 13 e 16;
- l'avvicendamento dei dirigenti [omissis] e [omissis] nel procedimento di che trattasi, specificando il nominativo del RUP e le cause della incompatibilità del dr. [omissis] a far parte della Commissione di gara;
- le ragioni per le quali si è ritenuto di non accogliere l'istanza di annullamento della gara;
- le motivazioni relative alla accordata riduzione del canone da versare da parte dell'impresa aggiudicataria (cfr. determinazione n. 1215 del 16.9.2015) e in che modo tale riduzione non operi un'alterazione della valutazioni delle offerte.

Infine, l'Ufficio ha richiamato il bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014 e l'art. 64, comma 4-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 per il quale il bando tipo adottato dall'Autorità costituisce un modello di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, potendo discostarsene esclusivamente in presenza di una motivata deroga.

Nella nota di riscontro l'Avvocatura comunale di [omissis] ha specificato quanto segue.

- La [omissis] S.r.l.s., non operativa al momento dell'indizione della gara, si è iscritta presso la Camera di Commercio di [omissis] in data 26.05.2015, ossia tre giorni prima del termine di scadenza della presentazione delle offerte; pertanto, deve considerarsi a tutti gli effetti, compresi quelli che riguardano l'istanza in oggetto, quale nuovo operatore economico nel mercato dei servizi di gestione dei parcheggi.
- La sig.ra [omissis], attualmente Presidente della società aggiudicataria nonché titolare del 50% delle quote societarie, non ha mai esercitato poteri autoritativi o negoziali nei confronti della neo istituita società [omissis], nel periodo nel quale operava quale direttrice della società pubblica partecipata del Comune di [omissis] ([omissis]), poichè la predetta [omissis] non esisteva sul mercato.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- La sig.ra [omissis] non ha concluso alcun contratto di lavoro o di collaborazione con la [omissis], essendo un socio fondatore della predetta società, con la titolarità del 50% delle quote sociali.

Conseguentemente, secondo l'Avvocatura comunale, ciò che rileva nel caso in trattazione è l'estensione dei divieti e delle nullità previste dal citato art. 53, comma 16 ter del d. lgs n. 165/2001, ad un ex dipendente pubblico che abbia deciso, successivamente alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, di costituirsi in proprio, anche in forma societaria, per esercitare un'attività economica per la quale abbia maturato specifica esperienza durante la permanenza al servizio della pubblica amministrazione.

Secondo l'Avvocatura comunale, la norma nulla disporrebbe con riferimento all'ex dipendente pubblico che decide di diventare egli stesso operatore economico, anche se ciò dovesse comportare l'utilizzo delle esperienze maturate durante la vigenza del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, ovvero nell'ambito dello stesso.

Una estensione dei vincoli, inoltre, contrasterebbe col precetto costituzionale che vuole la libertà dell'iniziativa economica privata; conseguentemente, all'ex pubblico dipendente sarebbe impedito, non solo di avere rapporti di lavoro o collaborativi con gli operatori economici destinatari della sua attività pubblicistica (poteri autoritativi o negoziali), ma, addirittura, lo stesso dovrebbe astenersi dallo svolgere qualsiasi attività economica in proprio. Inoltre, al dipendente pubblico cessato dall'impiego dovrebbe essere inibito in maniera assoluta, lo svolgimento di qualsiasi attività economica in proprio, compresa quella riguardante i settori nei quali abbia operato in precedenza, in costanza del rapporto di pubblico impiego, e quindi maggiormente conosciuti e praticati.

L'Avvocatura comunale conclude, quindi, affermando che, ove si affermasse un'applicazione restrittiva della norma, si avrebbe il risultato di eliminare dal mercato, e dalla concorrenza, potenziali nuovi operatori economici in grado di operare con elevate conoscenze e professionalità maturate in altri contesti, e quindi, in un'ottica meramente mercantile, eliminare possibili concorrenti.

In data 19.10.2015 è anche pervenuta la nota prot. [omissis] a firma del Vice Segretario Generale, [omissis]<sup>1</sup> che, dopo essersi riportata alle controdeduzioni esposte dall'Avvocatura comunale, ha rappresentato quanto segue.

- In ordine all'avvicendamento, dei dirigenti [omissis] e [omissis] all'interno della Commissione di gara il dr. [omissis], indicato inizialmente quale Presidente "della Commissione di gara" ha ravvisato la sussistenza di una causa di incompatibilità a proseguire nell'incarico per avere avviato nei confronti di una delle società concorrenti (precisamente l'[omissis] concessionaria uscente) un contenzioso stragiudiziale mediante la contestazione di inadempienze contrattuali riferite alla pregressa gestione del medesimo servizio nella stagione 2014, e passibili di valutazione in sede di gara ai fini dell'accertamento del requisito della moralità professionale.

In particolare, le contestazioni mosse alla [omissis] riguardavano sia il mancato pagamento del canone convenuto, sia la mancata presentazione del conto della gestione connessa alla speciale veste di agente contabile assunta dalla Società concessionaria, preposta alla riscossione della tariffa per il servizio parcheggi. Il suddetto contenzioso, è tuttora in corso e non risulta essere stato definito.

---

<sup>1</sup> La richiesta di chiarimenti dell'Ufficio era stata indirizzata alla [omissis], Segretario generale e RPC; dalla lettera in commento si apprende che la predetta [omissis], che ha ricoperto l'incarico presso il comune di [omissis] fino al 30.9.2015, è stata trasferita ad altra sede



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Le suddette contestazioni sono state valutate dal dirigente [omissis], succeduto al dr. [omissis] nella presidenza della Commissione, ai fini della verifica del requisito dell'affidabilità morale della Società [omissis] S.r.l.,

All'esito della suddetta valutazione la [omissis] è stata esclusa dalla gara perché ritenuta inaffidabile per carenza, del requisito della moralità professionale, stante la gravità delle inadempienze riscontrate e contestate, riferite alla precedente gestione della concessione. La suddetta esclusione, comunicata alla Società interessata, non è stata fatta oggetto di alcuna impugnazione.

- Con riferimento alla riduzione del canone dovuto dalla Concessionaria, il vice segretario generale ha fatto presente che è stata inoltrata al Comune dalla stessa Concessionaria apposita istanza, che allo stato non risulta essere stata ancora esitata dal Dirigente. La stessa è supportata dalla ritardata assunzione della gestione del servizio, per ragioni in corso di accertamento.

Più in particolare, la Concessionaria assume che avendo avviato la gestione del servizio il 15 giugno anziché il 1° giugno abbia diritto ad una corrispondente riduzione del canone concessorio offerto in sede di gara. Sarà compito del Dirigente, ed eventualmente dell'Avvocatura comunale, verificare la sussistenza delle condizioni per l'accettazione o meno della suddetta richiesta di riduzione del canone.

### **Ritenuto in diritto**

Le questioni sollevate dall'Avvocatura comunale impongono le seguenti considerazioni.

La disposizione è stata introdotta nel d.lgs. 165/2001 dall'art. 1, comma 42, della l. 190/2012, con finalità di contenimento del rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

In particolare, come chiarito dal PNA, «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 per eliminare la "convenienza" di accordi fraudolenti».

Il PNA (All. 1) precisa al riguardo che i "dipendenti" interessati sono coloro che per il ruolo e la posizione ricoperti nell'amministrazione hanno avuto il potere di incidere in maniera determinante sulla decisione oggetto dell'atto e, quindi, coloro che hanno esercitato la potestà o il potere negoziale con riguardo allo specifico procedimento o procedura (dirigenti, funzionari titolari di funzioni dirigenziali, responsabile del procedimento nel caso previsto dall'art. 125, commi 8 e 11, del d.lgs. n. 163 del 2006).

I predetti soggetti nel triennio successivo alla cessazione del rapporto con l'amministrazione, *qualunque sia la causa di cessazione* (e quindi anche in caso di collocamento in quiescenza per raggiungimento dei requisiti di accesso alla pensione), *non possono avere alcun rapporto di lavoro autonomo o subordinato con i soggetti privati che sono stati destinatari di provvedimenti, contratti o accordi*. La disposizione contempla, al riguardo, 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.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Il PNA ha quindi previsto l'inserimento della condizione soggettiva di cui alla citata norma nei bandi di gara o negli atti prodromici agli affidamenti e la sanzione dell'esclusione dalle procedure di affidamenti, anche mediante procedura negoziata, nei confronti dei soggetti per i quali sia emerso il mancato rispetto del requisito previsto dalla norma (Par. 3.1.9 del PNA).

In conformità a quanto sopra, come noto, nel bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014, l'Autorità ha espressamente previsto l'introduzione, tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, del divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165/2001.

Al fine di chiarire alcuni aspetti dell'istituto del *pantouflage* disciplinato dalla norma in esame, l'Autorità ha adottato i pareri sulla normativa AG2 del 4 febbraio 2015, AG8 del 18 febbraio 2015, AG74 del 21 ottobre 2015, nonché gli orientamenti nn. da 1) a 4) e 24) del 2015, nei quali ha affermato, in particolare, quanto segue:

- Le finalità di prevenzione della corruzione perseguite dall'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001 richiedono *un'interpretazione ampia* della norma, con estensione della sua applicazione non solo ai dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni ma anche ai soggetti legati alla PA da un rapporto di lavoro a tempo determinato o autonomo, secondo quanto disposto al riguardo dall'art. 21 del d.lgs. 39/2013. Dunque, ai fini dell'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001, devono considerarsi *dipendenti* della PA anche i *soggetti titolari di uno degli incarichi* di cui al citato decreto 39/2013, 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.
- Con riferimento ai dipendenti con *poteri autoritativi e negoziali*, cui fa riferimento la norma in esame, l'Autorità ha affermato che tale definizione è riferita sia a coloro che esercitano concretamente ed effettivamente, per conto della PA, i poteri sopra descritti (coloro che emanano provvedimenti amministrativi per conto dell'amministrazione e perfezionano negozi giuridici attraverso la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente), sia ai dipendenti che - pur non esercitando tali poteri - sono tuttavia competenti ad elaborare atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, certificazioni, perizie) che incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale, ancorché redatto e sottoscritto dal funzionario competente.
- L'Autorità, inoltre, ha evidenziato la necessità di dare un'interpretazione ampia della definizione dei *soggetti privati* destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri (autoritativi e negoziali), presso i quali i dipendenti, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, non possono svolgere attività lavorativa o professionale. E' stato quindi chiarito che occorre ricomprendere in tale novero anche i soggetti formalmente privati ma partecipati o in controllo pubblico, nonché i soggetti che *potenzialmente* avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri e che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi.

Da quanto sopra deriva, dunque, che le finalità perseguite dalla disposizione in esame impongono una lettura della stessa non limitata al dato letterale ma ampia e conforme all'intenzione del legislatore di contenere, attraverso l'istituto ivi previsto del *pantouflage*, il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

Sulla base di tale indirizzo e delle chiare indicazioni del PNA in materia, si ritiene che le disposizioni di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 165/2001 debbano trovare applicazione anche in relazione al personale – titolare dei poteri sopra indicati - che nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

lavoro con la PA, si costituisca nuovo operatore economico, rivesta in tale compagine il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione e in tali qualità partecipi alle gare indette dall'amministrazione presso la quale abbia svolto attività lavorativa.

Ciò in quanto, sotto il profilo soggettivo, ai fini dell'applicazione del divieto *ex art. 53, comma 16-ter*, l'ex dipendente in questione è stato, nella fattispecie, il *direttore generale* di una società *in house* del Comune; ruolo rivestito nei tre anni precedenti la cessazione del servizio (2008-2014). La partecipazione di tale ex dipendente nella nuova società non è limitata al possesso di azioni, ma lo stesso riveste anche il ruolo di presidente del Consiglio di amministrazione, prestando in tale veste evidentemente anche la propria attività professionale (la norma vieta agli ex dipendenti, nel periodo di raffreddamento, di prestare attività lavorativa o *professionale* presso i soggetti privati).

Infine, con riferimento agli operatori economici presso i quali l'ex dipendente non può prestare servizio nel periodo di raffreddamento, sulla base di una interpretazione ampia della norma, come auspicata nel PNA, devono ritenersi inclusi in tale novero anche gli operatori potenzialmente destinatari dell'attività autoritativa e negoziale della PA.

A tal riguardo si osserva che a seguito dell'emanazione del bando di gara, per l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento del Comune, potenzialmente destinatari dello stesso devono ritenersi *tutti* i soggetti che fino alla scadenza del termine fissato per la ricezione delle offerte, possono prendere parte alla selezione in qualità di concorrenti.

Nel caso di specie, infatti, secondo quanto emerge dalla nota predisposta dal Comune di Arzachena (acquisita al prot. n. 135702 del 19.10.2015 e relativi allegati), la società [omissis] (aggiudicataria provvisoria della gara) - il cui presidente del c.d.a. e socio al 50% è l'ex direttore generale della società *in house* del Comune - è stata costituita *tre giorni prima* del termine fissato per la presentazione delle offerte ed ha *preso parte alla procedura di gara in qualità di concorrente*, con ciò rientrando tra i soggetti nei confronti dei quali, secondo la norma in esame, l'amministrazione ha esercitato attività provvedimento nei termini sopra indicati.

La fattispecie descritta rientra, dunque, nel campo di applicazione del citato art. 53, comma 16-ter ed anzi la costituzione della società [omissis] tre giorni prima del termine fissato per la ricezione delle offerte, sembra invero finalizzata ad aggirare l'applicazione del divieto posto dalla norma.

A ciò si aggiunga che dalla predetta nota del Comune di [omissis] emerge che la società *in house*, presso la quale l'ex dipendente ha ricoperto il ruolo di direttore generale nel periodo di raffreddamento, ha svolto in passato il servizio oggetto della gara (gestione dei parcheggi comunali a pagamento).

Pertanto, la partecipazione alla procedura selettiva della [omissis], sembra configurare una violazione della *par condicio* dei concorrenti, posto che la presenza nella predetta compagine dell'ex direttore generale della società *in house* che ha gestito in passato il servizio oggetto della gara, può aver determinato, in sede di formulazione dell'offerta, un'asimmetria informativa in favore della stessa [omissis] rispetto agli altri concorrenti, in grado di minare il corretto svolgimento della gara.

Tutto ciò premesso e considerato,

**Delibera**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- che l'Amministrazione, con riferimento all'avvicendamento dei dirigenti [omissis] e [omissis] all'interno della Commissione di gara e alla riduzione del canone dovuto dalla Concessionaria abbia fornito esaurienti chiarimenti;
  - che la partecipazione alla procedura selettiva della [omissis] s.r.l.s., sembra configurare una violazione della *par condicio* dei concorrenti, posto che la presenza nella predetta compagine dell'ex direttore generale della società *in house* che ha gestito in passato il servizio oggetto della gara, può aver determinato, in sede di formulazione dell'offerta, un'asimmetria informativa in favore della stessa [omissis] s.r.l.s rispetto agli altri concorrenti, in grado di minare il corretto svolgimento della gara;
  - che, in relazione a tale aspetto, nonché ai tempi ed alle modalità di costituzione della società, che appaiono finalizzate ad eludere l'applicazione del divieto posto dall'art. 53, comma 16-ter d.lgs. 165/2001, debba essere effettuata apposita segnalazione alla competente Procura della Repubblica.
- Ritiene, infine, che, in relazione a tale aspetto, nonché ai tempi ed alle modalità di costituzione della società, che – come sopra illustrato - appaiono finalizzate ad eludere l'applicazione del divieto posto dall'art. 53, comma 16-ter d.lgs. 165/2001, sia opportuno effettuare apposita segnalazione alla competente Procura della Repubblica.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2016

Il Segretario, Maria Esposito