

13 SETTEMBRE 2017

Lo “strano caso” dell’art. 53, c. 16 *ter*
del D.Lgs. 165/01: criticità tra
anticorruzione ed efficienza delle gare

di Carmine Pepe
Avvocato presso il Foro di Roma



Lo “strano caso” dell’art. 53, c. 16 *ter* del D.Lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza delle gare *

di Carmine Pepe
Avvocato presso il Foro di Roma

Sommario 1) Premessa e contesto normativo: tra prevenzione della corruzione e affidamento dei contratti. 2) Alcune criticità interpretative nell’applicazione della norma: quali sanzioni e quali rapporti? 2.1.) (*segue*) Il divieto a contrattare in caso di violazioni. Con tutte le pubbliche amministrazioni o solo quella di provenienza dell’ex dipendente? 2.2.) (*segue*) I “dipendenti” e i soggetti equiparati. 2.3) (*segue*) le attività rilevanti. 3) Le modalità di comprova nelle gare d’appalto. 4) La norma e la disciplina ‘nel tempo’. Una svista del legislatore? 5) Le applicazioni giurisprudenziali. 6) Conclusioni

1. Premessa e contesto normativo: tra prevenzione della corruzione e affidamento dei contratti.

Lo scopo del presente scritto è quello di porre in evidenza le criticità riscontrate nella concreta applicazione dell’art. 53, c. 16-ter del D.Lgs. 165/01, anche alla luce di alcune recenti pronunce del giudice amministrativo.

A tal fine appare utile in premessa riepilogare brevemente il contesto normativo in cui la disposizione si inserisce.

Si tratta, come noto, di una delle novità della legge n. 190 del 2012¹. Il Legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento un complesso di istituti volti a prevenire in via amministrativa² fenomeni di ‘corruzione’ *latu sensu* intesa e tra questi, con l’art. 1, c. 42, lett. l) della L. 190/12, il divieto di *pantouflage*³ o, secondo la

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ La l. 190/12, conosciuta, dal nome del Ministro della Giustizia *pro tempore*, come “legge Severino”, ha come principale obiettivo l’attuazione nell’ordinamento nazionale l’articolo 6 della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, nonché gli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110.

² In tal senso si è osservato come la legge Severino “*mette in campo, per la prima volta, quell’auspicato e organico ventaglio di misure destinate a operare in funzione di prevenzione sul versante prevalentemente amministrativo*” così, R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell’ANAC*, in *Combattere la Corruzione*, M. D’Alberti (a cura di), Rubettino, 2016, nonché, *ivi cit.* V. Sarcone, V. Vitullo, M. Tartaglione, *La stesura dei piani triennali della corruzione nelle aziende del servizio sanitario nazionale. Sintesi delle principali indicazioni operative*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2013, 12, 6.

³ Secondo alcune fonti il termine *pantouflage*, letteralmente il ‘mettersi in pantofole’, affonda le sue radici nel gergo in uso alla École Polytechnique; il termine “*pantoufle*” si riferiva all’atto di coloro che davano le dimissioni dalla carriera pubblica, cfr. Albert-Lévy et G. Pinet *L’argot de l’X illustré par les X*, Paris, 1894, xiii + 327 pp., pp.218-

tradizione anglosassone, il divieto di *revolving doors*, sanzionandone in modo particolarmente severo la violazione.

L'art. 53, c. 16-ter del D.Lgs. 165/01 si compone, infatti, di due periodi. Il primo descrive la condotta vietata stabilendo che *“i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri”*.

Il secondo periodo dispone le conseguenze sanzionatorie prevedendo che: *“I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”*.

La *ratio* della norma appare piuttosto chiara: impedire che un soggetto che abbia lavorato nella pubblica amministrazione si precostituisca, nel corso dell'espletamento del proprio servizio, una situazione di vantaggio in vista di una futura occasione lavorativa. Si tratta, dunque, di una norma in diretto collegamento con il principio costituzionale di imparzialità dell'amministrazione e di quello che impone ai pubblici impiegati di essere *“al servizio esclusivo della Nazione”* (art. 97 e 98 Cost.).

L'art. 53, c. 16-ter del D.Lgs. 165/01 costituisce, pertanto, a tutti gli effetti una misura di prevenzione della corruzione intesa come *cd. maladministration*, essendo tale l'*“assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari”*. La prevenzione, dunque, riguarda tutti gli *“atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse”*⁴.

220, in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k205446n>. Si tratta di un fenomeno conosciuto e in vario modo disciplinato in diversi Paesi. Certamente più aulico, rispetto al termine francese, è il vocabolo giapponese per indicare il fenomeno degli alti burocrati che a fine carriera, diventano consulenti di grandi imprese: *amakudari*, letteralmente *‘discesa dal paradiso’*, cfr. D. Shendrikova, *Japanese bureaucracy: descent from heaven*, Pubblicazioni, Italian Institute for International Political Studies, December, 2014, in ispionline.it.

⁴ Questa la definizione di corruzione fornita dall'Autorità con l'aggiornamento al Piano Nazionale Anticorruzione, approvato, il 28 ottobre 2015. L'Autorità ha confermato, quindi, la definizione di corruzione come *“coincidente con la ‘maladministration’*. Sin dal primo Piano Nazionale Anticorruzione, approvato l'11 settembre 2013 ai sensi dell'art. 1, c. 2 lett. b) della l. n. 190/2012, infatti, l'Autorità ha sottolineato che il piano *“è uno strumento finalizzato alla prevenzione, il concetto di corruzione che viene preso a riferimento nel presente documento ha un'accezione ampia. Esso è comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 ter, c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel*

In effetti, il divieto di *pantouflage* vuole evitare che il dipendente pubblico si trovi ad agire in una particolare situazione di conflitto di interessi dai tratti, invero, piuttosto peculiari. Si tratta, infatti, di un **conflitto di interessi**, per così dire, ‘**ad effetti differiti**’: il funzionario o dirigente pubblico che agisce ha, nell’esercizio dei propri poteri, un interesse proprio non immediato né contestuale rispetto alla propria funzione, bensì un **interesse proprio futuro** e, appunto differito nel tempo, rappresentato da una *chance* lavorativa presso i “*soggetti privati*” nei confronti dei quali ha esercitato le proprie funzioni. Di qui l’obbligo di un periodo di ‘raffreddamento’ di tre anni dalla cessazione dell’impiego pubblico (nell’evidente presupposto, nella mente del Legislatore, che, allontanando nel tempo l’occasione di lavoro futuro, la stessa non costituisca più un incentivo appetibile per il soggetto pubblico ad ‘inquinare’ la propria attività). Non è dunque affatto azzardato un parallelismo tra l’art. 53, c. 16, ter e l’art. 6-bis della L. 241/90 introdotto, anch’esso, dalla l. 190/12. Quest’ultimo articolo, rubricato (“*Conflitto di interessi*”) impone infatti al “*responsabile del procedimento e [a]i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale*” di “*astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”. Si tratta di due norme che potrebbero essere lette in un rapporto di genere a specie o, meglio, in un rapporto di complementarietà: l’art. 6-bis opera *in costanza* di rapporto di pubblico impiego; il c. 16, ter per i tre anni successivi alla cessazione: entrambe però hanno lo scopo di assicurare la correttezza dell’*agere* pubblico.

Tanto premesso, le misure in via amministrativa in chiave preventiva della corruzione *latu sensu* intesa appaiono particolarmente incisive in materia di contratti pubblici⁵.

Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo”.

⁵ Né dà plastica evidenza la c.d. ‘doppia anima’ dell’ANAC si tratta di autorità indipendente che, per un verso, ha assunto su di sé poteri ‘regolatori’ (art. 213 del D.Lgs. 50/2016), ‘para-contenziosi’ (211, c. 1) e ‘di vigilanza’ (211, c. 2 e 213) nel settore dei contratti pubblici (assumendo su di sé le funzioni della soppressa autorità dei contratti pubblici) e, per altro verso, costituisce il soggetto interno che la l. 190/12, in virtù degli impegni assunti dall’Italia in sede internazionale, ha posto al vertice del sistema di prevenzione in via amministrativa della corruzione nel settore pubblico; cfr. sull’argomento F. Di Lascio, B. Neri, *I poteri di vigilanza dell’autorità nazionale anticorruzione*; in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4,454, A. Monea, *La via organizzativa per la prevenzione della corruzione tra adempimenti e profili evolutivi*, in *azienditalia*, Il Personale, 2015, 12, 659; alla stessa ANAC, inoltre, è stata attribuita una specifica funzione consultiva sull’applicazione del comma 16-ter Ai sensi dell’art. 1, c. 2, lett. e) della L. 190/12, l’ANAC “*esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all’articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all’applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo*”.

Si è evidenziato, in senso critico, come tutta la normativa sui contratti pubblici sembra scritta dall'angolo di visuale della corruzione⁶, con il rischio di 'ingessature' dei sistemi di affidamento.

Il comma 16-ter è emblematico della stretta connessione tra disciplina anticorruzione e attività contrattuale dalla PA: non solo perché una delle sanzioni previste dal secondo periodo della norma è, infatti, il “*divieto di contrattare*” con la pubblica amministrazione; ma anche perché, ancor prima, tra i presupposti del divieto vi è quello che gli *ex dipendenti* che abbiano esercitato poteri “*autoritativi o negoziali*”, per conto dell'amministrazione puntando, così, a garantire, evidentemente, il corretto espletamento delle procedure di aggiudicazione.

La violazione del divieto di *pantouflage* sembra dunque operare, in sostanza, come una vera e propria causa di esclusione dagli appalti o, se si vuole, come requisito a contrattare con la pubblica amministrazione, in modo non diverso dall'art. 80 del D.Lgs. 50/16 (e, ancor prima, l'art. 38 del D.Lgs. 163/06) e, al tempo stesso, riguardando l'attività 'negoziale' esercitata dal dipendente, punta a garantire il serio svolgimento delle gare prevenendo fenomeni di inquinamento a fronte di future occasioni per il singolo dipendente pubblico.

È proprio da tali - apparentemente dirompenti - conseguenze, sulle quali tuttavia, come si dirà *infra*, la giurisprudenza pare dubitare, che nascono le difficoltà interpretative che si incontrano nel voler dare pratica attuazione alla disposizione.

2. Alcune criticità interpretative nell'applicazione della norma: quali sanzioni e quali rapporti?

La non felicissima formulazione della norma ha dato adito da subito ad alcuni significativi problemi interpretativi per gli operatori del settore, acuiti a seguito dell'adozione del D.Lgs. 8 aprile 2013 n. 39 recante “*Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*”, che ne ha significativamente aumentato la portata applicativa della norma.

2.1 (segue) Il divieto a contrattare in caso di violazioni. Con tutte le pubbliche amministrazioni o solo quella di provenienza dell'ex dipendente?

La prima parte del c. 16-ter sembra porre un precetto a prima lettura chiaro: essa si rivolge “*dipendenti*” i quali “*negli ultimi tre anni di servizio*” abbiano “*esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni*”. Per essi è fatto divieto di svolgere “*nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione*”.

⁶ S. Cassese, *Cantone a giudizio. Così l'anti corruzione diventa l'anti efficienza. Cassese ci dice perché l'Anac non fa bene il suo mestiere*, il Foglio, 24 gennaio 2017

svolta attraverso i medesimi poteri". I dubbi sorgono però ponendo mente al secondo periodo lì dove, la violazione è punita con l'ulteriore divieto per i soggetti "privati" che "hanno conclusi o conferiti" [i contratti di lavoro o gli incarichi in favore dell'ex dipendente] *di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni*".

Si ponga, dunque, il caso di un responsabile del procedimento dipendente del Comune di Alfa che aggiudichi un'importante commessa all'impresa Beta e, dimessosi dal proprio impiego comunale, venga assunto dopo pochi mesi da Beta stessa come responsabile dell'ufficio gare. L'ipotesi integra gli estremi di una violazione del divieto di *pantouflage*. Ma quale sarà la sanzione?

Ebbene, nel cercare di delineare l'ampiezza delle ipotesi contemplate dalla norma, soprattutto dal punto di vista dell'operatore economico privato che abbia assunto l'ex dipendente pubblico (anche al fine, come si dirà, di individuare i connessi obblighi dichiarativi in sede di gare d'appalto) e che dunque rischia di incorrere nella sanzione prevista dalla seconda parte della norma, sono apparse, fin da subito, sostenibili due diverse interpretazioni, entrambe plausibili sul piano letterale.

La prima, estensiva, conduce, in buona sostanza, a ritenere sussistente il divieto di intrattenere rapporti con l'ex dipendente pubblico cessato da meno di tre anni da una *qualsiasi* amministrazione pubblica (purché, beninteso, l'operatore economico privato sia stato destinatario di attività 'autoritativa o negoziale'), la cui violazione conduce, per converso, ad un divieto di contrattare con *tutte* le amministrazioni pubbliche (e non solo di quella di provenienza dell'ex dipendente).

Tornando all'esempio, l'impresa Beta non solo non potrà contrattare con il Comune di Alfa, ma nemmeno con il comune di Gamma, Delta etc. In sostanza la violazione del primo periodo del comma *16ter* opererebbe *ex se* quale condotta che comporta il venir meno della capacità negoziale di contrattare con una controparte pubblica.

Tale interpretazione sembra effettivamente trovare un addentellato nel §3.1.9 del PNA (pag. 40) nella parte in cui richiede che le amministrazioni devono impartire indicazioni affinché "*nei bandi di gara o negli atti prodromici agli affidamenti, anche mediante procedura negoziata, sia inserita la condizione soggettiva di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni nei loro confronti per il triennio successivo alla cessazione del rapporto*".

Il PNA sembra, dunque, accogliere un'interpretazione ampia richiedendo (nell'affidamento dei contratti) quale requisito soggettivo dell'affidatario che quest'ultimo non intrattenga rapporti ("*di lavoro subordinato o autonomo*" o "*incarichi*") con dipendenti cessati da meno di un triennio che hanno esercitato i poteri "*per conto delle pubbliche amministrazioni nei loro confronti*" (cioè nei confronti dell'affidatario). In altre parole il PNA riferendosi alle "*pubbliche amministrazioni*" (al plurale) sembrerebbe richiedere che l'affidatario non abbia

assunto o incaricato *ex* dipendenti di *tutte* le pubbliche amministrazioni rientranti nel perimetro dell'art. 1, c. 2 del D.Lgs. 165/01.

La stessa interpretazione sembra essere stata recepita dall'ANAC nella predisposizione dei c.d. bandi tipo (cfr. bando tipo n. 2 del 21 novembre 2014) laddove lo schema di disciplinare di gara (cfr. p. 26 lett. k) richiede tra le dichiarazioni che i partecipanti devono rendere per l'ammissione alla gara *“che nei propri confronti non è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c), del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, e non sussiste alcun divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (art. 38, comma 1, lett. m), del Codice), e di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 2001, n. 165 (ovvero di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e, comunque, di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali, per conto delle pubbliche amministrazioni, nei loro confronti, per il triennio successivo alla cessazione del rapporto)”*.

Una seconda (e restrittiva) interpretazione, invece, è nel senso che la sanzione del divieto di contrattare per il soggetto privato che intrattiene rapporti con l'ex dipendente cessato sia limitata alla pubblica amministrazione di provenienza dell'ex dipendente .

Tale interpretazione pare è avvalorata dal medesimo PNA, e, segnatamente, nell'Allegato 1, cui la nota 16 del PNA rinvia per “ulteriori indicazioni”. L'Allegato 1, al punto B.10, specifica:

- quanto al precetto, che i “dipendenti” interessati sono coloro *“che per il ruolo e la posizione ricoperti nell'amministrazione hanno avuto il potere di incidere in maniera determinante sulla decisione oggetto dell'atto e, quindi, coloro che hanno esercitato la potestà o il potere negoziale con riguardo allo specifico procedimento o procedura”*;
- quanto alla sanzione, che *“i soggetti privati che hanno concluso contratti o conferito incarichi in violazione del divieto non possono contrattare con la pubblica amministrazione di provenienza dell'ex dipendente”*.

È evidente come l'adesione all'una o all'altra interpretazione comporti notevoli conseguenze in punto di modalità di comprova (e verifica) del relativo requisito su cui ci si soffermerà nel prosieguo. Sul punto, infatti, una (apparentemente definitiva) soluzione sembra essere stata fornita nel Documento di Gara Unico Europeo (DGUE), che, come si dirà ha optato per l'opzione restrittiva con la conseguenza, pertanto, che l'operatore economico è tenuto a comprovare (mediante dichiarazione) - e l'amministrazione a verificare (con i dovuti controlli) - di non aver assunto *ex* dipendenti della singola stazione appaltante. Ma sul punto si tornerà oltre.

2.2 (segue) I “dipendenti” e i soggetti equiparati.

Il comma 16-ter, tuttavia, prevede ulteriori presupposti di non facile lettura relativi in particolare alla nozione di “*dipendente*” ed a quella di esercizio “*di poteri autoritativi o negoziali*”.

Quanto alla nozione di “*dipendente*” utilizzata dal Legislatore nell’art. 53, c. 16-ter al fine di delineare l’ambito di applicazione soggettivo della norma, essa sembra testualmente riferirsi al soggetto che intrattiene con l’amministrazione un rapporto di servizio di tipo impiegatizio (ove cioè l’ente è datore di lavoro e la persona fisica lavoratore subordinato) con esclusione, pertanto, di incarichi conferiti a soggetti non legati da rapporti di pubblico impiego.

Occorre tuttavia considerare che l’art. 21 del D.Lgs. 39/2013 ha stabilito che “*ai soli fini dell’applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter [...] sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l’amministrazione, l’ente pubblico o l’ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell’incarico*”.

L’art. 21, in sostanza, equipara ai “*dipendenti*” i soggetti titolari di uno degli “*incarichi*” di cui al medesimo D.lgs. 39/13 operando una vera propria *fiction iuris* al fine di estendere anche a tali soggetti i divieti di cui al comma 16-ter ed ampliare, così, le finalità preventive ‘anticorruzione’ sottese a tale ultima previsione.

La reale portata di detta equiparazione appare tuttavia incerta. A quali incarichi intende riferirsi l’art. 21? Anche qui pare possibile avanzare due opzioni interpretative.

Infatti gli incarichi presi in considerazione dal D.Lgs. n. 39/13 possono essere divisi, per così dire, in due gruppi ovvero, da un lato, gli incarichi, precipuo oggetto della disciplina, per i quali il legislatore delegato ha individuato i casi di incompatibilità e inconferibilità, dall’altra, i *diversi* incarichi, per così dire ‘preesistenti’ a quello da conferire che, a loro volta, sono contemplati nel decreto quale motivo di incompatibilità per primi. La dizione dell’art. 21 del D.Lgs. 39/13 (incarichi “*di cui al presente decreto*”) è, nella sua genericità, tale da comprendere entrambi i due predetti gruppi.

Ulteriori incertezze, in tal senso, derivano dalla lettura dei criteri della legge delega: il D.Lgs. 39/13 costituisce, infatti, attuazione della delega contenuta ai commi 49 e 50 dell’art. 1 L. 190/12.

Ebbene, il comma 49 ha delegato il Governo “*a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi*” (i) “*dirigenziali*”; (ii) [...] *di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni*”; (iii) [...] “*negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici*” da conferire “*a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione*”. E qui il primo gruppo di incarichi che potrebbero rientrare nella nozione di “*incarichi di cui al presente decreto*” di cui all’art. 21.

Il comma 49 ha altresì delegato il Governo anche “*a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi [i.e. quelli di cui al primo gruppo] e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate*” (comma 49). Di qui, invece, il secondo gruppo di incarichi, anch'essi astrattamente riconducibili nella locuzione impiegata all'art. 21 del decreto.

Il successivo comma 50, alla lett. e), prevede inoltre, che il Governo debba “*comprendere tra gli incarichi oggetto della disciplina*” quelli (i) “*amministrativi di vertice nonché gli incarichi dirigenziali, anche conferiti a soggetti estranei alle pubbliche amministrazioni, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione*”; (ii) “*gli incarichi di direttore generale, sanitario e amministrativo delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere*”; (iii) “*gli incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico*”. In sostanza, se si legge l'art. 21 del D.Lgs. 39/13 alla luce dei criteri direttivi della delega è plausibile che il richiamo particolarmente generico agli “*incarichi di cui al presente decreto*” si estenda non solo gli incarichi amministrativi strettamente intesi ma, finanche, ad incarichi elettivi⁷.

Anche qui un esempio può aiutare a chiarire. Il Sindaco del Comune di Alfa, ente che ha affidato importanti commesse all'impresa Beta, termina il proprio mandato e viene assunto, quale consulente, dalla medesima impresa Beta: si incorre in una violazione del divieto di *pantouflage*? È evidente che dall'*excursus* sopra compiuto, l'art. 21 del D.Lgs. 39/13, ispirato da una finalità general-preventiva e dunque da orizzonti particolarmente ampi, non sembra possibile escludere un simile esito interpretativo. Detta opzione ‘estensiva’, nondimeno, fa sorgere più di un dubbio di compatibilità costituzionale dell'equiparazione operata dall'art. 21 del D.Lgs. 39/13. L'art. 51, c. 1 della Costituzione prevede, infatti, che “*Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge*” e il successivo c. 3, più in particolare, dispone che “*Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro*”. Tale norma, quindi, garantisce, a livello costituzionale, la compatibilità e coesistenza tra un rapporto di lavoro subordinato e lo svolgimento di una funzione pubblica elettiva con la conseguenza

⁷ Il legislatore delegato infatti, da un lato, ha ristretto la nozione di “*enti pubblici*” agli “*enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali [...]*” (art. 1, c. 2 del D.Lgs. 39/13), dall'altro, ha fornito una autonoma definizione dei “*componenti di organi di indirizzo politico*” includendovi “*le persone che partecipano, in via elettiva o di nomina, a organi di indirizzo politico delle amministrazioni statali, regionali e locali, quali ..., Presidente della giunta o Sindaco, assessore o consigliere nelle regioni, nelle province, nei comuni*” (ibidem). In sostanza pur essendo la carica di sindaco tra quelle ricomprese nell'oggetto della delega, tale ‘incarico’, in sede di attuazione della delega, non sembrerebbe essere stato ricompreso tra gli incarichi “*disciplinati*” bensì tra quegli incarichi (*rectius* quelle situazioni soggettive) che possono dar luogo ad un'ipotesi di incompatibilità o inconferibilità degli incarichi “*disciplinati*” (ad. es. gli incarichi nelle società partecipate dall'ente locale).

che appare di dubbia compatibilità con il divieto, sia pur operante *ex post*, ricavabile dal combinato disposto dell'art. 53, c. 16-ter del D.Lgs 165/01 e 21 del D.Lgs. 39/13.

2.3. (segue) le attività rilevanti.

Ulteriore presupposto 'problematico' della norma è quello dell'esercizio, da parte dell'*ex* dipendente, di "poteri autoritativi e negoziali"; presupposto, questo, da affrontare unitamente a quello, previsto nel secondo periodo, ovvero che il privato destinatario della sanzione (in ipotesi, la società che abbia assunto l'*ex* funzionario cessato) debba essere stato destinatario dell'attività svolta "attraverso i medesimi poteri".

La radice del problema è quella di stabilire quale sia il necessario livello 'di coinvolgimento' dell'*ex* dipendente nel processo decisionale dell'amministrazione (e nell'esercizio dei poteri autoritativi o negoziali di cui l'amministrazione è titolare) nei confronti del soggetto privato, perché possa dirsi sussistente il divieto di prestare la propria attività lavorativa o professionale in favore di quel soggetto privato.

Ebbene, nell'interpretazione della locuzione "attività ...svolta attraverso i medesimi poteri" di cui il privato è destinatario si va delineando nella prassi un'accezione particolarmente ampia, o, per così dire, 'sostanzialista'.

In questa direzione si è infatti fin da subito espressa l'ANAC secondo la quale "sussiste il divieto di contrattare con la p.a. di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42 della legge n. 190/2012, nei confronti di un dipendente che ha esercitato, negli ultimi tre anni di servizio, poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa, anche presso un settore di attività diverso ma comunque afferente alle attività precedentemente svolte, allorché esercita un'attività professionale presso soggetti privati destinatari dei suddetti poteri" (cfr. Orientamento n. 65/2014, pubblicato sul proprio sito istituzionale).

Dal richiamato orientamento si desume quindi che il divieto a contrattare si estende anche al caso in cui l'*ex* dipendente abbia esercitato i propri poteri "autoritativi o negoziali" presso il medesimo settore presso cui è attiva la società presso la quale è stata assunto ma anche "un settore di attività diverso" e "afferente" laddove, invece, la lettera della norma pone un divieto di intrattenere rapporti con "soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri".

Sempre in ordine al livello di coinvolgimento, inoltre, si è precisato come non sia necessario che l'*ex* dipendente fosse propriamente titolare di quella funzione essendo sufficiente che la sua attività, anche di carattere endoprocedimentale, consultiva o istruttoria, abbia concorso a formare la volontà finale dell'ente per il quale egli presta il proprio lavoro.

In tal senso, ancora una volta si è espressa l'ANAC la quale ha ritenuto che il divieto trova applicazione "non solo ai dipendenti che esercitano i poteri autoritativi e negoziali per conto della P.A, ma anche ai dipendenti che - pur

non esercitando concretamente ed effettivamente tali poteri - sono tuttavia competenti ad elaborare atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, certificazioni, perizie) che incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale, ancorché redatto e sottoscritto dal funzionario competente” (Orientamento n. 24/2015)

Tale orientamento, desta talune perplessità ove si consideri, per l'appunto, la necessità che il privato (*i.e.* la società che abbia assunto l'*ex* dipendente e potrebbe incorrere nella sanzione del divieto a contrattare) debba essere stato destinatario dei “*medesimi poteri*” e, dunque, lo stesso debba essere messo quantomeno in condizione di verificare tale condizione prima dell'eventuale assunzione (o del conferimento di un incarico).

Lo stesso dicasi dell'amministrazione: ques'ultima (come si vedrà *infra*) è destinataria della dichiarazione di insussistenza di un'ipotesi di *pantouflage* ed è dunque chiamata a verificarne la veridicità.

Nell'ottica interpretativa sin qui consolidatasi, non sarà sufficiente che il privato dichiarante (e, poi, l'amministrazione) appuri chi sia il soggetto-persona fisica responsabile i provvedimenti di cui è stato destinatario, ma occorrerà che, per ciascun provvedimento, sia individuata la *ratio decidendi* del caso concreto e l'atto (anche endoprocedimentale) su cui la stesso si fonda e, di qui, la (o le) persone fisiche che, all'interno dell'ente o di altro organo, a cui è attribuibile la paternità di quell'atto.

3. Le modalità di comprova nelle gare d'appalto.

L'art. 53, c. 16-*ter* sembra dunque atteggiarsi alle stregua di un vero e proprio requisito soggettivo per la stipula dei contratti pubblici che gli operatori economici devono possedere all'atto della partecipazione alla gara. Si tratterebbe di una sorta di requisito di moralità, previsto in una disposizione *extracodicistica* (al di fuori ed aggiuntiva rispetto a quanto previsto dall'art. 80 del D.Lgs. 50/16)

L'aspetto più critico dell'intera disposizione attiene quindi alle modalità di comprova di tale condizione soggettiva in corso di gara: esse si rivelano, infatti, tanto più complesse quanto più ampia è l'interpretazione della norma e, quindi, il contenuto della relativa dichiarazione da rendere in corso di gara.

Come anticipato il PNA (§3.1.9 del PNA, pag. 40) richiede, infatti, che le amministrazioni inseriscano “*nei bandi di gara o negli atti prodromici agli affidamenti, anche mediante procedura negoziata, sia inserita la condizione soggettiva di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni nei loro confronti per il triennio successivo alla cessazione del rapporto*”.

In linea, dunque, con quanto previsto per i requisiti soggettivi per la stipula di contratti pubblici, anche la c.d. *clausola di pantouflage*, ad una prima lettura, richiede che il concorrente in corso di gara presenti all'amministrazione una dichiarazione di comprova del possesso del requisito ai sensi del d.P.R.

445/2000. Dichiarazione, che, stando al PNA è quella di *“non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni nei loro confronti”* mentre all’Allegato 1, del medesimo PNA, diventerebbe quello di *“non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della pubblica amministrazione che affida il contratto nei loro confronti”*.

Anche per la comprova del ‘requisito-*pantouflage*’ viene in rilievo l’articolo 85 del D.Lgs. 50/03 che, nel recepire l’articolo 59 della direttiva 2014/24/UE, ha disciplinato il Documento di gara unico europeo (DGUE).

La finalità del DGUE è, come noto, quella di semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l’adozione di un unico modello autodichiarativo per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Ebbene, la Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha adottato, in data 18 luglio 2016, apposite Linee guida, pubblicate sulla GU – Serie generale - n. 174 del 27 luglio 2016.

La parte III *“Motivi di esclusioni”* del DGUE, alla sezione D, contiene, al punto 7 contiene la seguente domanda (al quale i concorrente ai fini della partecipazione, è tenuto a rispondere con un sì o con un no). *“L’operatore economico si trova nella condizione prevista dall’art. 53 comma 16-ter del D.Lgs. 165/2001 (pantouflage o revolving door) in quanto ha concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e, comunque, ha attribuito incarichi ad ex dipendenti della stazione appaltante che hanno cessato il loro rapporto di lavoro da meno di tre anni e che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa stazione appaltante nei confronti del medesimo operatore economico”*

Alla luce di quanto osservato in precedenza, dunque, il DGUE sembra aver optato decisamente per una lettura restrittiva della norma nel senso cioè che essa porrebbe un divieto il cui rispetto, in sede di gara, deve essere verificato in relazione ai dipendenti di ciascuna singola stazione appaltante.

Tale soluzione, pur non risolvendo tutte le criticità connesse all’effettiva attuazione della norma, merita, ad avviso di chi scrive, condivisione. All’indomani dell’entrata in vigore della norma, infatti, non era insolito imbattersi in taluni bandi in cui si richiedeva ai concorrenti di dichiarare di non aver assunto o aver attribuito incarichi ad *ex* dipendenti pubblici provenienti, genericamente, da (tutte) le amministrazioni di cui all’art. 1 del D.Lgs. 165/01 (e che, per conto delle stesse, quelli non avessero esercitato poteri autoritativi o negoziali).

Una simile lettura, pur suffragata da alcuni appigli nell'ambito del PNA, ha comportato difficoltà non da poco. Anzitutto e su un piano generale, detta interpretazione, nella sua ampiezza rischia sostanzialmente di costituire un assoluto 'freno' alla mobilità del lavoro tra pubblico e privato (quantomeno verso aziende che forniscono beni, servizi o lavori alla PA che, a fronte del rischio di assunzione di un *ex* dipendente pubblico, ben potrebbero preferire un candidato proveniente da una realtà privata).

A ciò si aggiungano le criticità sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità che la sanzione determina: così intesa la norma, affinché 'scatti' la sanzione del divieto a contrattare con tutte le PA sarebbe sufficiente che l'operatore economico assuma, ad esempio, un *ex* dipendente di una qualsivoglia amministrazione, anche laddove egli abbia esercitato poteri autoritativi o negoziali di minima importanza. Si consideri, ad esempio, il caso che l'impresa Beta abbia assunto un *ex* dipendente del Comune di Alfa, il quale ha operato nei confronti di Beta nell'affidamento di una commessa di modesto valore economico (o come funzionario nel rilascio di un permesso di costruire). Ecco per ciò solo sarebbe preclusa a Beta la capacità di contrattare con tutte le amministrazioni con il rischio di 'perdere' commesse ben più rilevanti.

Infine, tale soluzione – per quanto coerente con la finalità preventiva della norma – appare anche di difficile se non impossibile percorribilità sul piano pratico nell'ambito di una gara.

In sostanza, si tratterebbe di richiedere all'operatore economico privato di verificare se fra i propri dipendenti figurino qualcuno che, avendo lavorato alle dipendenze di una (qualsiasi) pubblica amministrazione abbia (i) esercitato poteri nei confronti della società (ii) lo abbia fatto negli ultimi tre anni di attività e (iii) sia cessato, da meno di tre anni dall'impiego pubblico. A ciò si aggiunga che ciò che è vietato all'operatore economico privato è non solo l'assunzione, quale dipendente, dell'*ex* dipendente pubblico, ma anche il conferimento ad egli di incarichi (è vietata infatti anche l'attività "*professionale*"). Al contempo l'*ex* dipendente, come sopra anticipato, non è solo quello che aveva con la PA un rapporto di pubblico impiego propriamente detto, ma anche i soggetti, ad essi equiparati, ovvero il titolare di uno degli incarichi di cui al D.Lgs. 39/13 (per effetto dell'art. 21 del medesimo decreto).

Una siffatta dichiarazione, stante l'ampiezza del proprio oggetto, appare non solo di difficile inquadramento tra quelle che possono utilmente essere rese ai sensi DPR 445/00 ma anche praticamente impossibile da verificare. Essa, infatti, comporterebbe per la stazione appaltante, chiamata ad accertarne la veridicità, un onere del tutto sproporzionato. A rigore, infatti, l'amministrazione dovrebbe verificare se fra tutti i dipendenti dell'operatore economico vi sia un *ex* dipendente pubblico, di una qualsiasi delle pubbliche amministrazioni menzionate all'art. 1 del D.Lgs. 165/01, (oltre, poi, dover appurare la sussistenza, o meno, degli ulteriori presupposti previsti dall'art. 53, c. 16-ter!).

Una simile esito interpretativo finirebbe evidentemente per sacrificare - del tutto - sull'altare delle finalità preventive della *c.d. maladministration* l'efficienza di una procedura di gara, costringendo la stazione appaltante a verifiche *monstre* alla ricerca della violazione del divieto in questione (nonché del divieto di rendere dichiarazioni non veritiere in fase di selezione alle gara).

Ecco perché, la scelta del DGUE appare, almeno sotto tale aspetto, condivisibile. In sostanza, la stazione appaltante chiamata alla verifica della dichiarazione ha 'soltanto', se così si può dire, l'onere di verificare, se tra i propri *ex* dipendenti 'cessati' nell'ultimo triennio ve ne sia qualcuno assunto dall'operatore economico.

Tuttavia, anche in questo scenario, il profilo critico della norma, nella sua concreta implementazione, permane.

Anche una dichiarazione, formulata come quella inserita nel DGUE, onera infatti il concorrente - con le relative conseguenze nel caso in cui la stessa si riveli, poi, non veritiera - di adempimenti, prodromici alla partecipazione alla gara, particolarmente gravosi. È necessario infatti appurare - affinché il soggetto persona fisica rappresentante della società possa rendere una dichiarazione consapevole e informata e, soprattutto, veritiera - se nell'azienda siano stati assunti (o sia stato loro conferito un incarico professionale), nell'ultimo triennio, ad *ex* dipendenti pubblici (o titolari di incarichi) e quale fosse il loro ruolo nel settore pubblico.

L'attività da compiere (per poter arrivare a barrare la casella "no" al quesito n. 7, della parte III, sez. D del DGUE ai sensi dell'art. 53, c. 16-*ter*) è dunque significativa. E ciò, in particolare, per tutte quelle società di grandi dimensioni, talvolta con migliaia di dipendenti, collaboratori e professionisti incaricati, che pure partecipano alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In quest'ottica sembra non esserci altra strada per l'aspirante concorrente ad una gara che richiedere ai lavoratori neoassunti (o a soggetti e professionisti 'neo-conferitari' di incarichi) se, appunto, abbiano svolto attività lavorativa (anche tramite incarichi *ex* D.Lgs. 39/13) per conto di una amministrazione e, in caso di risposta positiva, chiedere ai medesimi se tale attività abbia riguardato anche l'azienda presso la quale si viene assunti. Sennonché ove una tale dichiarazione, nell'ambito dell'instaurazione del rapporto di lavoro, si rivelasse non veritiera - pur con tutte le conseguenze civilistiche, risarcitorie o di altro tipo, in seno al rapporto di lavoro - la stessa non 'metterebbe al riparo' l'azienda che l'ha richiesta dalle conseguenze sanzionatorie dell'art. 53, c. 16-*ter*; stante il carattere imperativo della disposizione.

4. La norma e la disciplina 'nel tempo'. Una svista del legislatore?

Occorre infine interrogarsi sugli aspetti, per così dire, 'diacronici' della norma.

Si può anzitutto concordare sulla circostanza che la norma nella sua parte sanzionatoria trovi applicazione (con conseguente nullità) solo ai contratti di lavoro e gli incarichi conferiti ad *ex* dipendenti successivi alla sua entrata in vigore⁸.

Senonché sono numerosi gli elementi della disposizione che hanno a che fare con il fattore tempo.

Anzitutto, il c.d. ‘periodo di raffreddamento’, che è di tre anni; il divieto infatti opera “*nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto*” di pubblico impiego). Ad un’attenta lettura, tuttavia, la norma copre un arco di tempo ben più lungo: infatti, occorre verificare se l’*ex dipendente* negli “*ultimi tre anni di servizio*” abbia esercitato o meno i propri poteri.

Il divieto di *pantouflage* dunque impone di considerare un periodo complessivamente pari a sei anni. È questo l’orizzonte temporale che il Legislatore considera per prevenire il rischio di inquinamento dell’imparzialità dell’agire del dipendente pubblico.

Tale scelta del Legislatore presta, tuttavia, il fianco a qualche considerazione critica. Per come costruita la norma, infatti, si arriverebbe a conseguenze piuttosto paradossali pur a fronte di situazioni del tutto identiche.

Si pensi ad esempio al lavoratore dipendente del Comune di Alfa, il quale, nell’ultimo triennio di servizio (si dia il caso, ad esempio, di due anni prima delle sue dimissioni) abbia svolto attività provvedimentale (aggiudichi una commessa) in favore di Beta, e che venga assunto da Beta, una volta cessato dal rapporto di lavoro pubblico, dopo 2 anni e 11 mesi dalla cessazione: il caso ipotizzato ricadrebbe in pieno nella sanzione. Infatti, la persona in questione ha svolto un attività rilevante ai fini del divieto negli ultimi tre anni di servizio (e precisamente 2 anni prima della cessazione) e risulta essere assunto dopo meno di tre anni (altri 2 anni e 11 mesi). Il tempo complessivamente trascorso, in questo caso, dal momento in cui il dipendente ha agito nei confronti del privato a quello in cui dal medesimo privato viene assunto - stando al comma 16 *ter*; illecitamente - è pari a quasi 5 anni (ben 4 anni e 11 mesi).

Ebbene, laddove il lavoratore pubblico, però, cessi dal proprio impiego subito dopo aver adottato l’atto (o compiuto una determinata attività) nei confronti del privato, sarebbe sufficiente il decorso di un tempo complessivamente inferiore perché si sfugga al divieto. Le ‘maglie’ del divieto - in una situazione del tutto identica - si allargherebbero, in modo del tutto irragionevole.

Si torni all’esempio. Il dipendente del Comune di Alfa aggiudica la commessa a Beta e, immediatamente, rassegna le dimissioni. Beta potrebbe teoricamente assumerlo dopo soli tre anni (in luogo dei ben 4 anni e 11 mesi di cui sopra): nell’un caso, dunque, il divieto di *pantouflage* ‘perdura’ nonostante il lungo tempo

⁸ In tal senso, dunque, “*le relative prescrizioni hanno vigore nei confronti dei contratti stipulati e degli incarichi conferiti successivamente al 18 ottobre 2012*”, B.G. Mattarella - M. Pellissero, *La legge Anticorruzione*, Giappichelli, 2013, p. 190.

trascorso dall'azione amministrativa svolta; nell'altro caso, invece, la fattispecie concreta sfugge al divieto nonostante sia inferiore il tempo trascorso dalla commissione dell'attività da parte del dipendente 'infedele'.

In altre parole, il meccanismo dell'art. 53, c. 16-*ter* che impone di risalire agli ultimi tre anni di servizio del dipendente e, quindi, di aggiungere un ulteriore periodo di 'raffreddamento' non sembra funzionare benissimo.

Ciò che conta, infatti, nel voler porre un 'periodo di raffreddamento' è la necessità di individuare un tempo minimo 'di garanzia' - uno iato - tra il momento in cui potere autoritativo o negoziale viene esercitato e l'effettiva assunzione dell'ex dipendente.

Tornando all'esempio, infatti, a prescindere dalle date di cessazione/assunzione del dipendente di Beta, ciò che conta è in realtà il tempo trascorso dall'aggiudicazione a Beta all'assunzione, da parte di Beta, del funzionario che l'ha disposta.

In una prospettiva *de jure condendo*, il divieto dovrebbe quindi contemplare non tanto, come ora, l'arco temporale (l'ultimo triennio di servizio) entro cui il potere viene esercitato e, quindi, separatamente, un ulteriore periodo (tre anni) decorrente dalla cessazione, bensì un **unico termine dilatorio (minimo)** che deve intercorrere tra, da un lato, il momento in cui è stata concretamente esercitata la attività, alle dipendenze della amministrazione, nei confronti del privato e, dall'altro, il momento dell'assunzione, stabilendo ad esempio che tra tali due momenti devono trascorrere almeno *tot* anni.

Un simile meccanismo, evidentemente avrebbe il pregio di sganciare il divieto da rigidi formalismi 'temporali' - con maggiori possibilità di elusione - in favore di una flessibilità della fattispecie più coerente con le sue finalità: nei due esempi sopra esposti, infatti, ciò che conta davvero, al fine di garantire effettivamente l'imparzialità dell'agire dell'amministrazione è che il tempo (minimo) che deve trascorrere sia sufficientemente lungo da costituire un **valido disincentivo** per il funzionario ad 'inquinare' la propria azione verso il privato in favore di quest'ultimo.

Un'ulteriore aspetto su cui soffermarsi è che l'art. 53, c. 16-*ter* contempla quale elemento della fattispecie la cessazione del rapporto, ma nulla dispone espressamente per l'ipotesi in cui l'attività lavorativa o professionale sia prestata dal dipendente in favore del soggetto privato *durante* il protrarsi del rapporto con l'amministrazione.

Si tratta di un aspetto apparentemente scontato, attese le finalità della norma, ma con alcune conseguenze non da poco. *Quid iuris*, dunque, se il soggetto che agisce per conto dell'amministrazione viene assunto dal privato nei cui confronti svolge l'attività, *in costanza* di rapporto?

A rigore, la tesi preferibile sembrerebbe quella per cui l'impresa privata che abbia assunto o conferito un incarico al dipendente non incorra in nessuna sanzione (*sub specie* di divieto a contrattare con la pubblica amministrazione). In sostanza si dovrebbe ritenere il divieto posto dalla norma (e le conseguenze in caso di sua violazione) non operante laddove l'attività lavorativa o professionale sia prestata dal dipendente in costanza del rapporto con l'amministrazione. Nello stesso senso depone anche l'art. 21 del D.Lgs. 39/13 il quale, nell'equiparare ai dipendenti anche titolari degli incarichi ivi disciplinati, stabilisce che “*tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico*”.

Tuttavia, sul piano sostanziale, appare evidente come tale interpretazione conduca ad un esito paradossale, proprio per quanto riguarda gli incarichi 'equiparati' dal D.Lgs. 39/13 alla condizione di dipendente: mentre l'instaurazione di un rapporto con un *ex* “dipendente” in violazione del comma 16-*ter* può condurre alla grave conseguenza per l'impresa privata del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'instaurazione del medesimo rapporto, in corso di carica, non avrebbe alcuna conseguenza sanzionatoria.

Una simile interpretazione, in altre parole, finirebbe per contraddire vistosamente la finalità dell'art. 53, c. 16-*ter* di anticipare la soglia di prevenzione dei fenomeni 'corruttivi', attraverso il deterrente del divieto a contrattare. Non vi sarebbe, infatti, alcuna funzione preventiva (non essendoci alcuna sanzione) proprio nel momento in cui il rischio di commistione di interessi è più alto, ovvero nel corso di svolgimento del mandato.

Invero, si potrebbe correttamente obiettare che il rapporto di impiego pubblico è di carattere esclusivo, con conseguente preclusione, per il dipendente pubblico, dal prestare attività lavorativa in favore di un'azienda privata (*a fortiori* se questa è destinataria dell'attività dell'amministrazione). In sostanza il problema che qui si rivelerebbe meramente ipotetico o, comunque, di scarsa importanza pratica.

L'attività del dipendente pubblico è infatti presidiata dal generale dovere di astensione in caso di conflitto di interessi (art. 6-*bis* L. 241/90) nonché, proprio, al fine di assicurare il fedele e imparziale espletamento delle proprie funzioni, dalle altre disposizioni dell'art. 53 del medesimo D.Lgs. 165/01 che sul punto richiama il generale divieto di cui all'art. 60 D.P.R. 3/1957 di “*esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro*”.

Al contempo però occorre ricordare che i 'rapporti lavorativi rilevanti' ai fini della norma in commento, sia, per così dire, lato pubblico (di provenienza della persona fisica), sia lato operatore economico privato (che assume la persona fisica), non sono solo quelli di rapporto di lavorativo subordinato (pubblico o privato) propriamente detto, ma, come rammentato, anche gli incarichi equiparati (*ex* art. 21 D.Lgs. 39/13), e quelli, di carattere professionale per i quali potrebbe *non* sussistere una vera e propria esclusiva (né ipotesi di inconferibilità o incompatibilità).

A ciò si aggiunga che, come osservato in precedenza, le attività (svolte presso il pubblico) che potrebbero dar luogo ad un'ipotesi rilevante ai fini del c. 16-ter sarebbero, in base agli orientamenti espressi dall'ANAC anche quelle svolte *“presso un settore di attività diverso ma comunque afferente alle attività”* precedentemente svolte e anche laddove la competenza, presso l'amministrazione, fosse limitata alla *“elaborazione di atti endoprocedimentali obbligatori (pareri, certificazioni, perizie)”*.

In sostanza l'art. 53, c. 16-ter del D.Lgs. 165/2001 e l'art. 21 del D.Lgs. 39/13 sembrano scontare un difetto di coordinamento con la disciplina dei rapporti (lavorativi o professionali) per i quali non sussista un'esclusiva in favore della PA con la conseguenza che, in tali casi, potendo il rapporto tra persona fisica e operatore privato instaurarsi, astrattamente, in contemporanea al rapporto tra la medesima persona fisica e la PA si arriverebbe alla situazione paradossale sopra descritta.

La (grave) sanzione del divieto a contrattare con la pubblica amministrazione, ricondotta alla violazione del divieto di *pantouflage*, infatti sarebbe conseguenza di una condotta poste in essere a distanza di anni dall'esercizio dell'attività amministrativa (in ipotesi 'infedele'); ma la medesima sanzione non troverebbe applicazione laddove la medesima condotta sia posta in essere 'durante' il rapporto di lavoro.

Quel che si vuol sottolineare è che l'allargamento indistinto delle ipotesi ricomprese nella previsione dell'art. 53, c. 16-ter D.Lgs. 165/01 - la quale nella sua formulazione testuale oggettivamente ben si presta a tali letture estensive - finisce per creare una vistosa asimmetria tra finalità di prevenzione della corruzione a seconda che ci si ritrovi prima o dopo la cessazione dell'impiego o dell'incarico pubblico, con la conseguenza che alle ipotesi che si verificano *post* cessazione è ricondotta una sanzione (quantomeno per l'operatore economico che si trova a contrattare con la PA) più grave.

Inoltre, seguendo tale impostazione, e postulando, quindi, che l'impresa privata possa instaurare, ad esempio, un rapporto di consulenza con un soggetto durante lo svolgimento da parte di quest'ultimo di un incarico pubblico - e questo non comporti violazione comma 16-ter (perché, appunto, non vi è stato della cessazione dal rapporto pubblico) - tale violazione verrebbe ad esistere l'istante dopo in cui il medesimo soggetto cessa dalle sue funzioni presso l'amministrazione.

L'inaccettabile conclusione sarebbe che le conseguenze sfavorevoli in capo all'operatore privato per violazione del comma 16-ter (sub specie di divieto a contrattare con la pubblica amministrazione), verrebbero ad essere la conseguenza di decisioni (e.g. le dimissioni dall'incarico pubblico) rimesse all'esclusiva sfera giuridica del dipendente-consulente, e, come tali, esterne alla sfera di dominio del soggetto privato comunque destinatario della sanzione presso il quale il dipendente presta la sua attività.

5. Le applicazioni giurisprudenziali

A dispetto del suo apparente funzionamento alla stregua di un requisito soggettivo di ammissione alle gare - sui quali si registra un elevato contenzioso - il c. 16-*ter* non è stato oggetto di numerose pronunce da parte della giustizia amministrativa.

Eppure, come si dirà, dalle pur sporadiche pronunce che è dato rintracciare, già sembrano delinearsi due opposti orientamenti, che, a costo di un estrema semplificazione, possono essere sintetizzati come segue. Un primo orientamento, più sostanzialista (e, ad avviso di chi scrive, maggiormente condivisibile), in buona sostanza richiede, affinché l'operatore economico sia escluso dalla gara, la dimostrazione di un inquinamento in concreto dell'azione amministrativa.

Un secondo orientamento, più formalistico, afferma che il solo conferimento dell'incarico ad *ex* dipendente è sufficiente all'esclusione dalla gara, senza necessità di dimostrare in giudizio che ciò si sia riverberato in una distorsione dell'attività amministrativa esercitata dall'*ex* dipendente.

Possono essere annoverate quali manifestazioni del primo orientamento le pronunce rese in una singolare vicenda approdata al TAR Sardegna (Sez. I, ordinanza 8 giugno 2016 n. 109 e la successiva sentenza del 15 novembre 2016, n. 888, vicenda sulla quale era intervenuta anche l'ANAC con propria Delibera n. 292 del 9 marzo 2016).

La contesa, nel caso di specie, riguardava l'affidamento di una concessione del servizio di gestione parcheggi. L'aggiudicazione veniva tuttavia revocata dall'amministrazione a seguito dell'intervento dell'ANAC su segnalazione della concorrente seconda in classifica. Quest'ultima aveva infatti lamentato che “*a detenere il 50% del pacchetto azionario e a presiedere il Consiglio di Amministrazione della società*” aggiudicataria fosse l'*ex* Direttore Generale di una (terza) società, partecipata a totalmente dal Comune e precedente gestore del servizio. L'ANAC aveva pertanto ravvisato la situazione descritta come indicativa di una violazione/elusione dell'art. 53, comma 16 *ter* e capace di arrecare un *vulnus* alla *par condicio* tra i partecipanti alla gara, per effetto di possibili “*asimmetrie informative*” in favore della società aggiudicataria. Oggetto del ricorso, promosso dall'aggiudicatario, era dunque l'annullamento e la previa sospensione degli atti del procedimento di autotutela.

Il TAR ha accolto l'istanza cautelare ritenendo anzitutto, che l'art. 53, c. 16*ter* “*intende prevenire uno scorretto esercizio dell'attività istituzionale da parte del funzionario, finalizzato a preconstituirsì un favor nei confronti di colui che in futuro potrebbe conferirgli incarichi professionali*” e, a tal fine, “*introduce una causa di nullità di carattere civilistico, per definizione di stretta applicazione*”.

Il TAR ne ha escluso l'applicabilità sulla base di un duplice presupposto: sul piano formale perché “*la stessa non riguarda le cause di esclusione della gara bensì incarichi professionali conferiti da società già esistenti all'epoca di*

svolgimento delle funzioni istituzionali” e, sul piano sostanziale, perché, in quella specifica vicenda “non è stata, comunque, dimostrata alcuna correlazione tra il ruolo istituzionale a suo tempo ricoperto dalla titolare della” Società “e l’ipotizzato “inquinamento” della gara”.

La pronuncia in sede cautelare del TAR, in ogni caso, appare di significativo interesse anche perché, *ad abundantiam* richiama per analogia, e proprio per suffragare l’approccio sostanzialista, il *dictum* dell’ Corte Giustizia UE, Sez. IV, 19 maggio 2009, n. 538, secondo cui l’ordinamento comunitario non consente al legislatore nazionale di “prevedere meccanismi di esclusione dalle gare che -pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici- stabiliscano un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d’appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell’ambito di tale gara”. Di qui la conclusione che o la causa di esclusione è ricollegabile “a parametri oggettivi e immediatamente espressivi di un possibile inquinamento della procedura” oppure laddove il legislatore prevede situazioni “di solo “potenziale alterazione” del confronto concorrenziale” allora “deve esigere che l’eventuale esclusione dalla gara sia supportata dall’accertamento “in concreto” dell’ipotizzata alterazione della *par condicio*”.

La sentenza di merito, nel confermare la posizione favorevole al ricorrente (e contraria a quella espressa nella medesima fattispecie dall’ANAC) merita di essere analizzata in quanto, ad oggi, è forse l’unica pronuncia del giudice amministrativo che si sia espressa *funditus* sull’art.53, c. 16 ter, sia pur in relazione ad un caso dai tratti del tutto peculiari.

La *ratio decidendi* si fonda su tre argomentazioni.

La prima è, in realtà, di carattere assorbente, essendo *ex se* sufficiente a sorreggere la pronuncia di accoglimento. Il TAR, infatti, ha in primo luogo rilevato l’insussistenza di uno dei presupposti applicativi della norma ovvero il fatto “il fatto che il dipendente interessato, prima di cessare dal servizio, abbia esercitato poteri (autoritativi o negoziali) nei confronti di soggetti (privati)” già all’epoca esistenti.

Nel caso di specie il TAR ha quindi rilevato che la società aggiudicataria, dove l’*ex* dipendente era stato assunto, era stata costituita solo in occasione della nuova gara, sicché non poteva dirsi che detta società era stata, in passata, destinataria dei “medesimi poteri” esercitati dell’ *ex* dipendente.

Le ulteriori due argomentazioni attengono invece al perimetro stesso della sanzione.

In secondo luogo, il TAR ha infatti ritenuto che l’art. 53, comma 16, regola prevalentemente “relazioni giuridiche privatistiche”, nella specie gli incarichi (e relativi contratti) attribuiti a un funzionario ormai cessato dal servizio

(e divenuto, quindi, “soggetto privato” a tutti gli effetti) da parte di soggetti (anch’essi privati) sui quali egli aveva esercitato i propri poteri amministrativi in forza delle proprie funzioni pubblicistiche”.

La *ratio* della norma secondo i giudici non avrebbe dunque nulla a che fare con la “*asimmetria informativa*” e con la “*lesione della par condicio*” prefigurate dalle amministrazioni resistenti.

Secondo il TAR, pertanto, “*quella posta a base degli atti impugnati è un’interpretazione analogica (se non addirittura “creativa”)*” dello stesso art. 53, comma 16 ter, “*volta a espanderne il campo di applicazione -dalla “dimensione del tutto civilistica” in cui si è mosso il legislatore- al contesto (tutto pubblicistico) delle gare d’appalto*”.

Si tratterebbe, secondo il TAR, tuttavia di un’operazione ermeneutica impraticabile per una serie di ragioni ovvero (i) il carattere di “*norma eccezionale*” dell’art. 53, c. 16-ter laddove configura un’ipotesi di “*nullità testuale*” (contrattuale/civilistica, si intende) insuscettibile di applicazione analogica (ii) e anche nella parte in cui apporta una significativa deroga al principio di libertà di iniziativa economica (art. 43 della Costituzione).

Ma soprattutto, e per quanto qui interessa, l’ipotizzata “*applicazione analogica*” dello stesso art. 53, comma 16 ter, trova insuperabile ostacolo nel principio di tassatività della clausole di esclusione dalle gare d’appalto, introdotto all’art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ora recepito dall’art. 83, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In terzo luogo, ed è questo, forse l’aspetto centrale che differenzia la pronuncia in esame dalle altre che è dato rintracciare in merito al c. 16-ter, il TAR ha sottolineato come “*in nessuno degli atti amministrativi versati in giudizio emerge il benché minimo riferimento a un qualsivoglia profilo di “concreta alterazione della par condicio” capace di realizzare quella “asimmetria informativa” non essendo tale la circostanza che l’ex dipendente abbia inteso “mettere a frutto” la precedente esperienza acquisita nel settore di riferimento prestando la propria, “essendo, anche questo, un fatto assolutamente normale e compatibile con le vigenti regole di affidamento delle pubbliche commesse”.*

La posizione del TAR Sardegna merita qualche ulteriore considerazione.

Al di là infatti dell’approccio ‘sostanzialistico’ della pronuncia – volto dunque a richiedere ai fini di una legittima esclusione non solo la mera violazione del divieto di *pantouflage*, ma anche il *quid pluris* dell’effettivo inquinamento degli esiti della gara - la stessa sembra sottendere un’interpretazione restrittiva della norma sanzionatoria anche sotto un ulteriore profilo.

Lì dove il TAR afferma che la fattispecie, avrebbe una “*dimensione del tutto civilistica*” sembra infatti restringere la portata della sanzione recata dal secondo periodo dell’art. 53, c.16-ter del D.Lgs. 165/01 esclusivamente ad un ipotesi di nullità del contratto di lavoro/incarico professionale tra *ex* dipendente e

soggetto privato, concluso/conferito in violazione del divieto, senza considerare anche la previsione del divieto di contrattare con l'amministrazione.

La seconda parte del comma 16-ter - stando sia all'ordinanza cautelare sia alla sentenza di merito del TAR Sardegna - li dove sancisce che i *“contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”*, sembrerebbe, dunque, essere interpretato nel senso che il medesimo divieto di contrattare non riguarda l'operatore economico privato (che ha assunto/conferito l'incarico all'ex dipendente), bensì l'ex dipendente stesso (di qui la nullità del relativo contratto di lavoro/incarico).

Si tratta tuttavia, di una lettura, che, sia pur motivata con la necessità di interpretare in senso stretto le cause di nullità civilistiche, finisce per scontrarsi con la lettera della legge ed 'amputarne' una parte significativa. In effetti, il secondo periodo del comma 16-ter (che recita: è *“fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni”*) nel contemplare i soggetti privati che 'conferiscono' incarichi, *non può* gioco-forza riferirsi all'ex dipendente. L'operatore economico privato, che è stato in passato 'destinatario dei medesimi poteri' esercitati dall' ex dipendente (e non certo quest'ultimo), è l'unico soggetto nell'ambito dell'intera disposizione che 'conferisce' un incarico. La norma, dunque, nel vietare di contrattare non può che riferirsi a quest'ultimo soggetto (e non *all'ex dipendente*). In sostanza il secondo periodo del c. 16-ter pone un divieto di contrattare con la PA *“ai soggetti privati ... che li hanno conferiti ...”*, introduce una sanzione 'pubblicistica' ulteriore (aggiuntiva rispetto alla nullità dell'incarico) gravante sulla società che ha assunto l'ex dipendente in violazione del divieto di *pantouflage* e non una sanzione tutta civilistica gravante esclusivamente *sull'ex* dipendente.

Non pare, in definitiva, corretta la ricostruzione del c. 16-ter in una dimensione esclusivamente privatistica (cioè nel senso della sola nullità del rapporto di lavoro/incarico professionale), in quanto essa comporta anche la ben più gravosa conseguenza del divieto a contrattare con la PA che grava sull'operatore economico.

Il diverso orientamento - sopra definito 'formalistico' - che invece sembra far discendere dalla violazione del divieto di *pantouflage* di per sé la conseguenza dell'esclusione dalla procedura, appare sotteso a due ulteriori pronunce, rese in fase cautelare sulla medesima vicenda (Consiglio di Stato, Sez. V, del 27 agosto 2014, n. 3838 resa sull'appello promosso avverso l'ordinanza del TAR Calabria, Catanzaro, Sez. n. 287/2014).

La vicenda riguardava il provvedimento di esclusione del concorrente da una gara per l'affidamento di servizi di progettazione esecutiva e realizzazioni dei lavori.

In primo grado il TAR ha respinto la domanda cautelare proposta dal concorrente escluso avendo l'amministrazione resistente dimostrato *“una serie di attività poste in essere dal procuratore della mandataria del raggruppamento temporaneo indicato quale progettista incaricato, attinenti al procedimento inerente l'approvazione della progettazione dell'opera”*.

La *ratio decidendi* del TAR è duplice: infatti l'ordinanza di primo grado si sofferma sui divieti contemplati dall'art. 90, c. 8 del D.Lgs. 163/06 il quale prevede che i divieti contemplati nel primo periodo (divieto di essere affidatari di lavori) si estendono ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Il TAR ha ritenuto che tale norma *“deve a fortiori trovare applicazione nei confronti di un soggetto che, nella sua qualità di Dirigente Generale del Dipartimento lavori pubblici della Regione, ha comunque avuto un ruolo eminente nel procedimento di approvazione dei progetti dell'opera”*. In secondo luogo, nel prendere in esame l'art. 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. n. 165/2001, il quale vieta lo svolgimento di *“...attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri”*; *“coloro che hanno esercitato poteri autoritativi per conto delle pubbliche amministrazioni”* ha ritenuto che sono tali *“[i poteri]quelli correlati all'approvazione dei diversi livelli progettuali”*.

A fronte del verdetto cautelare del TAR appare particolarmente interessante la pronuncia d'appello del Consiglio di Stato che ha ritenuto meritevole di conferma la posizione del TAR *“alla luce di un'interpretazione debitamente coordinata degli artt. 90, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006 e 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. n. 165/2001, oltre che orientata dalla loro complementare ratio”*.

I Giudici di Palazzo Spada, infatti, hanno, in particolare, evidenziato che integra gli estremi dello *“svolgimento di attività autoritativa”* anche l'esercizio del *“potere di approvare un progetto definitivo di un'opera pubblica, al fine dell'ammissione ad un finanziamento”*.

Il Consiglio di Stato, dunque, sia pur in fase cautelare sembra aver ravvisato un'*eadem ratio* tra il divieto per i progettisti di essere affidatari di lavori, di cui al previgente art. 90, c.8 del D.Lgs. 163/06 e quello fissato dall'art. 53, c. 16*ter*: tale lettura, dunque, 'sconfessare' la pronuncia del TAR Sardegna che al contrario aveva ritenuto la violazione del divieto di *pantouflage* una fattispecie che nulla ha a che fare con l'*“asimmetria informativa”* e qualificato come *“creativa”* la sua applicazione dal campo della nullità civilistica al contesto *“ (tutto pubblicistico) delle gare d'appalto”*.

Il medesimo orientamento appare inoltre sotteso anche alla sentenza del TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 8 giugno 2016 n. 808.

Oggetto del contendere era, anche in questo caso, l'ammissione in gara di un concorrente di cui si contestava la legittimità proprio violazione dell' 53, comma 16 ter, disposizione *“recepita dall'Avviso Pubblico, approvato con deliberazione”* della stazione appaltante.

L'avviso richiedeva ai concorrenti la produzione dell'attestazione *“di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi, per il triennio successivo alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali nei loro confronti per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'art.1, comma 2”*.

Si era verificato che il coordinatore sanitario di una residenza sanitaria, gestita da uno dei concorrente della gara, fosse, al tempo stesso, un *ex* direttore sanitario della medesima stazione appaltante il quale, a sua volta, aveva avviato un rapporto di collaborazione il concorrente prima del decorso dei tre anni.

La sentenza, riveste, interesse anzitutto per la questione di diritto intertemporale che essa risolve. Infatti, l'impresa controinteressata ha replicato sul punto sostenendo l'inapplicabilità della norma in base all'art. 1, comma 43 della legge n.190/2012, secondo il quale le disposizione del c. 16 ter *“non si applicano ai contratti già sottoscritti alla data di entrata in vigore della presente legge”* (con conseguente inapplicabilità al rapporto instaurato con l'*ex* dipendente in forza di un contratto stipulato solo il 25 settembre 2012)

I giudici hanno ritenuto tuttavia che la norma transitoria della l. 190/12 *“vuol dire soltanto che i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge anticorruzione non sono colpiti dalla scure della nullità ex lege”*. La norma, dunque, se, da un lato, consente la conservazione dei contratti intercorsi tra *ex* dipendenti della P.a. e soggetti privati in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge *“non implica automaticamente che il divieto di svolgimento di attività lavorativa o professionale presso privati, di cui parla la norma anticorruzione, vero obiettivo che il legislatore si è prefissato, manifesti tutto il suo vigore solo dopo l'entrata in vigore della legge in esame”*.

Secondo il TAR, dunque, *“La norma [...] è, infatti, strutturata in modo tale da esigere che, già al momento della sua entrata in vigore, si debbano scongiurare i perduranti effetti che derivano da condizioni soggettive di non imparzialità, in cui vengano a trovarsi quei dipendenti della P.a. che, per il fatto di avere svolto un ruolo apicale, e di avere esercitato poteri autoritativi, cessati solo in un recente passato, possano aver avviato legami non trasparenti con soggetti destinatari della loro azione, offrendo una pericolosa malleabilità in vista di un futuro impiego”*.

Da tali premesse il collegio giudicante ha fatto discendere l'immediata applicabilità della regola che fissa in un triennio dalla cessazione del rapporto di pubblico impiego il periodo in cui opera il divieto di intraprendere attività presso soggetti privati con conseguente esclusione del concorrente – avendo quest'ultimo *“conferito incarico di coordinatore sanitario ad un ex dipendente della Asl, prima che spirasse il triennio dalla cessazione del medesimo dal suo incarico”* - senza alcun ulteriore accertamento in ordine all'effettiva incidenza di tale (successivo) incarico sulla regolarità dell'operato dell'*ex* dipendente.

6. Conclusioni

Il lungo *excursus* sin qui compiuto ha evidenziato, senza pretesa di esaustività, i molti punti critici dell'art. 53, c. 16-ter del D.Lgs. 165/01. Essi stessi attengono alla stessa ampiezza della sanzione del divieto di contrattare in caso di violazione del divieto di *pantouflage*, all'esatto perimetro dell'equiparazione tra dipendenti pubblici e i titolari degli "incarichi" oggetto del D.Lgs. 39/13; ad alcuni esiti interpretativi sul funzionamento della norma 'nel tempo'; alle modalità di comprova nell'ambito delle gare d'appalto.

Si è altresì evidenziato come, in giurisprudenza, dall'esame delle cinque pronunce che, a quanto consta, ad oggi abbiano avuto modo di interrogarsi sulla portata della norma⁹, si registrano già due diverse linee interpretative, tendenzialmente in contrasto fra loro.

Il pur apprezzabile intento del Legislatore di prevenire fenomeni *latu sensu* corruttivi e 'moralizzare' la partecipazione alle gare d'appalto (e in generale i rapporti pubblico-privato), finisce quindi per scontrarsi con detta criticità. Esse appaiono, del resto, riconducibili alla formulazione della norma che, nel suo tentativo di essere omnicomprensiva, si rivela, alla prova pratica, troppo imprecisa. La sua concreta applicazione, quindi, rischia o di vanificarne del tutto la *ratio* o all'opposto, di comprimere eccessivamente gli ulteriori interessi, anche di rilievo costituzionale, che permeano in particolare la materia degli appalti e l'azione amministrativa in generale.

Ed invero, un'interpretazione eccessivamente estensiva della norma, quanto, ad esempio, alla portata della sanzione del divieto di contrattare, rischia di essere sproporzionata rispetto al *vulnus* effettivamente apportato al principio di imparzialità dell'azione amministrativa; la ricomprensione del più ampio numero di soggetti equiparati agli *ex dipendenti* rischia, nella complessità del controllo in fase di gara, di rendere sostanzialmente impossibile l'applicazione della norma e di comprimere del tutto il principio di efficienza della gestione della procedura; e si potrebbe continuare.

Alcuni aspetti della norma appaiono, poi, oggettivamente perfettibili *de jure condendo*: si sono evidenziati, in tal senso, le aporie ove si consideri il precetto normativo e 'i tempi' delle vicende in esso contemplate. L'auspicio, in conclusione, è quello di un intervento chiarificatore del Legislatore e, perché no, dell'ANAC, nell'esercizio della funzione consultiva attribuitale dalla l. 190/12, che meglio delinei la portata della norma, e ne precisi le modalità applicative, al fine di garantirne davvero l'uniformità di applicazione ed evitare, in questo modo, che anche l'art. 53, c. 16ter possa rivelarsi un ulteriore e complesso 'campo di battaglia' in sede contenziosa.

⁹ A quelle sin qui citate, occorre, per completezza, aggiungerne una sesta: si tratta di un'ulteriore pronuncia del medesimo TAR Puglia, Lecce (Sez. II, 1116 del 14 luglio 2016), con la quale i giudici hanno respinto la dedotta violazione dell'art. 53, c. 16-ter in riconoscendo la possibilità di attivare il soccorso istruttorio 'a pagamento' ai sensi dell'art. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. 163/2006, *ratione temporis* applicabile, nel caso in cui il concorrente avesse omissso in gara la prescritta dichiarazione.