



Provincia di Benevento

Servizio Anticorruzione e Trasparenza

Decreto n° 2 del 31/05/2021

Pubblicazione in data al n. _____

OGGETTO: Procedimento relativo alla “dichiarazione di nullità” del Decr. P. 24/2019 e della Del. P. 238/2019 - procedimento vigilanza ANAC UVIF 987/2020 art 16 d. lgs 39/2013 – DEL. N. 269/2021 accertamento inconferibilità incarico DIRETTORE GENERALE della PROVINCIA DI BENEVENTO e COMMISSARIO STRAORDINARIO ASEA all’avv. NICOLA BOCCALONE ex art 7 comma 2 lett a) e c) decr. leg.vo n. 39/2013 – accertamento e valutazione del RPC ex art. 15 comma 1 - conclusione del procedimento

IL RESPONSABILE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

1. PREMESSE

Con nota prot. 77750/2020 protocollo Ente 24589 del 20.10.2020, l’ANAC ha comunicato l’avvio di un procedimento di vigilanza circa il conferimento dell’incarico di Direttore generale della provincia di Benevento e di Commissario Straordinario della Società ASEA dell’avvocato Nicola Boccalone. In particolare **il procedimento di vigilanza si è aperto:**

- 1) sulla base di segnalazioni di soggetti terzi**, da cui è emerso che l’avvocato Boccalone:
 - 1) ha svolto un incarico di consulenza giuscontabile a favore della Provincia di Benevento;
 - 2) in sede di procedura di nomina, ha dichiarato di avere procedimenti penali in corso;
 - 3) è stato condannato, con sentenza n. 976/2011, dalla Corte dei Conti per danno erariale e la causa è stata definita dal ricorrente mediante il pagamento ridotto della somma definita nel giudizio di primo grado;
- 2) sulla base della istruttoria condotta d'ufficio**, da cui emerso che l’avv Boccalone ha svolto i seguenti incarichi:
 - 4) dal 07/01/2016 e sino al 30/12/2019 Amministratore Unico della Società IrpiniAmbiente;
 - 5) dal 15/03/2016 ad oggi liquidatore, congiuntamente ad altri due soggetti, del Consorzio smaltimento rifiuti Avellino 1 e del Consorzio smaltimento rifiuti Avellino 2;
 - 6) dal 11/11/2009, prorogato più volte, da ultimo il 29/07/2020 sino al 18/11/2020, Commissario straordinario dell’Azienda speciale Agenzia Sannita Energia Ambiente (in breve ASEA).

Il procedimento di vigilanza ANAC si conclude con nota del 09.04.2021, prot. 29275 con cui l’AUTORITA’ NAZIONALE ANTICORRUZIONE notifica agli interessati la **deliberazione n. 269 del 23.03.2021 del Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione** di accertamento – ai sensi e per gli effetti di cui all’art 16 comma 1 del D. Lgs 39/2013 - dell’inconferibilità dell’Avv. Nicola Boccalone dell’incarico di DIRETTORE GENERALE della PROVINCIA DI

BENEVENTO e di COMMISSARIO STRAORDINARIO dell'AS ASEA.

2. CONTESTAZIONI E ACCERTAMENTI DI ANAC – PROVVEDIMENTO VIGILANZA UVIF 987/2020 E DELIBERA 269/2021 – ART 16 D. LGS. 39/2013

Secondo l'ANAC:

- 1) **Lo svolgimento dell'INCARICO DI CONSULENTE GIUSCONTABILE** per la gestione del ciclo dei rifiuti della Provincia di Benevento conferito nei due anni precedenti la nomina da Direttore Generale della Provincia di Benevento **potrebbe astrattamente integrare** la fattispecie di inconfiribilità prevista dall'art. 4, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 39/2013. **Tuttavia, gli artt. 4 e 9 del d.lgs. n. 39/2013 non trovano applicazione alle prestazioni lavorative di tipo occasionale**, non avendo le stesse il carattere della continuità e della stabilità dell'attività professionale. **Tenuto conto che l'attività professionale svolta dall'Avv. Boccalone si è esaurita in un'unica prestazione**, della durata di soli due mesi, come confermato in sede di memorie difensive delle parti, si ritiene che l'attività di consulenza prestata dal medesimo sia di tipo episodico e non presenti i requisiti della stabilità e della continuità. Di conseguenza l'attività professionale di cui trattasi **NON È RILEVANTE ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di inconfiribilità ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 39/2013.**
- 2) **in merito al PROCEDIMENTO PENALE** in capo all'Avv. Boccalone, si è appreso che lo stesso procedimento, avente ad oggetto il reato di cui all'art. 674 c.p., è stato estinto per oblazione ai sensi dell'art. 162 c.p.p. per cui il **provvedimento NON ASSUME RILIEVO NEL PROCEDIMENTO di vigilanza**, in quanto **non determina violazione delle disposizioni del decreto legislativo n. 39/2013**
- 3) **In ordine alla CONDANNA EMESSA DALLA CORTE DEI CONTI**, la stessa corte dei conti ha configurato la condotta dell'Avv. Boccalone caratterizzata da colpa grave e non da dolo per cui il **provvedimento non assume rilievo nel procedimento di vigilanza**, in quanto **NON DETERMINA VIOLAZIONE delle disposizioni del decreto legislativo n. 39/2013**
- 4) **L'assunzione dell'INCARICO DI DIRETTORE GENERALE presso la Provincia di Benevento**, conferito in data 19/07/2019, ente avente una popolazione superiore ai 15.000 abitanti, integra l'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 7, co. 2 lett. a) d.lgs. 39/2013 rispetto al precedente incarico di Amministratore Unico della società IrpiniAmbiente S.p.A. all'avvocato Nicola Boccalone rispetto al precedente incarico di Amministratore Unico della Società IrpiniAmbiente.

Secondo l'ANAC, poteva sussistere una presunta violazione dell'art. 7 del d. lgs. n. 39/2013 che, nel disciplinare le varie ipotesi di "inconfiribilità di incarichi di vertice in amministrazioni pubbliche di cui all'art 1 comma 2 del D. Lgs 32/2013", ha previsto, al comma 2, lettera a) 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 (...) 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) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15,000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione; ...”.

Più precisamente, l'Autorità ha rappresentato che:

- 1) **la società IrpiniAmbiente s.p.a. è definibile alla stregua di ente di diritto privato in controllo pubblico** secondo la definizione del d.lgs. n.39/2013, art 7 comma 2 lett. a), poichè ricorrono due requisiti concorrenti:
- uno relativo al **tipo di funzione esercitata** in quanto ai sensi dell'art. 4 dello Statuto, è conferita alla società la gestione dei siti di stoccaggio dei rifiuti, delle discariche e degli impianti di proprietà o in possesso della Provincia per il trattamento, la trasferimento, lo smaltimento, il recupero ed il riciclaggio dei rifiuti.
 - l'altro relativo al **sistema di governance**, in quanto il capitale sociale appartiene interamente alla Provincia di Avellino, in veste di socio unico. Sussiste, dunque, il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. cui fa riferimento la definizione di cui alla lett. c) citata, disponendo la Provincia di Avellino la totalità dei voti in Assemblea.
- 2) **l'incarico ricoperto dall'avv. NICOLA BOCCALONE, quale Amministratore Unico di IrpiniAmbiente** sarebbe riconducibile alle definizioni individuate nell'art. 1, co.2 alla lett. I) la quale definisce gli “incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti di privati in controllo pubblico” individuandoli negli incarichi di “*Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di ogni altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato [...]*”. l'Anac sostiene che la titolarità di poteri gestionali risulta insita nella carica di amministratore unico della società e tale assunto risulta confermato dalle disposizioni statutarie di cui all'art. 16 dello Statuto, il quale dispone che la società è amministrata da un amministratore unico e di cui al successivo art. 17, che investe l'organo amministrativo dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della Società, essendo ad esso demandato di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione dell'oggetto sociale, salvo quanto espressamente riservato all'assemblea per legge e in forza dello Statuto e fatto altresì salvo quanto stabilito all'art. 25 del presente Statuto. Tanto considerato, l'Amministratore Unico è organo di gestione della società IrpiniAmbiente e, pertanto, non sorgono dubbi circa la sua riconducibilità alla suddetta definizione.
- 3) Per quanto concerne la **natura giuridica dell'incarico di Direttore Generale della Provincia di Benevento quale “incarico amministrativo di vertice della provincia”** l'Anac precisa che l'art. 1, co. 2 lett. i) definisce «incarichi amministrativi di vertice» “*gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione*”. La figura del Direttore Generale è disciplinata dall'art. 108 D.lgs. 267/2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) il quale **non lascia margini di dubbio sulla qualificazione dell'incarico di Direttore Generale della Provincia di Benevento quale incarico amministrativo di vertice ai sensi dell'art. 1, co. 2 lett. i) d.lgs. 39/2013**. A tal proposito non è accoglibile la censura mossa dalla difesa secondo cui l'incarico di Direttore Generale non rilevarebbe in quanto non dotato di poteri a carattere gestionale in senso stretto, ma con obiettivi di coordinamento e riorganizzazione delle strutture amministrative dell'ente provinciale.

In conclusione l'ANAC, giusti i presupposti di cui sopra, riteneva che l'attribuzione all'Avv. Bocalone della carica di Direttore Generale della Provincia di Benevento contestualmente alla carica di A.U. della Società IrpiniAmbiente realizza una violazione della disposizione di cui all'art. 7, co. 2 lett. a) del d.lgs. n.39/2013, configurando, dunque, un'**IPOTESI DI INCONFERIBILITÀ**.

5) Incarico, congiuntamente ad altri due soggetti, di LIQUIDATORE DEL CONSORZIO SMALTIMENTO RIFIUTI AVELLINO 1 E DEL CONSORZIO SMALTIMENTO RIFIUTI AVELLINO 2.

Secondo l'ANAC, l'assunzione degli incarichi di liquidatore del Consorzio smaltimento rifiuti Avellino 1 e del Consorzio smaltimento rifiuti Avellino 2 potrebbero astrattamente integrare l'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 7, co. 2 lett. c) d.lgs. 39/2013 **rispetto al precedente incarico di Amministratore Unico della società IrpiniAmbiente S.p.A.** Tale disposizione, come già sopra menzionato, dispone 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 (...) 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...:

...c) gli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale”.

Dunque il “Soggetto liquidatore” nominato per i Consorzi di cui trattasi è organo collegiale all'interno del quale l'Avv. Boccalone risulta essere un semplice membro, dunque equiparabile ad un membro semplice di un consiglio di amministrazione. Tale circostanza è confermata dal sito dell'Indice delle Pubbliche Amministrazioni (indicepa.gov.it) — Scheda riferimenti Ente - dal quale risulta Responsabile dei Consorzi il Presidente Dott. Felicio De Luca.

A tal proposito l'ANAC ha ritenuto, in base ai suoi stessi orientamenti consolidati, che **l'incarico conferito all'Avv. Boccalone, in qualità di membro del soggetto liquidatore dei suddetti Consorzi, non rientri nella definizione di amministratore di ente pubblico di cui all'art.1 co. 2 lett. l) d.lgs. 39/2013** e, di conseguenza, **L'ASSUNZIONE DI TALE INCARICO RISULTA LEGITTIMA ai sensi del d.lgs. n.39/2013.**

6) Assunzione di incarico di COMMISSARIO STRAORDINARIO DELL'AZIENDA SPECIALE ASEA, conferito, in data 11.11.2019, ente di diritto privato in controllo pubblico (art. 7 co. 2 lett. lett.c) d.lgs. 39/2013)

Secondo l'ANAC, l'assunzione dell'incarico di Commissario straordinario presso l'Azienda Speciale della Provincia di Benevento ASEA da parte dell'Avv. Boccalone, potrebbe astrattamente integrare l'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 7, co. 2 lett. c) d.lgs. 39/2013 rispetto al precedente incarico di Amministratore Unico della società IrpiniAmbiente S.p.A., poiché la richiamata norma prevede 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 (...) 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:....*

...c) gli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale”.

A dire dell'ANAC gli elementi costitutivi attengono tanto all'incarico in provenienza quanto a quello in destinazione e sono:

- 1) essere o essere stati nell'anno antecedente (cd. “periodo di raffreddamento”) presidente o amministratore delegato di enti diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e le loro forme associative della stessa regione**

A tal proposito l'ANAC sostiene che per l'avvocato Boccalone, in qualità di Amministratore Unico di IrpiniAmbiente, valgono le considerazioni espresse nello stesso atto per l'incarico di Direttore Generale.

2) **ricoprire in destinazione l'incarico di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale**

A tal proposito L'ANAC qualifica l'Azienda speciale ASEA come ente pubblico (*alias di diritto pubblico*) di livello provinciale ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. b) d.lgs. 39/2013, e qualifica l'incarico di Commissario Straordinario dell'avvocato Boccalone – come da decreto presidenziale n. 238 del 11.11.2019 - ascrivibile alla definizione di cui all'art. 1, co. 2, lett. I) d.lgs. 39/2013, in quanto organo di amministrazione dell'Azienda stessa durante il commissariamento.

In conclusione, l'ANAC, giusti i presupposti di cui sopra, riteneva **SUSSISTENTE**, nella fattispecie, una **IPOTESI DI INCONFERIBILITÀ** di incarico, in quanto l'attribuzione all'Avv. Boccalone della carica di Commissario Straordinario dell'ASEA contestualmente alla carica di A.U. della Società IrpiniAmbiente comporta una violazione della disposizione di cui all'art. 7, co. 2 lett. c) del d.lgs. n. 39/2013.

3. CONTRODEDUZIONI DEGLI INTERESSATI NEL PROCEDIMENTO DI VIGILANZA

L'Avv. Boccalone e il Presidente della Provincia di Benevento hanno presentato istanza di accesso agli atti e memorie a difesa – l'avv. Boccalone previa audizione - richiedendo su tutti i punti l'archiviazione del fascicolo.

Anche il Presidente Soggetto Liquidatore del Consorzio di Smaltimento rifiuti Avellino 1 e Avellino 2 ha trasmesso le proprie memorie a difesa rispetto alla nomina dell'Avv. Boccalone quale liquidatore di tali enti. Infine, l'Avv. Nicola Boccalone ha richiesto

Successivamente, con nota prot 29275 del 09.04.2021, acquisita al prot. n. 10290 del 09.04.2021, l'ANAC ha trasmesso la deliberazione n. 269 del 23.03.2021 del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la quale è stata accertata nel procedimento di vigilanza avviato e sopra descritto, previsto dalla normativa di cui al Decreto Leg.vo 39/2013, l'inconferibilità dell'avv. Nicola Boccalone, già Amministratore Unico di IrpiniAmbiente spa, dell'incarico di DIRETTORE GENERALE della PROVINCIA DI BENEVENTO e di COMMISSARIO STRAORDINARIO dell'Azienda Speciale ASEA, ai sensi dell'art. 7 comma 2 lettera a) e c) del Decreto Legislativo n.39/2013.

4. ATTIVITA' DEL RESPONSABILE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE DELLA PROVINCIA DI BENEVENTO – PROCEDIMENTO ART 15 D. LGS 39/2013

1. AVVIO DEL PROCEDIMENTO

In data 20.04.2021, con nota protocollo 11108 nell'esercizio dei poteri concessi dalla norma (art. 15 comma 1 D. Lgs 39/2013) e dalla consolidata giurisprudenza (ex multis Consiglio di Stato 126/2018), il sottoscritto Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza della Provincia di Benevento giusto decreto presidenziale n. 32 del 17.11.2020, ha notificato avvio del procedimento di accertamento ed eventuale successiva dichiarazione di nullità dell'incarico di Direttore Generale e di Commissario straordinario ASEA, nella valutazione di quanto conseguito al procedimento di vigilanza ANAC di cui alla deliberazione n. 269/2021, demandando ad un momento successivo – ovvero alla eventuale dichiarazione di nullità dell'incarico – l'eventuale attivazione del procedimento sanzionatorio

RICORDATO:

che, ai sensi del D. Lgs. n° 39/2013, come anche chiarito dall'ANAC con Delibera n. 833 del 3 agosto 2016 (Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'A.N.AC. in caso di incarichi inconferibili e

incompatibili.), l'RPC è dunque il “soggetto cui la legge, secondo l'interpretazione dell'ANAC e della stessa giurisprudenza amministrativa, riconosce il potere di avvio del procedimento, di accertamento e di verifica della sussistenza della situazione di inconferibilità, di dichiarazione della nullità dell'incarico, nonché il successivo potere sanzionatorio nei confronti degli autori della nomina dichiarata nulla perché inconferibile”;

che per oramai unanime giurisprudenza amministrativa “il tipizzato procedimento di contestazione dell'inconferibilità e incompatibilità dell'incarico è di competenza propria del Responsabile per la prevenzione della corruzione all'interno della pubblica amministrazione o dell'ente pubblico o privato soggetto a controllo pubblico. La norma non prevede, al riguardo, poteri di ordine dell'ANAC.”, indi l'ANAC ha un potere conformativo ma non di ingerenza paragerarchica nell'amministrazione attiva che non le è conferito da alcuna norma, neppure implicitamente e ne consegue che il potere di ordine così come il potere di annullamento non è insito nell'attività di vigilanza dell'ANAC svolta ai sensi dell'art. 16, comma 1 del D. Lgs 39/2013 (ex multis CdS sent. n. 126/2018).

che l'art. 18 del D. Lgs 39/2013 attribuisce la competenza, inoltre, in ordine all'attività sanzionatoria al RPC dell'ente interessato, il quale, qualora ritenga configurabile la violazione del d.lgs. n. 39/2013 oltre ad accertare ai sensi dell'art. 15 dello stesso decreto, che la nomina sia inconferibile o incompatibile con specifico riferimento alle fattispecie di inconferibilità, dichiara la nullità e valuta se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18.

che l'avvio del distinto procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18, D.Lgs. n°39/2013, ossia di accertamento dell'elemento soggettivo della colpevolezza in capo all'organo conferente l'incarico - che deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio - deve riservarsi ad un momento eventuale e successivo poiché conseguente solo all'esito dell'eventuale dichiarazione di nullità dell'incarico inconferibile;

che la stessa ANAC nella delibera 833/2016 ha ritenuto che non vi sia alcun automatismo dell'applicazione della sanzione prevista a carico dell'organo conferente dall'art 18 del D. Lgs 39/2013, tant'è che ha ritenuto necessario (Delibera n. 67/2015) far precedere la sanzione che vieta all'organo conferente di affidare incarichi per un periodo pari a tre mesi, da una verifica - tra l'altro anche molto attenta - dell'elemento psicologico della “colpevolezza” e la suddetta sanzione non può essere irrogata a prescindere da tale indagine sull'elemento psicologico di chi deve subirla. L'ANAC ha pure precisato che se così non fosse, se cioè nessuna indagine sull'elemento soggettivo fosse richiesta al RPC nell'ambito del procedimento sanzionatorio avviato, ci si troverebbe di fronte ad un procedimento incostituzionale per contrasto con i principi di razionalità e parità di trattamento con altre sanzioni amministrative, per violazione dei principi generali in materia di sanzioni amministrative, applicabili in via generale in base all'art. 12 della legge n. 689/81 e per violazione del diritto di difesa e del principio di legalità dell'azione amministrativa di cui agli articoli, rispettivamente, 24 e 97 Cost.;

ATTESO CHE

- ai sensi dell'art 20 comma 2 del regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi e sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari del 29.03.2017, il sottoscritto RPC alla scadenza di 45 giorni ha comunicato, con nota protocollo 13347/2021, lo stato del procedimento all'ANAC;
- si è ricevuto riscontro ANAC protocollo 42181 di data 25.05.2021 giunto all'ente in data 26.05.2021 al n. prot. 13598 e preso atto del punto di vista dell'Autorità - come declamato all'interno della deliberazione ANAC 833/2016 - in merito al “potere di ordinare” un “facere” al RPCT in relazione agli adempimenti in essa previsti;

- il costante orientamento giurisprudenziale, come si è sopra esposto, ritiene che all'ANAC spetti, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 39/2013 solo un potere di vigilanza sui singoli atti di conferimento di incarichi, su cui può sollecitare un'attivazione di controllo da parte del RPCT, in quanto organo interno deputato ad accertare e contestare all'interessato eventuali situazioni di inconferibilità e incandidabilità, con conseguente potere di irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 18, co. 1, d. lgs. 39/2013, tra cui vi rientra anche la dichiarazione di nullità dell'incarico precedentemente conferito;
- i "poteri di ordine" riconducibili al più generale potere di indirizzo e vigilanza, sono predicabili solo in presenza di un rapporto di sovraordinazione gerarchica o para-gerarchica tra enti, che evidentemente manca tra Anac e le pubbliche amministrazioni, essendo la prima una Autorità indipendente che non ha le medesime finalità delle altre pubbliche amministrazioni (circostanza che giustificherebbe la relazione gerarchica) ma è preposta "a verificare nell'interesse generale il rispetto delle regole in rapporto al settore di competenza da parte di operatori pubblici e privati";
- si concorda con ANAC in relazione alla natura giuridica delle sue deliberazioni di accertamento delle inconferibilità/incompatibilità, le quali, come confermato dalla recente giurisprudenza del consiglio di stato (sent. 126/2018), pure richiamata dalla stessa ANAC nell'interlocutoria del 25.05.2021, hanno potere conformativo della realtà giuridica, di tal che possono essere impugnate davanti al giudice amministrativo e nella consapevolezza che quello stesso magistrato richiamato dall'ANAC a fondamento di tale fatto incontrovertibile (consiglio di stato 126/2018), ha pure fatto autorevolmente chiarezza sulla natura del potere di accertamento che l'art 16 del d.lgs. 39/2013 attribuisce ad Anac e sulla differenza fra questo ed il potere del RPC interno all'Ente. Logica conseguenza del ragionamento del giudice è che i due poteri coesistono in ambiti differenti seppure con le stesse finalità;

VISTO che le parti coinvolte hanno avuto assegnato, a mezzo provvedimento di avvio del procedimento, termine per presentare integrazioni alla documentazione già in possesso di questo ufficio e eventuali memorie e che solo l'avvocato Boccalone ha presentato nota di integrazione della documentazione a mezzo pec di data 28.04.2021 con la quale ribadiva quanto affermato in contraddittorio nel procedimento UVIF 987/2020, integrando la documentazione relativa alla figura sua figura di amministratore unico presso Irpiniambiente ed alle attività compiute nonché alla natura giuridica della società;

PREMESSO TUTTO QUANTO SOPRA

RITENUTO di confermare quanto accertato da ANAC, in ordine alle archiviazioni del procedimento per le contestate presunte inconferibilità/incompatibilità, come contenute nella deliberazione 269/2021, ovvero:

- 1) Archiviazione dell'ipotesi di inconferibilità per lo svolgimento dell'INCARICO DI CONSULENTE GIUSCONTABILE** per la gestione del ciclo dei rifiuti della Provincia di Benevento conferito nei due anni precedenti la nomina da Direttore Generale della Provincia di Benevento per la fattispecie prevista dall'art. 4, comma 1, lett. a) del D.Igs. n. 39/2013;
- 2) Archiviazione dell'ipotesi di presunte violazioni del D. Lgs 39/2013 per il PROCEDIMENTO PENALE** in capo all'Avv. Boccalone avente ad oggetto il reato di cui all'art. 674 c.p. che è stato estinto per oblazione ai sensi dell'art. 162 c.p.p.;
- 3) Archiviazione dell'ipotesi di presunte violazioni del D. Lgs 39/2013 per la CONDANNA EMESSA DALLA CORTE DEI CONTI** caratterizzata da **COLPA GRAVE E NON DOLO**;
- 4) Archiviazione dell'ipotesi di presunte violazioni del D. Lgs 39/2013 per l'incarico, congiuntamente ad altri due soggetti, di LIQUIDATORE DEL CONSORZIO**

SMALTIMENTO RIFIUTI AVELLINO 1 E DEL CONSORZIO SMALTIMENTO RIFIUTI AVELLINO 2, poiché l'incarico conferito all'Avv. Boccalone, in qualità di membro del soggetto liquidatore dei suddetti Consorzi, non rientra nella definizione di amministratore di ente pubblico di cui all'art. 1 co. 2 lett. 1) d.lgs. 39/2013;

DI SEGUITO l'analisi e conclusione del presente procedimento di accertamento:

- 5) per l'ipotesi di **inconferibilità dell'incarico di DIRETTORE GENERALE della PROVINCIA DI BENEVENTO** dell'avv. Nicola Boccalone in quanto titolare di un incarico di provenienza di "Amministratore Unico della Società IrpiniAmbiente PA", ai sensi dell'art. 7 comma 2 lettera a) del Decreto Legislativo n. 39/2013;
- 6) per l'ipotesi di **inconferibilità dell'incarico di COMMISSARIO STRAORDINARIO dell'AS ASEA** dell'avv. Nicola Boccalone in quanto titolare di un incarico di provenienza di "Amministratore Unico della Società IrpiniAmbiente PA", ai sensi dell'art. 7 comma 2 lettera c) del Decreto Legislativo n. 39/2013;

e eventuale dichiarazione di nullità conseguente.

2. ANALISI DELLA CONFIGURABILITA' DELLE IPOTESI DI INCONFERIBILITA' DEGLI INCARICHI DI DIRETTORE GENERALE DELLA PROVINCIA DI BENEVENTO E DI COMMISSARIO STRAORDINARIO DELL'A.S. ASEA

1. NORMATIVA

DECRETO LEGISLATIVO 39/2013

Art. 1. Definizioni

1. Ai fini del conferimento di incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico si osservano le disposizioni contenute nel presente decreto, fermo restando quanto previsto dagli articoli 19 e 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché dalle altre disposizioni vigenti in materia di collocamento fuori ruolo o in aspettativa.

2. Ai fini del presente decreto si intende:

- a) per «**pubbliche amministrazioni**», le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità amministrative indipendenti;*
- b) per «**enti pubblici**», gli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati;*
- c) per «**enti di diritto privato in controllo pubblico**», 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;*
- d) per «**enti di diritto privato regolati o finanziati**», 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;*

e) *per «incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati», le cariche di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato, le posizioni di dirigente, lo svolgimento stabile di attività di consulenza a favore dell'ente;*

f) *per «componenti di organi di indirizzo politico», le persone che partecipano, in via elettiva o di nomina, a organi di indirizzo politico delle amministrazioni statali, regionali e locali, quali Presidente del Consiglio dei ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato e commissario straordinario del Governo di cui all'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400, parlamentare, Presidente della giunta o Sindaco, assessore o consigliere nelle regioni, nelle province, nei comuni e nelle forme associative tra enti locali, oppure a organi di indirizzo di enti pubblici, o di enti di diritto privato in controllo pubblico, nazionali, regionali e locali;*

g) *per «inconferibilità», la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico;*

h) *per «incompatibilità», l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico;*

i) *per «incarichi amministrativi di vertice», gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione;*

j) *per «incarichi dirigenziali interni», gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, appartenenti ai ruoli dell' amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione;*

k) *per «incarichi dirigenziali esterni», gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni;*

l) *per «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», 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.*

Art. 2. Ambito di applicazione

1. **Le disposizioni del presente decreto si applicano** agli incarichi conferiti nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi compresi gli enti pubblici, nonché negli enti di diritto privato in controllo pubblico.

2. Ai fini del presente decreto **al conferimento negli enti locali di incarichi dirigenziali è assimilato quello di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale**, nonché di tali incarichi a soggetti con contratto a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 110, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Art. 7. Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale

1. A coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della regione che conferisce l'incarico, ovvero nell'anno precedente siano stati componenti della giunta o del consiglio di una provincia o di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti della medesima regione o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione della medesima regione, oppure siano stati presidente o amministratore delegato di un ente di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione ovvero da parte di uno degli enti locali di cui al presente comma non possono essere conferiti:

- a) gli incarichi amministrativi di vertice della regione;
- b) gli incarichi dirigenziali nell'amministrazione regionale;
- c) gli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello regionale;
- d) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico di livello regionale.

2. 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) **gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione;**
- b) **gli incarichi dirigenziali nelle medesime amministrazioni di cui alla lettera a);**
- c) **gli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale;**
- 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.

3. Le inconferibilità di cui al presente articolo non si applicano ai dipendenti della stessa amministrazione, ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico che, all'atto di assunzione della carica politica, erano titolari di incarichi.

Art. 15. Vigilanza sul rispetto delle disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico

1. Il responsabile del piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico, di seguito denominato «responsabile», cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla

inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto.

2. Il responsabile segnala i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative.

3. Il provvedimento di revoca dell'incarico amministrativo di vertice o dirigenziale conferito al soggetto cui sono state affidate le funzioni di responsabile, comunque motivato, è comunicato all'Autorità nazionale anticorruzione che, entro trenta giorni, può formulare una richiesta di riesame qualora rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia di prevenzione della corruzione. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace.

Art. 20. Dichiarazione sulla insussistenza di cause di inconferibilità o incompatibilità

1. All'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenta una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità di cui al presente decreto.

2. Nel corso dell'incarico l'interessato presenta annualmente una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di incompatibilità di cui al presente decreto.

3. Le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 sono pubblicate nel sito della pubblica amministrazione, ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico.

4. La dichiarazione di cui al comma 1 è condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico.

5. Ferma restando ogni altra responsabilità, la dichiarazione mendace, accertata dalla stessa amministrazione, nel rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio dell'interessato, comporta la inconferibilità di qualsivoglia incarico di cui al presente decreto per un periodo di 5 anni.

DECRETO LEGISLATIVO 175/2016 - TUSP

Art. 2. Definizioni

1. Ai fini del presente decreto si intendono per

a) «amministrazioni pubbliche»: le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale;

b) «controllo»: la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo;

c) «controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante;

d) «controllo analogo congiunto»: la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

e) «enti locali»: gli enti di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

- f) «partecipazione»: la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi;
- g) «partecipazione indiretta»: la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica;
- h) «servizi di interesse generale»: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale;
- i) «servizi di interesse economico generale»: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato;
- l) «società»: gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;
- m) «società a controllo pubblico»: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b);
- n) «società a partecipazione pubblica»: le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico;
- o) «società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3;
- p) «società quotate»: le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

CODICE CIVILE – ART 2359

Società controllate e società collegate

Sono considerate società controllate:

1. *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
2. *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
3. *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

2. ANALISI

Interpretazione rigorosa

Va in primo luogo specificato che la preclusione alla copertura di una carica comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di un incarico pubblico deve essere interpretata in modo rigoroso, restando precluse opzioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o solo estensivo (ex multis: Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009.).

Dunque, le norme del d.lgs. n. 39/2013:

- 1) sono «*di stretta interpretazione e non ammette interpretazione estensiva attese le rilevanti limitazioni all'esercizio del diritto di ricoprire cariche pubbliche che la disposizione comporta. A tale riguardo, il Consiglio di Stato ha recentemente statuito che la disciplina dell'art. 4 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, relativa alla inconferibilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati, comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di un incarico pubblico, deve essere interpretata in modo rigoroso, restando precluse opzioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o solo estensivo (consiglio di stato Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009)»;*
- 2) «*l'impossibilità di accedere ad un'interpretazione anche solo estensiva, che il massimo organo di giustizia amministrativa ha considerato imposta dalla natura stessa della norma citata, non si ritiene superabile. E ciò, pur tenuto conto del fatto che l'ANAC, la quale, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 39/2013, esercita la vigilanza sul rispetto delle disposizioni contenute nel decreto medesimo, ha invece considerato ammissibile un'interpretazione estensiva dell'art. 4 del d.lgs. n. 39/2013...(Delibera n. 613/2016)» (Corte dei Conti, Sezione centrale del controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, Deliberazione n. 4/2017).*

1 IPOTESI

INCONFERIBILITA' – DIRETTORE GENERALE DELLA PROVINCIA DI BENEVENTO (art 7 comma 2 lett. a) d. lgs 39/2013)

L'avvocato Nicola Boccalone è stato “nominato” Direttore Generale della Provincia di Benevento, a seguito di procedura di selezione avviata in data con DP n. 147 del 04.07.2019 – che ne approvava il relativo avviso pubblico - e conclusasi con decreto del Presidente della Provincia n. 24 del 19.07.2019

L'avvocato Nicola Boccalone è stato “assunto con contratto di lavoro in data 24.10.2019 dichiarando all'interno del contratto, a mezzo addendum, che avrebbe rimosso le “cause di incompatibilità” esistenti alla data di sottoscrizione del contratto entro 30gg..

L'avvocato Nicola Boccalone ha preso “fisicamente” servizio in qualità di Direttore Generale presso la Provincia di Benevento in data 11.11.2019.

In data 12.11.2019 l'avvocato Nicola Boccalone, con nota assunta al prot. n. 31692 di pari data, comunica le proprie dimissioni da Amministratore Unico di Irpinia ambiente avvenute giusta verbale dell'Assemblea Ordinaria dell'a Società di data 29.10.2019 di accettazione delle dimissioni.

L'avvocato Nicola Boccalone non è più Direttore Generale della Provincia di Benevento giusta dimissioni di data 12.04.2021 consegnate mani proprie in pari data, e assunte al protocollo Ente n. 10556 del 13.04.2021.

Incarico di provenienza (art 7 comma 2 secondo periodo del D. Lgs 39/2013)

Per verificare l'esistenza dell'ipotesi di inconferibilità di cui trattasi è necessario analizzare l'incarico di provenienza: l'Avvocato Nicola Boccalone è stato Amministratore Unico di

Irpiniambiente dal 07.01.2016 sino alle dimissioni avvenute in data 29.10.2019 ed accettate giusta verbale dell'assemblea ordinaria, dunque ciò che deve essere accertato è se IRPINIAMBIENTE sia o non sia un Ente di diritto privato in controllo pubblico e se l'incarico dell'avvocato Boccalone presso IrpiniAmbiente sia inquadrabile nella figura dell'AMMINISTRATORE DELEGATO

1. ENTE DI DIRITTO PRIVATO IN CONTROLLO PUBBLICO

INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE

Ai sensi dell'art. 1 c. 2 lett c) del D.Lgs 39/2013 “*si intende ente di diritto privato in controllo pubblico la 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*”.

Quindi per definire un ENTE quale ENTE DI DIRITTO PRIVATO IN CONTROLLO PUBBLICO devono essere soddisfatti due requisiti:

- 1) **la funzione svolta** deve essere a favore di Enti pubblici e nell'oggetto vi deve essere lo **svolgimento di un servizio pubblico**
- 2) **il controllo pubblico** ovvero sia un ente o più enti pubblici devono esercitare su di esso un **controllo ai sensi del 2359** cc ovvero quando in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni finanziarie e gestionali strategiche richiedano il consenso unanime di tutti i soggetti che condividono il controllo

Secondo la relazione accompagnatoria al D. Lgs 39/2013 per quanto concerne “*gli «enti di diritto privato in controllo pubblico», la definizione è rilevante perché si tratta di comprendere tali enti tra quelli compresi nell'ambito di applicazione del decreto. La definizione è estesa a tutte le tipologie di soggetti privati che si debbano considerare in controllo pubblico: le società di capitali, ma anche le fondazioni e associazioni nelle quali le amministrazioni pubbliche abbiano un controllo effettivo, per titolarità della maggioranza delle azioni o per il riconoscimento, anche in caso di posizioni di minoranza, di poteri di influire fortemente sull'attività dell'ente, quali soprattutto i poteri di nomina degli amministratori. Una definizione ampia riporta nell'ambito delle limitazioni alla conferibilità e alla compatibilità degli incarichi una vasta serie di soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, la cui azione deve, quando svolgono funzioni pubbliche o attività di interesse pubblico, essere ispirata agli stessi principi di imparzialità che si applicano alle amministrazioni e agli enti pubblici.*”

Anche la lettera *m*) dell'articolo 2 del D. Lgs 175/2016 (TUSP) definisce **l'ENTE PRIVATO IN CONTROLLO PUBBLICO** come quello nel quale una o più amministrazioni pubbliche esercitano i poteri di controllo di cui all'articolo 2359 c.c. ovvero quello in cui, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni finanziarie e gestionali strategiche richiedano il consenso unanime di tutti i soggetti che condividono il controllo (che è esattamente ciò che prevede l'art 7 comma 2 del D. Lgs 39/2013).

Per capire la portata normativa relativa alle società pubbliche (partecipate, controllate e in house) in rapporto all'applicazione ad esse della disciplina sulle inconferibilità ed incompatibilità di cui al D. Lgs 39/2013 si deve partire dalla lettura delle norme.

L'art 2359, citato espressamente dall'art 7 comma 2 che qui interessa, ai suoi primi due commi così recita: “*Sono considerate società controllate:*

1. *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*

2. *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; ...*”

Come si è detto sopra l'art. 1 del D. Lgs. 39/2013, nella sezione destinata alle definizioni, individua e definisce chiaramente gli «**enti di diritto privato in controllo pubblico**», come “*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, che sono 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*”.

Il richiamo espresso all'art. 2359 c.c. dimostra in modo inequivocabile che il Legislatore ha inteso riferirsi al concetto di **controllo societario in senso tecnico**: controllo che, in base alla disposizione sopra richiamata, può essere attuato dal socio che dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; ovvero dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; o ancora esercita una influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali.

Per quanto attiene al caso degli enti in cui “*siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni (...) poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*”, sembra evidente il riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 2449 c.c. (“Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici”), che stabilisce che “*se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione del capitale sociale*”.

Può quindi affermarsi che:

1. **Da un lato**, le espressioni utilizzate dal Legislatore **non si riferiscono genericamente alle ipotesi di “società a capitale pubblico totalitario o maggioritario” (ccdd partecipate pubbliche)**, ma paiono prendere in considerazione esclusivamente le ipotesi in cui un socio pubblico di riferimento disponga di un potere di influenza **riconducibile alle ipotesi di cui agli artt. 2359 c.c. o 2449 c.c.** Questa interpretazione pare del resto confermata anche dalle considerazioni esplicative contenute nella relazione tecnica al D. Lgs. 39/2013, ove si precisa che l'espressione utilizzata ha la finalità di includere nell'ambito di applicazione delle disposizioni in **questione tutti gli enti in cui le amministrazioni pubbliche abbiano un controllo effettivo, per titolarità della maggioranza delle azioni o per il riconoscimento, anche in caso di posizioni di minoranza, di poteri di influire fortemente sull'attività dell'ente, quali soprattutto i poteri di nomina degli amministratori.** Devono quindi ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della predetta legge le società che, pur avendo un capitale interamente pubblico, hanno una compagine societaria frazionata nella quale non sia individuabile un socio di riferimento che le controlli ai sensi dell'art. 2359, comma 1 o comma 2, c.c.

Il controllo c.d. esterno, previsto dall'art. 2359, n. 3, c.c. si identifica invece con un potere effettivo nei confronti della società, che prescinde dalle regole organizzative della stessa, di determinare l'attività dell'impresa controllata. Il carattere esistenziale del rapporto contrattuale configura in questo caso un'ingerenza nella gestione che si concretizza attraverso le decisioni degli organi della controllata. Il contratto peraltro non ha ad oggetto il controllo, ma la produzione. Il controllo non si realizza attraverso l'organizzazione societaria, ma attraverso il risultato dell'esercizio dell'attività economica, cioè la produzione (la gestione dei servizi) che la controllante indirizza mediante il rapporto contrattuale verso il proprio profitto. Tuttavia anche in tal caso si tratta di fattispecie diversa da quella dei **contratti costitutivi del diritto di esercitare un penetrante controllo gestionale** sulla società

Il richiamo che il legislatore del TUSP (che poi è lo stesso richiamo che opera il legislatore del D. Lgs 39/2013 all'art 1 comma 2 lett c) del D. Lgs 39/2013) **all'art 2359** rispetto alla **nozione di “società a controllo pubblico presuppone un nucleo di controllo all'interno** della compagine societaria facilmente identificabile, **che prevede non solo l'influenza dominante del socio sull'assemblea ordinaria**, relativamente alle materie di sua competenza **che riguardano le decisioni essenziali alla continuazione della società** elencate nell'art. 2364, nn. 1-4, c.c., e ammette rilievo alla sola influenza positiva, non anche ai poteri d'interdizione dei soci minoritari, **ma anche l'influenza “determinante”, se pure soltanto negativa**, e per di più con riguardo a delle materie che ricadrebbero, invero, nell'alveo dei poteri di gestione (straordinaria) degli amministratori.

In altri termini, **il legislatore del TUSP equipara** – per le finalità sue proprie – **il controllo “interno” basato sulla disponibilità della maggioranza dei voti o sull'influenza dominante dell'assemblea ordinaria al controllo “strategico” sulla gestione della società**, conseguito con qualsiasi strumento o modalità, anche congiuntamente dagli enti soci.

2. **Dall'altro** la definizione di “società controllate ai sensi dell'art 2359 del cc” non è calzante con la nozione di **“società in house”**, in quanto esse sono **società a capitale pubblico esclusivo o prevalente “in cui l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”**, e perciò destinate a ricevere in via diretta l'affidamento di contratti pubblici dall'ente o dagli enti costituenti o partecipanti.

La formula adottata dal **TUSP identifica il “controllo analogo” nell'esercizio di una “influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”**:

- 1) **da un verso** si ammette che **l'influenza – qui necessariamente “positiva”** – dell'ente pubblico controllante si estrinsechi soltanto al livello della c.d. alta amministrazione della società controllata, senza annullare, cioè, l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo
- 2) **dall'altro**, si attribuisce rilevanza all'esercizio effettivo del potere di controllo dell'ente controllante, cioè alla sua “direzione” gestionale e organizzativa cui la società in house è assoggettata, in virtù, di una situazione di controllo solitario (controllo interno “di diritto”) ovvero di un accordo parasociale o di una clausola statutaria (art. 2497-septies c.c.), com'è, per le società pluripartecipate in cui può configurarsi un “controllo analogo congiunto”.

Pertanto, **mentre la nozione di “controllo pubblico”** si amplia e si diluisce al fine di abbracciare il maggior numero possibile di situazioni di co-controllo degli enti pubblici partecipanti in vista delle finalità del TUSP, si distacca dalla corrispondente fattispecie codicistica **la nozione di “controllo analogo”** che si impernia, invece, sulla “eterodirezione strategica” della controllata, oltre che sulla partecipazione maggioritaria del capitale pubblico (rispetto al quale non è ammessa l'influenza determinante, neanche in negativo, dei capitali privati eventualmente ammessi)

Invero, il legislatore del D. Lgs 175/2016 all'art. 2 recante “Definizioni” ha definitivamente chiarito i concetti e precisa che, ai fini dello stesso decreto, al comma 1 si intendono per:

- 2) **«controllo»: la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo;**
- c) **«controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata**

allo stesso modo dall'amministrazione partecipante;

1. «società a controllo pubblico»: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b);

15) «società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3;

L'art. 2, 1° comma, lett. b del D.lgs. 175/2016 individua, dunque, il controllo nella “situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile, che è anche quella richiamata dall'art 1 comma 2 lett. c) del D. Lgs 39/2013 che ai nostri fini interessa.

Anche quando il Legislatore ha voluto estendere la nozione di controllo societario al di là dell'operatività dell'art. 2359 c.c. richiamando all'art. 2, 1° comma, lett. b del D.lgs. 175/2016, nel secondo periodo, il consenso unanime delle parti che condividono il controllo per l'adozione delle decisioni strategiche della società, in applicazione di norme di legge, statutarie, ovvero di patti parasociali si riferisce ad uno **strumento alternativo di regolamentazione delle partecipazioni pubbliche** che riguarda in generale il controllo societario e che **nessuno ha a che vedere con il controllo analogo di cui alle società in house.**

La situazione di controllo societario descritta dall'art. 2, 1° comma, lett. b del d.lgs. 175/2016 si riferisce, perciò, alla struttura interna delle società partecipate da enti pubblici e, di contro, non si identifica nella particolare forma di controllo legittimante l'affidamento in house di servizi ed opere da parte delle pubbliche amministrazioni.

Le ipotesi di controllo delineate all'art. 2 del d.lgs. 175/2016 disciplinano relazioni tra società controllate e collegate, ove la posizione di controllo deriva dal quorum di voti detenuto in assemblea o da particolari vincoli contrattuali, **mentre il controllo analogo** guarda alla possibilità concreta degli enti pubblici partecipanti di orientare e controllare l'attività della società partecipata (e non solamente la partecipazione alla vita sociale).

La stessa giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere le due fattispecie di controllo non sovrapponibili “benché ricondotte dal legislatore del testo unico al più ampio genus delle società a partecipazione pubblica, nonché stante la generale riconducibilità al diritto societario del fenomeno dell'in house”(così T.A.R. Marche, Pescara, Sez. I, 29.01.2018, n. 35).

A ben vedere, la nozione di controllo analogo non è collimante con quella comune di controllo societario ex art. 2359 c.c.; infatti, nell'ambito delle società in house pluripartecipate da più enti pubblici, il controllo analogo si configura come “un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale” (Così Cass. Civ. Sez. V, 11.01.2018, n. 456)

La normativa in materia di società *in house* si limita a legittimare configurazioni statutarie alternative - in deroga ai normali assetti di società per azioni e società a responsabilità limitata - al fine di consentire alle Pubbliche Amministrazioni affidanti strumenti di controllo più penetranti nella compagine sociale della società controllata cui affidare *in house* un determinato servizio. Con riferimento all'*in house*, la questione che si pone non è la qualificazione dell'organismo controllato quale “società a controllo pubblico” ex art. 2, 1° comma, lett. m del d.lgs. 175/2016, ma la verifica dei requisiti per l'affidamento diretto (in particolare quello del controllo analogo congiunto).

Quindi, le società in house sono assoggettate a regole speciali (che concretamente consentono all'ente pubblico affidante di influire sulle decisioni strategiche della società controllata), in deroga alle normali norme societarie in materia di controllo, proprio in virtù del loro particolare assetto

proprietario e di *governance*, il quale, si ribadisce, giustifica l'affidamento diretto, senza procedura competitiva, di contratti pubblici da parte degli enti partecipanti.

E' vero anche che l'art. 2-bis del D. Lgs 33/2013 introdotto dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016, in materia di trasparenza e che individua l'ambito soggettivo di applicazione dello stesso decreto e delle norme in esso contenute, così recita:

“...2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile:

....

b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. ...;....”

Detto ciò ed in considerazione della rigida applicazione letterale delle norme del D. Lgs 39/2013 al caso prospettato, l'art 7 comma 2 si riferisce **strettamente agli Enti di diritto privato in controllo pubblico come definiti dall'art 1 comma 2 lett. c) dello stesso decreto** ovvero sia quegli **enti in cui si applica il controllo ex art 2359 del CC oppure in cui, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni finanziarie e gestionali strategiche richiedano il consenso unanime di tutti i soggetti che condividono il controllo**; e secondo quanto sopra evidenziato **nessuna delle due ipotesi riguarda le società cc.dd. “in house”**

Per rendere ancora più evidente il motivo per cui la disciplina dell'art 7 comma 2 non dovrebbe essere applicabile alle società in house e carpire la sostanziale differenza tra le due tipologie di “soggetti giuridici” di cui si discute (enti/società di diritto privato in controllo pubblico e società in house) in base alla quale si giustifica anche la sostanziale differenza che corre tra gli amministratori delle società in controllo pubblico e gli amministratori delle Società *in house*, può leggersi una significativa pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, di cui alla **sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013 in materia di società in house**, intervenuta ancor prima che il TUSP facesse chiarezza tra le tre tipologie di Soggetti giuridici e che si sofferma proprio sulla sostanziale differenza tra *l'influenza dominante e determinate* tipica delle Società in controllo pubblico ai sensi del 2359 e il *potere di comando* esercitato attraverso il contratto di servizio ed il controllo analogo nelle società in house. La Cassazione così si esprime:

« Quantoal requisito del cosiddetto controllo analogo, quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. L'espressione ‘controllo’ non alludeall'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (...) queste ultime hanno della società solo la forma esteriore ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico»

Pertanto le figure di tali amministratori appaiono «incompatibili» con le incompatibilità e inconfiribilità previste dal D. Lgs. n. 39/2013 per gli amministratori degli “Enti di diritto privato in controllo pubblico” “ma sarebbero invece “compatibili” con le incompatibilità e inconfiribilità previste dal D. Lgs. n. 39/2013 per i dipendenti e dirigenti pubblici.

Sulla stessa scia la recente pronuncia del Tribunale del lavoro di Napoli di cui alla sentenza 14/02/2019 n° 1085, ha affrontato e dettagliato il tema del se la società *in house providing* sia da equiparare ad un Ente/organismo di diritto pubblico o ad una società partecipata o controllata pubblica.

Il Tribunale del lavoro di Napoli, con motivazioni puntuali e attente e richiamando la copiosa e autorevole giurisprudenza formata nel tempo sul tema, ha sostanzialmente evidenziato come la società *in house*, non possa qualificarsi come un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. Essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (**Corte cost. n. 46/13**), ragion per cui “*l’ente in house non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa*” (così **Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.**).

Il Tribunale Campano ben coglie le differenze sostanziali che esistono tra Società partecipate e controllate – che nel D. Lgs 39/2013, secondo la ricostruzione seguita sinora, corrisponderebbero alla definizione di cui all’art 1 comma 2 lett c) – e società *in house*.

Di fatto, in conformità ai principi generali del diritto comunitario, gli enti pubblici scelgono se espletare i servizi pubblici direttamente o tramite terzi e, in quest’ultimo caso, individuano diverse possibili forme di esternalizzazione, ivi compreso l’affidamento a società partecipate dall’ente pubblico medesimo ed in tale ambito si possono dare ipotesi distinte:

- l’affidamento a società totalmente estranee alla pubblica amministrazione
- l’affidamento a società con azionariato misto, in parte pubblico ed in parte privato
- l’affidamento a società c.d. *in house*.

Solo in quest’ultimo caso dalla Corte di Giustizia europea (sin dalla nota sentenza Teckal del 18 novembre 1999, n. 107/98) e fino alla moderna giurisprudenza evolutasi anche a seguito della emanazione del D. Lgs 175/2016, si è esclusa la necessità del preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica, muovendo dal presupposto che **non sussistono esigenze di tutela della concorrenza quando la società affidataria sia interamente partecipata dall’ente pubblico ed eserciti in favore del medesimo la parte più importante della propria attività e sia soggetta al suo controllo in termini analoghi a quelli in cui si esplica il controllo gerarchico dell’ente sui propri stessi uffici.**

La presenza contemporanea di questi tre elementi rende dunque l’idea della equiparazione della società *in house* ad un “**servizio dell’Ente Pubblico proprietario**” ed in particolare del cosiddetto controllo analogo dell’ente nei confronti della società, a seguito del quale l’ente pubblico ha (da statuto) il potere di dettare linee strategiche e scelte operative agli organi amministrativi che vengono a trovarsi in posizione di **vera e propria subordinazione gerarchica.**

Anche questo Giudice definisce l’espressione “controllo” riferita alle *in house* (analogo) **NON** sinonimo di “**influenza dominante**” (quella dell’art 2359 del cc richiamato dall’art 1 comma 2 del D. Lgs 39/2013 e dall’art 7 comma dello stesso decreto su cui fonda la inconfiribilità rispetto all’incarico di provenienza) che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull’assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali **MA** sinonimo di **potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell’ente** con modalità e con un’intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al

socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal Codice Civile, sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (cfr. **Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1**).

Proprio le caratteristiche di questo “controllo analogo” e dei suoi effetti sulla “società pubblica in house”, rendono manifesta l’anomalia del fenomeno nel panorama del diritto societario soprattutto per il fatto che si ha qui a che fare con **società di capitali non destinate** (se non in via del tutto marginale e strumentale) **allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato**, per cui i giudici ritengono che la società in house, non possa qualificarsi come un’entità posta al di fuori dell’ente pubblico ma, invece, come di una propria articolazione interna dell’Ente pubblico, una sua *longa manus* (Corte cost. n. 46/13, cit.), talché “l’ente in house non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa” (così **Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08**, cit.), il che non rende possibile configurare un rapporto di alterità tra ente pubblico partecipante e società in house che ad esso fa capo (**SS.UU., 25.11.2013 n. 26283**).

Il giudice conclude: “...*Alla stregua delle considerazioni qui svolte deve prendersi atto sia di una chiara opzione giurisprudenziale e della contestuale volontà del legislatore relativa alla omologazione del regime giuridico delle società in house rispetto a quello delle amministrazioni di provenienza, al contempo, distinto da quello delle altre società di capitali*”.

Tale posizione è condivisa sia dal Giudice delle Leggi che dalla suprema Corte che nel tempo sono arrivate a statuire che la soggettività giuridica propria della società *in house* è del tutto assimilabile ad una mera articolazione interna dell’amministrazione controllante. E la suprema Corte ha avallato la ricostruzione offerta dal Tribunale di Napoli declinando il fenomeno delle società in house, con le particolari caratteristiche richiamate, in termini pubblicistici.

La **sostanziale parificazione tra le società in house e l’Ente Pubblico** di riferimento per cui la natura delle società in *house* consente di definirle **quali articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione**, è avvalorato da due elementi di indubbia rilevanza:

- 1) **Il primo** verte sulla **giurisdizione nelle controversie che riguardano le procedure concorsuali di assunzione**. I giudici del Consiglio di Stato hanno determinato che le controversie di tale natura saranno devolute al giudice amministrativo, poiché le società *in house* sono uno strumento operativo, quasi organo e articolazione della pubblica amministrazione di riferimento. Pertanto non potrà che essere applicato l’articolo 63, comma IV del d. Lgs. n. 165 del 2001, secondo il quale “*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonche’, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all’articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*”. L’inquadramento delle società *in house* quale articolazione della pubblica amministrazione non può che portare alla conseguenza che le modalità di assunzione dovrebbero essere le stesse utilizzate per l’accesso alla p.a. (selezione pubblica, pubblico concorso etc) (sentenza n°5643/2015 Consiglio di Stato).

Si pensi, sempre in materia di personale, alle conclusioni cui è pervenuto il citato Tribunale del Lavoro di Napoli che, nella vertenza relativa al **riconoscimento di mansioni superiori** da parte di un dipendente di una società *in house providing*, ha statuito che, date le autorevoli pronunce giurisdizionali e costituzionali, se non può configurarsi una distinzione soggettiva tra la società *in house* e l’ente pubblico controllante (di cui la prima costituisca il solo strumento giuridico per l’affidamento del servizio prescindendo dall’indizione di gare pubbliche) analogamente non è dato distinguere tra il personale dell’ente controllante e quello della società *in house* in relazione all’applicabilità del regime giuridico: quindi il riconoscimento delle mansioni superiori può essere solo economico e mai riguardare

l'inquadramento giuridico. In virtù della normativa richiamata (art.1 co 557 della **L. n. 147/2013** e comma 5 dell'articolo 1 della **legge 30 dicembre 2004, n. 311**), devono quindi ritenersi imposti per legge alle società *in house*, i vincoli di contenimento di spesa nell'ambito della politica di attribuzione delle voci retributive e di compensi ai propri dipendenti, analogamente a quelli previsti per i dipendenti pubblici.

L'art. 18 comma II bis del **D. L. n. 138/2011** prevedeva che “le disposizioni che stabiliscono a carico delle amministrazioni di cui all'art.1 comma II del **D. Lgs n. 165/2001** e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale o totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara ... le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria....”.

- 2) **Il secondo** verte sul **profilo della responsabilità degli amministratori**. Le disposizioni dell'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 pongono il principio generale in forza del quale i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate (Enti di diritto privato in controllo pubblico) sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, per il danno erariale cagionato alla P.A. socia: costituisce danno erariale “*il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpo grave pregiudicato il valore della partecipazione*“. Con riferimento alle società *in house*, **invece**, è prevista la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società al patrimonio societario, a riprova del fatto che queste figure, in cui sfuma l'alterità tra amministrazione e società, sono assimilabili ad enti pubblici. La Cassazione ha affermato che gli organi di tali società sono personalmente legati alla Pubblica Amministrazione da un rapporto di servizio (Corte di Cassazione, sent. n. 26283/2013).

Inoltre, l'assenza di una effettiva alterità tra ente pubblico partecipante e società partecipata *in house* comporta che il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio che, seppur separato, è riconducibile all'ente pubblico.

Ciò che conta ai fini dell'esame che qui si sta conducendo, circa la inconfiribilità dell'incarico di Direttore Generale di una Provincia (art 7 comma 2 lett. a) d. lgs 39/2013) a chi è stato in incarico di provenienza nell'anno precedente un “amministratore Unico” di una “*Ente/Società di diritto privato in controllo pubblico*” insistente nella stessa regione (art 7 comma 2 e art 1 comma 2 lett. c) del D. Lgs 39/2013), è che in realtà **le Società in house non sono “enti/società di diritto privato in controllo pubblico”** bensì – a causa principalmente del “controllo analogo” che diventa una forma di “eterodirezione” per cui l'amministrazione di riferimento esercita un'ingerenza pregnante tale da far ritenere che la società formalmente costituita sia sostanzialmente priva di ogni autonomia decisionale – **Enti pubblici** la cui definizione, data dal D. Lgs 39/2013, è contenuta nell'art 1 comma 2 lett. b).

La stessa Anac, con parere AG 30/2015/AC, ha fatto notare come:

“*con specifico riferimento alle aziende speciali, è stato osservato che «sotto il profilo sostanziale (...) le aziende speciali, così come le società in house, come recentissimamente affermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza 25 novembre 2013, n 26283, ribadito con*

Ordinanza 2 dicembre 2013, n. 26936), **possono essere considerate come enti che rappresentano delle vere e proprie articolazioni della Pubblica Amministrazione**, atteso che gli organi di queste sono assoggettate a vincoli gerarchici facenti capo alla Pubblica Amministrazione, i cui dirigenti sono dunque legati alla Pubblica amministrazione da un rapporto di servizio come avviene per i dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico (...) Sulla base delle caratteristiche in breve delineate, le aziende speciali costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (art. 114 del Tuel), **qualificabili come enti pubblici economici, vanno ricondotte, ai fini dell'applicabilità del d.lgs. 39/2013, nella definizione di ente pubblico contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. b) del predetto decreto legislativo**, ossia tra «gli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati». (...) A tal riguardo si evidenzia che nessuna delle ipotesi di incompatibilità previste per i dirigenti interni ed esterni della PA, dall'art. 12, comma 4, lettere da a) a c), del predetto decreto legislativo, attiene all'assunzione di "cariche" negli enti pubblici (secondo la definizione sopra riportata), riguardando esclusivamente l'assunzione di cariche di componenti degli organi di indirizzo delle amministrazioni provinciali e comunali, di forme associative tra comuni o negli enti di diritto privato in controllo pubblico".

La stessa ANAC ha elaborato l'Orientamento n. 13/2015/AC secondo cui "Le aziende speciali (ndr.: e stante quanto precisato nel parere 30/2015, dunque, anche le società in house) costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (ai sensi del d.lgs. 267/2000), **qualificabili come enti pubblici economici, vanno ricondotte, ai fini dell'applicabilità del d.lgs. 39/2013, nella definizione di "ente pubblico" contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. b) del predetto decreto legislativo.**"

Tra l'altro, a tal proposito, i requisiti che un ente/organismo deve avere per poter essere considerato "di diritto pubblico" sono contenuti nell'articolo 3, comma 1, del D. lgs. n. 50/2016:

"...d)«organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui **elenco non tassativo** è contenuto nell'allegato IV:

1. istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
2. dotato di personalità giuridica;
3. la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato. dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

E sicuramente la casistica conferma che le società in house sono organismi che di norma possiedono tutti e tre i suddetti requisiti.

La dottrina ha elaborato differenze tra le due figure, tuttavia Le analogie e le differenze tra le due figure consentono di mettere in evidenza il rapporto che sussiste tra esse. In termini descrittivi geometrici, l'insieme dei soggetti che compongono la categoria degli organismi di diritto pubblico è maggiore dell'insieme dei soggetti che sono qualificabili come società in house. Ciò sta a significare che ogni società in house è, di per sé, un organismo di diritto pubblico (per il controllo analogo e per la sua destinazione pubblica). Ma non viceversa: non ogni organismo di diritto pubblico è una società in house, perché non ogni forma di controllo pubblico sull'organismo è un controllo analogo che postula la totale partecipazione pubblica al capitale sociale.

Ragion per cui, a parere di chi scrive, le SOCIETA' IN HOUSE NON sembrano affatto rientrare nella definizione di **SOCIETA' di DIRITTO PRIVATO IN CONTROLLO PUBBLICO** ai sensi dell'art 1 comma 2 lett. c) del D. Lgs 39/2013 – richiamato dall'art 7 comma 2

rispetto alla figura di amministratore unico - ma sembrano rientrare, invece, nella definizione, di cui all'art 1 comma 2 lett. b) dello stesso decreto, ma piuttosto, nel più ampio genus degli **ENTI/ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO**.

Tali considerazioni dovrebbero portare a concludere che non si configura l'ipotesi di inconfiribilità ex art 7 comma 2 perché l'incarico di provenienza non è inquadrabile come "amministratore di Società di diritto privato in controllo pubblico (art 1 comma 2 lett. c)" bensì come "amministratore di Ente/Organismo di diritto pubblico (art 1 comma 2 lett. b)".

Atteso che ANAC, nella sua attività di vigilanza di cui alla deliberazione 269/2021 ha annoverato la società in cui l'avvocato Bocalone svolgeva l'incarico di Amministratore Unico pochi mesi prima del ricevuto incarico di Direttore Generale della Provincia di Benevento, tra quelle di "diritto privato in controllo pubblico", secondo la definizione di cui all'art 1 comma 2 lett c), pur essendo Irpiniambiente definita una società in house, è bene soffermarsi sulla natura giuridica di Irpiniambiente s.p.a..

NATURA GIURIDICA DI IRPINIAMBIENTE

Ai sensi dell'art 2 comma 1 lett. o) del D. Lgs 175/2016 sono "**«società in house»**: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3" ovverosia che l'80% della loro attività sia a favore dell'Ente che le possiede;

Dunque i tre requisiti da soddisfare sono:

- 1) Esercizio del controllo analogo da parte dell'unico socio Provincia di Avellino
- 2) La partecipazione dei capitali privati solo se prevista da norme di legge oppure, laddove sia prevista, con esclusione dell'esercizio di un controllo o potere di veto, esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata
- 3) L'80% dell'attività deve essere svolta a favore dell'Ente Pubblico

Dalla lettura dello Statuto si evince che è compito istituzionale di Irpiniambiente:

- organizzare la raccolta dei rifiuti solidi urbani prodotti **nei comuni consorziati**
- provvedere al trasporto
- effettuare lo smaltimento finale

e che la Provincia di Avellino le ha affidato **la gestione del ciclo dei rifiuti per** il territorio provinciale. In particolare Irpiniambiente opera nell'ambito *dei* servizi di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani **prodotti nei comuni serviti**.

In relazione ai tre requisiti richiesti dalla norma dell'art 16 del D. Lgs 175/2016:

- 1) All'art 25 dello statuto rubricato "**Controllo Analogo**" si legge "*1. Nel rispetto della normativa vigente, i soci effettueranno un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi con la modalità previste dal presente Statuto e nel rispetto di quanto previsto dalla normativa di settore e della normativa comunitaria e nazionale.....*". In merito al controllo analogo sono stati acquisiti verbali del controllo analogo effettuati nel tempo dal Comitato epr il controllo analogo istituito presso la Provincia di Avellino.
- 2) All'art 4 dello statuto "**Oggetto sociale**", comma 7 si legge "*..La Società svolge le attività di cui all'oggetto sociale nel rispetto delle norme vigenti e in conformità agli indirizzi strategici ed operativi definiti dalla Provincia di Avellino, che resterà l'unico Socio, non potendosi dar luogo a cessioni o ad ingressi nella società in favore né di soggetti pubblici né di soggetti privati...*". La situazione è rimasta invariata nel tempo e mai è stato

modificato lo Statuto né la compagine societaria per cui fino ad oggi la Provincia di Avellino rimane unico socio pubblico

- 3) Nello stesso all'art 4 si legge pure che “...*La società potrà svolgere, nei limiti di quanto previsto dalle leggi Comunitarie, Nazionali e Regionali, l'attività a favore delle Province e Comuni della Regione Campania, comunque per un fatturato che non superi il venti per cento (20%) di quanto sia effettuato nello svolgimento dei compiti a essa affidati dall'Ente socio,...*”

Con contratto di servizio rep. N. 117 del 02.12.2010, registrato in Avellino il 20.12.2010 al n. 1015. La Provincia di Avellino ha affidato ad Irpinia Ambiente S. P.A. la gestione del ciclo integrato dei rifiuti al fine del perseguimento della missione di carattere generale di competenza della Provincia ai sensi della L.R. 4/2007 e della legge n. 26 del 26.02.2010 di conversione con modificazioni del D.L. 195/2009

IrpiniaAmbiente si configura come Società per Azioni con unico socio pubblico (Provincia di Avellino) costituita come **SOCIETÀ PROVINCIALE “IN HOUSE”** (articolo 16 del DL 175/2016) e riconosciuta tale fin dal 2011, anno in cui su ricorso FISE al Tar Lazio, lo stesso TAR con sent 1523 del 17.02.2011 così affermò:

“...in considerazione delle previsioni statuarie, deve ritenersi la sussistenza dei requisiti cui è subordinata la possibilità di ricorso all'affidamento in house, postulando l'assetto impresso alla società Irpiniaambiente un rapporto tra gli organi societari e l'ente pubblico affidante il potere di quest'ultimo di indirizzare tutta l'attività societaria attraverso strumenti pubblicistici e privatistici, esercitando altresì il controllo e la vigilanza sull'attività, anche mediante poteri ispettivi ed il controllo del bilancio, con totale e diretta dipendenza della società affidataria dall'ente controllante quanto a strategie e politiche aziendali”.

La società, dunque, fu costituita ope legis e concepita come una estensione della Provincia, affidataria del ciclo integrato rifiuti della stessa Provincia che esercitava stabilmente il controllo analogo.

Una commissione parlamentare di inchiesta istituita nel 2014 sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti re su illeciti ambientali ad esse correlati, il 1 marzo 2018 riconosce ancora la società per azioni Irpiniaambiente come società in house

Inoltre Irpiniaambiente risulta iscritta nell'**Elenco delle società in house detenuto presso ANAC** (elenco alla data del 31.03.2021).

Peraltro recentemente **P'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato** ha reso, su richiesta del Comune di Ariano Irpino che rientra nel territorio della Provincia di Avellino, parere del 23 marzo 2021, in ordine all'affidamento diretto del servizio di raccolta rifiuti e spazzamento strade nel Comune stesso ad altra società terza da parte della società affidataria in house Irpiniaambiente S.p.A., soffermandosi in particolare sulla compatibilità, con la normativa in materia di concorrenza, della procedura seguita dalla società in house Irpiniaambiente S.p.A. riguardo il sub-affidamento del servizio di raccolta rifiuti e spazzamento in Ariano Irpino.

Nel definire Irpiniaambiente una società in house della Provincia di Avellino, che la controlla integralmente, ricorda come la stessa società sia stata costituita ai sensi dell'art. 11 del D.L. 30 dicembre 2009, n. 195 (convertito con legge 26 febbraio 2010 n. 26) che contiene norme speciali per la gestione dei rifiuti nella Regione Campania e che attribuiva alle Province compiti relativi alla programmazione in materia di gestione integrata dei rifiuti, nonché la competenza a costituire società subentranti nelle gestioni in essere relative all'attività di raccolta, trasporto, trattamento, recupero e smaltimento dei rifiuti in ambito provinciale.

Tale sistema fu, poi, superato con l'entrata in funzione degli Enti di Governo degli ATO (Ambiti Territoriali Ottimali) previsti dalla successiva legislazione della Regione Campania (L. R. 24

gennaio 2014 n. 5 “*Riordino del servizio di gestione rifiuti urbani e assimilati in Campania, L.R.4 aprile 2016 n. 6 Prime misure per la razionalizzazione della spesa e il rilancio dell'economia campana - Legge collegata alla legge regionale di stabilità per l'anno 2016*” e L.R. 26 maggio 2016 n. 14 “*Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti e dell'economia circolare*”).

Afferma l’Autorità nel parere di cui trattasi che, in caso di sub affidamenti di determinati servizi da parte della Società *in house*, gli stessi non sono legittimi se non rispettano i principi di evidenza pubblica:

“...*alla luce dei principi concorrenziali e del quadro normativo applicabile.....l'obbligo di seguire procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi a terzi da parte di un concessionario in house discende dalla qualifica soggettiva di quest'ultimo. Al riguardo si fa presente che il D. lgs. n. 175/2016, all'art. 16 (Società in house), ultimo comma, a proposito delle società affidatarie in house prevede espressamente: "Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 .."*”

A tal proposito l’Autorità Garante per la precisa che :

“...*In via generale si osserva che Irpiniambiente, in qualità di società in house, rientra nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, tra i c.d. organismi di diritto pubblico, ai sensi del Codice dei contratti pubblici (D. lgs. n. 50/2016). Tali amministrazioni, ove intendano affidare a soggetti terzi contratti di appalto per l'acquisizione di lavori, servizi o forniture, sono tenuti ad espletare procedure a evidenza pubblica in applicazione del Codice. Irpiniambiente, infatti, detiene tutti i requisiti previsti per qualificare un ente come organismo di diritto pubblico: a) ha personalità giuridica; b) è controllata integralmente da un ente pubblico (nella specie, la Provincia di Avellino) e c) è stata specificamente costituita al fine di svolgere un servizio d'interesse generale sulla base di una previsione legislativa ad hoc (v. l'art. 11, co. 2, del D.L. n. 195/2009), indice che la stessa non persegue fini di carattere commerciale ed industriale....”*

Si ricorda che i requisiti che un ente/organismo deve avere per poter essere considerato “*di diritto pubblico*” sono contenuti nell’articolo 3, comma 1, del D. lgs. n. 50/2016:

“...*d) «organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:*

- 1. istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- 2. dotato di personalità giuridica;*
- 3. la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato. dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.*

L’Autorità, dunque, nel rendere in questo senso il parere richiesto dal Comune ha sottolineato che l'affidamento senza il rispetto delle regole del D. Lgs 50/2016 non trovava giustificazione alla luce delle norme del Codice dei contratti pubblici e del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica che impongono alle società *in house* lo svolgimento di procedure competitive per l'affidamento dei servizi, in quanto Enti/Organismi di diritto pubblico.

2. AMMINISTRATORE UNICO (art 1 comma 2 lett l) d. lgs. 39/2013)

L'art. 1, alla lettera l), definisce gli «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», come “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”.

L'Amministratore Delegato è incluso tra i componenti degli organi di indirizzo degli enti di diritto privato in controllo pubblico e degli enti pubblici

Al fine di rendere applicabile nei confronti di un soggetto la inconfiribilità di cui all'art 7 comma 2 lett. A), secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa superiore (Consiglio di Stato Sez. V, n. 126/2018), non è sufficiente che l'incarico di provenienza sia esattamente elencato nelle definizioni di cui all'art 1 del decreto 39, e, quindi, come nel caso di specie, non basta che l'incarico di provenienza sia di “amministratore” ma è necessario che l'incarico di Amministratore sia altresì connotato dall'attribuzione di “deleghe” ovvero sia che sia “assimilato” a quello di “amministratore delegato” che è la figura precisamente menzionata nell'art 1 comma 2 lett. l).

Allo stesso modo, ed in linea con quanto argomentato nel precedente paragrafo, al fine di rendere applicabile nei confronti di un amministratore la inconfiribilità di cui all'art 7 comma 2 lett. a), è necessario che l'incarico di provenienza di “Amministratore Delegato” sia proprio di un Ente di diritto privato in controllo pubblico, che è la figura di Ente menzionata nell'art 7 comma 2 e nell'art 1 comma 2 lett. l).

Quindi **nel caso di specie**, l'avvocato Boccalone, rivestiva sicuramente la qualità di “Amministratore Unico” di Irpiniambiente e quindi di soggetto unico che ex se possiede già tutti i poteri.

Dall'art. 17 dello Statuto rubricato “*Poteri e deleghe dell'Organo Amministrativo*” si evince che lo stesso:

“...è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della Società, essendo ad esso demandato di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione dell'oggetto sociale, salvo quanto espressamente riservato all'Assemblea per legge e in forza del presente Statuto e fatto altresì salvo quanto stabilito all'art. 25 del presente Statuto.”

Il fatto che l'organo amministrativo compia tutti gli atti necessari per dare attuazione all'oggetto sociale è invero attività tipicamente “di gestione” e come tale fa ricadere automaticamente la funzione nell'alveo dell'art. 1, comma 2, lett. l), del d.lgs. n. 39 del 2013.

In particolare l'oggetto sociale previsto dall'art 2 dello Statuto è espresso in tal modo:

“...è conferita alla Società la gestione dei siti di stoccaggio dei rifiuti, delle discariche e degli impianti di proprietà o in possesso della Provincia per il trattamento, la trasferimento, lo smaltimento, il recupero ed il riciclaggio dei rifiuti. 2. Alla società è affidata la gestione delle discariche, dell'impiantistica in proprietà o in possesso della Provincia, qualunque sia il titolo relativo, per lo stoccaggio, il trattamento, la trasferimento, lo smaltimento, il recupero ed il riciclaggio dei rifiuti, situate sul territorio provinciale. 3. Nei limiti e nel rispetto della normativa comunitaria, nazionale e regionale alla società è affidata la attività di raccolta, di spazzamento e di trasporto dei rifiuti e di smaltimento o recupero inerenti alla raccolta differenziata relativamente al comprensorio territoriale della Provincia di Avellino.”

Il contratto stipulato dall'amministratore unico con Irpinia Ambiente viene appellato “accordo di collaborazione” ed al suo articolo 2, punto 2.1 così recita:

“art 2. Oggetto della carica e durata

2.1 L'oggetto dell'accordo è lo svolgimento da parte dell'avv. Boccalone delle funzioni di amministratore unico della Società (La “Carica”), sulla base di un rapporto di collaborazione i cui termini sono riportati nel presente Accordo, che prevede l'attribuzione all'avv. Boccalone, per tutta la durata della Carica, di deleghe e poteri adeguati e funzionali allo svolgimento delle sua attività”

L'avvocato Bocalone esercitava attività di indirizzo gestionale anche rispetto alle materie delegate al direttore tecnico ed ai dirigenti e tutta la attività posta in essere dai delegati era relativa alla attuazione delle decisioni di gestione (di cui a all'art. 17 comma 1 dello Statuto) già da lui adottate.

Nella compagine amministrativa è peraltro prevista la figura del direttore generale, che a norma dell'art. 21 dello Statuto

“...ha la responsabilità gestionale e la rappresentanza negoziale della società.

4. Il Direttore Generale deve in particolare:

- a) eseguire le deliberazioni dell'assemblea e dell'Amministratore Unico;*
- b) sovrintendere all'attività tecnica, amministrativa ed economica della società;*
- c) adottare i provvedimenti per migliorare l'efficienza e la funzionalità dei vari servizi e per il loro organico sviluppo;*
- d) formulare proposte in merito alle assunzioni e all'organizzazione del personale;*
- e) firmare la corrispondenza e gli atti che non siano di competenza dell'Amministratore Unico;*
- f) stipulare contratti deliberati dall'Amministratore unico;*
- g) dirigere il personale e curare le relazioni con le organizzazioni sindacali e le rappresentanze aziendali;*
- h) formulare proposte per i provvedimenti di sospensione e licenziamento;*
- i) esercitare tutte le attribuzioni conferitegli dalla legge e dal presente Statuto.”*

Il potere gestionale dell'amministratore unico di cui all'art 1 comma 2 lett. l) si rinviene nell'esercizio del potere di direzione e coordinamento e indirizzo nelle materie specifiche riguardanti l'amministrazione dell'Ente come si evince puntualmente nella succitata lettera a) oppure nella successiva lettera f) del comma 4 dell'art 17 dello Statuto societario.

Adottare le decisioni nei confronti di coloro che porteranno in esecuzione contratti o convenzioni, oppure curare e disporre che venga data attuazione alle decisioni deliberate dall'Assemblea dei Soci o dagli atti di programmazione appare attività dalla connotazione di “delega” gestionale prevista dall'art. 1, comma 2, lett. l), d.lgs. n. 39 del 2013.

Il Consiglio di Stato Sez. V, nella sentenza n. 126/2018 ravvisa nella predisposizione del bilancio e del piano economico finanziario dell'ente poteri gestionali significativi, cose che per Irpiniaambiente sono state predisposte e proposte all'assemblea del socio unico dall'avvocato Bocalone, come previsto dallo Statuto all'art. 26, 3 comma che così recita: *“L'Organo amministrativo provvede, entro i termini ed osservando le disposizioni di legge, alla compilazione del bilancio e della relazione sull'andamento della gestione sociale, nonché della relazione sul governo societario ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 19 agosto 2017 n. 175.”*

E d'altronde l'art 1, comma 2 lett. l) ricomprende tutti gli organi *“di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico”* ivi compreso l'amministratore delegato.

Dunque nessun dubbio vi è nel fatto che il dr. Nicola Bocalone, in quanto amministratore unico della società *in house* Irpinia Ambiente, avesse poteri gestionali e che lo stesso li esercitasse alla stregua di un pubblico funzionario. Il che è dimostrato, anche, dai numerosi atti e provvedimenti di natura gestionale compiuti nel periodo di riferimento nel rispetto delle normative amministrative (forma degli atti, codice degli appalti, legge 241/90 ect) che si evincono dalla documentazione fornita dallo stesso avvocato Bocalone (decreti gestionali).

Si evidenzia ancora una volta, come già avuto modo di approfondire innanzi, che le norme che prevedono preclusioni alla copertura di una carica, comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di un incarico pubblico, devono essere interpretate in modo rigoroso, restando precluse opzioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o solo estensivo (ex multis: Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009).

In tal senso è anche la ratio della norma, del D. lgs 39/2013 in generale e dell'art 7 in particolare, che mira ad evitare che possano verificarsi, nel passaggio da una carica ad un'altra, dubbi sulla imparzialità del nominando: ma nella fattispecie in esame la provenienza dalla carica di "amministratore" di Ente *in house*, nell'ottica del ragionamento seguito sinora - ovverosia che non è inquadrabile negli enti di diritto privato in controllo pubblico (art 1 comma 2 lett. c) d. lgs. 39/2013) bensì, più opportunamente, nella categoria degli Enti di diritto pubblico (art 1 comma 2 lett. b) d. lgs. 39/2013) - inibisce di fatto qualsiasi interpretazione foriera di dubbi in ordine alla imparzialità dell'incaricato.

La natura giuridica del suo ruolo all'interno della Società Irpiniambiente rimane quasi paragonabile a quella di un funzionario della Pubblica Amministrazione, poiché gli organi di tali società *in house*, come si è avuto modo di analizzare più sopra, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica (società miste e/o controllate pubbliche), come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, si ritiene che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico (Sezioni Unite della Corte di Cassazione sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013 in materia di società *in house*).

Similitudine ancora più evidente, e che sottrae tali figure alle considerazioni che fondano la *ratio* in particolare della norma dell'art 7 del D. Lgs 39/2013, è che spesso la loro scelta è fatta sulla base di criteri ispirati alla evidenza pubblica (come nel caso della nomina dell'avvocato Boccalone presso Irpiniambiente SPA) e che si basano sulla necessità per l'organo politico di cercare la professionalità più adatta a ricoprire il ruolo e non quella che è mossa dagli stessi intenti di chi nomina.

E' la stessa ANAC a rilevare in un fondamentale passaggio della delibera 269/2021, a termine del procedimento di vigilanza UVIF 987/2020, a evidenziare come:

"...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 - aveva 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 amministratorein 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 ne' l'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..."

Di fatto l'articolo che contiene le ipotesi di inconferibilità di cui trattasi, ovverosia l'art 7 comma 2, è rubricato (non a caso e per rimarcare ancor più l'intento del legislatore di riferirsi agli organi elettivi di fatto "parziali" per la loro stessa natura elettiva) *"Inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello regionale e locale"* a significare che la inconferibilità mira a limitare coloro che nelle loro azioni si connotano di un elemento di "politica che discende dalla natura "elettiva" del ruolo. Ed è per questo che l'analisi e inquadramento delle fattispecie non può prescindere dall'applicazione tassativa e letterale della norma.

2 IPOTESI

INCONFERIBILITA' – COMMISSARIO STRAORDINARIO DELLA AZIENDA SPECIALE ASEA (art 7 comma 2 lett. C) d. lgs 39/2013)

Per le stesse motivazioni esposte nella precedente ipotesi al paragrafo 1 in merito **ENTE DI DIRITTO PRIVATO IN CONTROLLO PUBBLICO**, ovverosia la non qualificazione dell'incarico di provenienza (amministratore unico di Irpiniambiente) come rientrante nella fattispecie dell'art 7 comma 2, non si concretizza neanche la seconda ipotesi di inconferibilità, di cui all'art 7 comma 2 lett. c), ovverosia quella di nomina dell'avvocato Boccalone a Commissario Straordinario del'Azienda Speciale ASEA.

3. CONCLUSIONI

In relazione al ragionamento sin qui esposto, dovrebbe concludersi per la inapplicabilità della disciplina delle inconferibilità ed incompatibilità di cui al D. Lgs. n. 39/2013 art 7 comma 2 agli amministratori delegati delle società *in house* per due ordini di motivi:

1. le definizioni di società *in house* e enti privati (società) a controllo pubblico, come la definizione di controllo analogo rispetto a quella contenuta nell'art. 2359 del cc, evidenziano fattispecie affatto distinte tra loro, con la conseguenza che, dovendo i rinvii e i richiami contenuti nel T.U. e nel D. Lgs 39/2013 essere intesi in senso letterale, l'inserimento della fattispecie di "amministratore unico di una società *in house*" risulterebbe illegittimo perché applicato in maniera estensiva e analogica se non addirittura errata considerata la parificazione delle società *in house* agli organismi di diritto pubblico che trovano la loro definizione e collocazione nell'art 1 comma 2 lett. b) e non lett. c) del D. Lgs 39/2013;
2. le caratteristiche del controllo esercitato sulle società *in house* da parte del socio pubblico, e la rappresentazione delle società *in house* (operata dalla stessa Autorità Nazionale Anti Corruzione), valutandole alla stessa stregua delle Aziende Speciali, e quindi quali enti strumentali degli Enti Pubblici e loro articolazioni strutturali - come anche delineato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013 e la successiva ordinanza 26936/2013 nonché dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato (cft per tutti Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08) e civile (vedi per tutti tribunale Napoli sez. Lav. 14/02/2019 n° 1085) - appaiono «incompatibili» con le ragioni delle inconferibilità e incompatibilità previste dall'articolo 7 comma 2 del D. Lgs. n. 39/2013, nonché con la sua doverosa stretta applicazione e interpretazione letterale;
3. il raffronto operato dalla stessa ANAC tra le società *in house* e le Aziende Speciali fa presumere un più corretto inquadramento delle stesse della definizione di "enti di diritto pubblico" di cui all'art 1 comma 2 lett. b) del decreto legislativo 39/2013,
4. Le società *in house* rientrano nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici definite **organismi di diritto pubblico** ai sensi del Codice dei contratti pubblici (D. lgs. n. 50/2016) poiché **detengono i requisiti previsti per qualificare un ente come organismo di diritto pubblico**,

Sul versante nazionale, si ritiene, altresì, rilevante la sentenza n. 1028 del 15 marzo 2016 emanata dai giudici di Palazzo Spada che hanno individuato nella diversa funzione della società *in house* e della società di diritto privato in controllo pubblico la loro principale differenza nel fatto che la prima si atteggia a organo dell'amministrazione e la seconda, viceversa, comporta la creazione di un nuovo soggetto in cui coabitano interessi pubblici e privati. E quanto appena detto risulta confermato dalle disposizioni del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica dove le società miste (partecipazione pubblico/privata o controllo pubblico ex 2359 cc), vengono disciplinate disgiuntamente rispetto al quelle *in house* e le prime trovano collocazione nell'art. 17, comma 6, lett. c), il quale stabilisce che «alle società di cui al presente articolo, **che non siano organismi di diritto pubblico**, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificatamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016....»

In conclusione, è chiaro che le società di diritto privato in controllo pubblico e le società *in house*, oggi, sono definitivamente ritenute due modelli contrapposti e profondamente diversi, anche dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha aggiunto che *«più precisamente l'articolo 16 stabilisce che le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni aggiudicatrici che esercitano su di esse il controllo analogo ...; in modo sensibilmente differente, invece, il successivo articolo 17 stabilisce che nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento»*.

Del resto, l'ANAC stessa ritiene che le società *in house* e le aziende speciali sono "paragonabili" e dunque dovrebbero appartenere entrambe allo stesso *genus* di "Enti di diritto pubblico" e rientrare entrambe nella più consona definizione di cui all'art 1 comma 2 lett. b) del D. Lgs 39/2013.

Indubbiamente il quadro normativo illustrato comporta seri problemi per gli operatori del diritto ma ha effetti sicuramente costringenti ed inibenti per gli amministratori delle società *in house*, che vedono significativamente ridotti i loro diritti politici oltre che fortemente limitata la loro qualificazione come organi “non imparziali”.

Le norme in esame si prestano a interpretazioni discordanti anche tra Autorità che dovrebbero perseguire gli stessi obiettivi e che comportano gravi rischi per le amministrazioni destinatarie di provvedimenti di inconfiribilità/incompatibilità delle nomine, nonché - molto probabilmente - a censure di illegittimità costituzionale e di contrasto con il Trattato UE, in quanto operano un'evidente discriminazione, da un lato, tra gli Enti Pubblici e le Società in House per quanto concerne la disciplina delle inconfiribilità ex art 7 comma 2 del D. Lgs 39/2013 e dall'altro tra lgi amministratori degli Enti/Organismi di diritto pubblico e gli amministratori delle società in house.

E' pertanto auspicabile e sempre più urgente, come sostenuto anche da ANAC (da ultimo all'interno della stessa delibera n. 269/2021 che ha sollecitato il presente procedimento), che il legislatore intervenga con un disegno di riordino dell'intera disciplina, come l'importanza la delicatezza della materia impongono ma, medio tempore, sul caso di specie:

Giusta quanto sopra dedotto;

Considerati i rilevanti e considerevoli effetti che derivano dalla applicazione ai casi di specie, *sic et simpliciter*, della disciplina di cui all'art 7 comma 2 del D. Lgs 39/2013;

Ritenendo necessaria ed indispensabile, al fine di dare maggiore certezza al quadro interpretativo del raccordo fra norme, pronunce giurisprudenziali e esiti dei procedimenti di vigilanza, l'intervento di una pronuncia giurisdizionale;

il sottoscritto RPC

DECRETA

- di **NON** poter contestare, al Presidente della Provincia di Benevento, le cause di inconfiribilità dell'incarico di Direttore Generale della Provincia di Benevento e di Commissario Straordinario dell'AS ASEA all'avv. Nicola Boccalone, per **impossibilità di inquadramento** delle fattispecie tra i casi di inconfiribilità di cui all'art. 7 comma 2, lettere a) e c) del D. Lgs 39/2013, per le particolari **MOTIVAZIONI CHE** risiedono nelle premesse del presente atto;
- di **NON** poter emettere, consequenzialmente, alcun provvedimento dichiarativo della nullità:
 1. dell'atto del Presidente della Provincia di Benevento di conferimento dell'incarico di Direttore Generale (procedimento avviato con decreto di nomina n. 24 del 19.07.2019)
 2. dell'atto del Presidente della Provincia di Benevento di Commissario Straordinario ASEA (procedimento avviato delibera presidenziale n. 238/2019)

entrambi all'avv. Nicola Boccalone

Pertanto

DISPONE

l'archiviazione del presente procedimento **FERMO RESTANDO**, per tutte le motivazioni in premessa esposte circa le incertezze e i dubbi derivanti dall'attuale quadro normativo e dalle interpretazioni spesso ambigue e contrastanti delle autorità che operano e vigilano nel settore rispetto alle pronunce giurisprudenziali sugli stessi temi, l'opportunità di un vaglio giurisdizionale, alle cui determinazioni la scrivente si uniformerà con immediatezza, ove in contrasto con quanto dedotto.

DISPONE ALTRESI'

CHE considerate le suesposte premesse e l'esito del procedimento di verifica dell'ipotesi di inconfiribilità, non sussistono i presupposti per avviare i procedimenti:

- 1) per irrogare nei confronti dell'organo conferente la sanzione inibitoria prevista dall'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 39/2013 ,
- 2) per la verifica delle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 20 del medesimo provvedimento .

DISPONE PURE

CHE il presente provvedimento sia

- notificato a mezzo PEC:
 1. al Presidente della Provincia di Benevento
 2. all'avv. Nicola Boccalone
 3. all'RPC dell'AS ASEA
 4. all'ANAC
- trasmesso a mezzo pec:
 1. All'Avvocatura Provinciale

AVVERTE

CHE avverso il presente provvedimento è esperibile ricorso al TAR di Napoli nel termine di 60 gg. o in alternativa ricorso straordinario al Capo di Stato nel termine di 120 gg., entrambi decorrenti dalla data di notifica o comunicazione dell'atto o dalla piena conoscenza di esso da parte degli interessati.

DA ATTO

CHE il presente provvedimento verrà reso pubblico a seguito della pubblicazione sul sito ANAC - albo deliberazioni del consiglio - della deliberazione n. 269/2021.

Il Responsabile Anticorruzione e Trasparenza
- dr. Maria Luisa Dovetto -

