

Pubblico impiego

## Il divieto di pantouflage: norma di principio o di reale portata applicativa?

di Laura De Rentiis - Magistrato della Corte dei conti e componente OIV presso AIFA e di Domenico Di Giorgio - Dirigente Area Ispezioni e Certificazioni e Responsabile della Prevenzione Corruzione e della Trasparenza presso AIFA

La c.d. Legge anticorruzione (Legge n. 190/2012) ha introdotto il comma 16-ter dell'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001 che vieta al dipendente di una Amministrazione Pubblica di prestare attività lavorativa o professionale in favore di soggetto privato destinatario dell'attività dell'Amministrazione medesima presso la quale nell'ultimo triennio aveva esercitato poteri autoritativi o negoziali. Con il presente scritto si cercherà di analizzare le ragioni della scarsa applicazione pratica della norma nonostante la stessa affermi un principio di diritto avente carattere inderogabile nel nostro sistema giuridico.

### Il quadro normativo del c.d. pantouflage e le conseguenze sul piano civilistico della violazione del divieto

L'articolo 1, comma 42, lett. l), della Legge 6 novembre 2012, n. 190 ha novellato l'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 inserendo il comma 16-ter che recita:

"I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti."

Con il successivo D.Lgs. 8 aprile 2013, n. 39 (1), il legislatore ha ampliato l'ambito soggettivo di applicazione del divieto in discorso sotto una duplice prospettiva.

In particolare, nell'ottica dell'Amministrazione datrice di lavoro, ha ampliato l'ambito di applicazione del divieto stabilendo che esso si applica non solo ai dipendenti delle Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 (ossia,

"tutte le Amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici

(1) L'art. 21 del D.Lgs. n. 39/2013 sotto la rubrica "applicazione dell'art. 53, comma 16-ter, del decreto legislativo n. 165 del 2001", stabilisce che "Ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, 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".

nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300"), ma anche ai dipendenti di "enti pubblici" e di "enti di diritto privato in controllo pubblico" (2). Dunque, il divieto in parola interessa anche i dipendenti delle società di controllo pubblico come definite dal vigente Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

In secondo luogo, sempre con esclusivo riferimento all'applicazione del precetto normativo in esame, il D.Lgs. n. 39/2013 cit. ha fornito una definizione *sui generis* di rapporto di pubblico impiego stabilendo che "sono considerati dipendenti" anche i soggetti titolari di "incarichi amministrativi di vertice" e i titolari di incarichi dirigenziali interni o esterni, a prescindere che il sottostante rapporto possa essere qualificato in termini di rapporto di lavoro subordinato o di rapporto di lavoro autonomo.

La *ratio* delle disposizioni in esame è quella di scongiurare che il dipendente alle dipendenze di un'Amministrazione - intesa in senso ampio, per le ragioni sopra esposte - possa avvantaggiarsi della sua posizione (ossia, il suo ruolo all'interno dell'organizzazione che si traduce nell'esercizio di "poteri autoritativi o negoziali") per preconstituirsì un vantaggio futuro volto ad ottenere un incarico professionale dal soggetto privato destinatario dell'attività della medesima Amministrazione datrice di lavoro. Dunque, la finalità dell'istituto in esame è quella di "prevenire" fenomeni corruttivi vincolando l'autonomia negoziale del lavoratore dopo la cessazione del rapporto di lavoro, differenziandosi - proprio per *ratio* - dall'istituto del patto di non concorrenza (art. 2125 Cod. civ.).

In buona sostanza il divieto di *pantouflage* o *revolving doors* (c.d. porte girevoli) si inquadra nella strada intrapresa dal legislatore volta a perseguire non solo i **fenomeni corruttivi** in senso stretto (caratterizzati dallo scambio tra due utilità), ma più in generale ad impedire i **traffici di influenze** che si

estrinsecano in **conflitti di interessi** ad effetti differiti.

Sul piano civilistico, la violazione del precetto normativo in esame è duplice.

In primo luogo, il contratto di lavoro o l'incarico professionale che conclude l'ex dipendente con il soggetto privato beneficiario dell'attività erogata dall'amministrazione *ex datrice* di lavoro è nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 3, Cod. civ. (c.d. **nullità testuale**).

Sul punto la Giurisprudenza amministrativa ha affermato che "la norma in questione -che 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- introduce una causa di nullità di carattere civilistico, per definizione di stretta applicazione" (TAR Sardegna, sez. I, ordinanza 8 giugno 2016, n. 109).

In secondo luogo, il soggetto privato che ha concluso il contratto di lavoro o ha conferito l'incarico professionale non può contrattare con l'Amministrazione *ex datrice* di lavoro per i successivi tre anni, "con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti".

## **L'art. 53, comma 16-ter è una norma di stretta interpretazione o afferma un principio generale suscettibile di applicazione estensiva?**

Il divieto in discorso rappresenta una deroga al generale *favor* del nostro ordinamento per la libera autodeterminazione a contrarre delle parti nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento giuridico (3); pertanto, la portata temporale del divieto è stata circoscritta al c.d. periodo di raffreddamento di durata triennale. In maggior dettaglio, il divieto cessa di operare "nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego".

Dunque, alla luce di un'interpretazione sistematica del nostro ordinamento giuridico, si deve desumere che la portata applicativa del divieto debba essere di stretta interpretazione.

(2) Ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. n. 39/2013 (recante le "Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50, della Legge 6 novembre 2012, n. 190") gli "enti pubblici" sono "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", mentre gli "enti di diritto privato in controllo pubblico" sono "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'art. 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".

(3) Ai sensi del comma 1 dell'art. 1322 Cod. civ. "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge".

In quest'ottica, a parere degli scriventi, va evidenziato che il legislatore ha ritenuto che la posizione di vantaggio dell'ex dipendente per poter generare una concreta posizione di conflitto di interessi, debba avere un certo consolidamento anche di carattere temporale, ossia quest'ultimo deve aver "esercitato poteri autoritativi o negoziali" "negli ultimi tre anni di servizio". La lettera della norma dà adito ai primi dubbi di carattere interpretativo: cosa si intende per

"esercizio di poteri autoritativi o negoziali"? Inoltre, l'esercizio dei predetti poteri deve essere avvenuto necessariamente "negli ultimi tre anni di servizio"?

In ordine al primo quesito, si segnala l'indicazione fornita da ANAC (del. n. 24/2015) che estende il concetto del potere autoritativo o negoziale anche alle attività istruttorie potenzialmente vincolanti:

"Le prescrizioni ed i divieti contenuti nell'art. 53, comma 16-ter, del D.Lgs. 165/2001, che fissa la regola del c.d. *pantouflage*, trovano 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".

A parere degli scriventi, tuttavia, è di difficile applicazione in casi come quello di un dipendente non dirigente di un'Agenzia regolatoria pubblica, che senza esercitare poteri autoritativi o negoziali abbia partecipato allo sviluppo di numerosi atti endoprocedimentali cogenti all'interno di processi articolati, dove il potere decisionale viene esercitato da altri organi: la frammentazione dell'*iter*, i diversi passaggi di approvazione, e la molteplicità degli attori potenzialmente beneficiari degli atti, finirebbero per diluire il conflitto rendendo il principio poco applicabile, come testimoniato dalla rara giurisprudenza al riguardo.

Al fine di esaminare i casi in cui il c.d. *pantouflage* possa venire in rilievo in "via indiretta", si segnala che nella prassi si sono verificati casi in cui un dirigente che aveva sottoscritto accordi o sviluppato pareri vincolanti in grado di generare vantaggi per un soggetto privato abbia poi proseguito la sua carriera non direttamente presso l'azienda interessata, ma piuttosto in una struttura finanziaria che investe su aziende dello stesso ambito, finendo in una zona grigia, dove l'inopportunità resta chiara, ma il principio risulta poco applicabile.

A parere degli scriventi, inoltre, in ragione di un'interpretazione sistematica della norma di cui si è testé detto, in questi casi non si può ritenere che il precetto normativo contenuto nel comma 16-ter dell'art. 53 cit. sia stato violato e che quindi trovi applicazione la c.d. nullità testuale ivi indicata.

Tuttavia, a priori, non può essere esclusa un'interpretazione volta a valorizzare la *ratio* della medesima norma e, quindi, accertare in concreto che il successivo contratto di lavoro o incarico professionale fosse direttamente ricollegabile al conflitto di interessi *in nuce* durante lo svolgimento della precedente attività

lavorativa, invocando una declaratoria di nullità c.d. virtuale ex art. 1418, comma 1, Cod. civ.

In questi casi, tuttavia, la prova che dovrebbe fornire l'Amministrazione che impugna il successivo contratto di diritto privato sarebbe molto ardua in quanto avrebbe l'onere di dimostrare un concreto interesse ad impugnare il contratto ex art. 1421 Cod. civ., nonché dovrebbe provare che il contratto successivamente concluso ha generato un vantaggio all'ex dipendente e che questo fosse una diretta conseguenza del vantaggio che il soggetto privato aveva ricevuto quando l'ex dipendente aveva esercitato per un imprecisato periodo temporale "poteri autoritativi o negoziali" presso l'Amministrazione datrice di lavoro.

In buona sostanza, in assenza di una diretta violazione del precetto normativo indicato dal comma 16-ter cit. e, quindi, nell'impossibilità di configurare l'esistenza di una nullità testuale per violazione di un obbligo formale di legge, l'Amministrazione che intenda azionare la domanda per l'accertamento di una nullità c.d. virtuale dovrebbe dimostrare in concreto l'esistenza del conflitto di interessi tra il soggetto privato beneficiario della sua attività e l'ex dipendente. Ciò significa che il "concreto" conflitto di interessi dovrebbe quantomeno essersi tradotto in un danno per l'Amministrazione derivante dalla precedente attività di cui il soggetto privato aveva beneficiato.

In conclusione, la prova dell'esistenza di un concreto conflitto di interessi all'epoca in cui l'ex dipendente lavorava per l'Amministrazione della cui attività aveva beneficiato il soggetto privato che successivamente è diventato suo datore di lavoro o conferente di incarico professionale è di così difficile assolvimento che, nella realtà dei fatti, è pressoché da escludere la possibilità di un'applicazione della

norma al di fuori dei puntuali presupposti indicati dal legislatore.

## La casistica nel “sensibile” settore farmaceutico e le indicazioni adottate dagli Organismi internazionali sul tema del c.d. revolving door

Per evidenziare le difficoltà che in concreto si incontrano in sede di applicazione della norma, consideriamo alcune casistiche già emerse nel settore farmaceutico; un settore “sensibile” dato il ruolo preminente di Amministrazioni centrali, a livello nazionale o internazionale, titolari di profili autoritativi o negoziali. In questo settore, tuttavia, l’esercizio dei “poteri autoritativi o negoziali” non sempre è di diretta rilevanza ma, piuttosto, è connesso a indiretti effetti positivi che ricadono su attori privati strutturati in maniera articolata, con frammentazione di linee di attività tra ditte indipendenti. Detti effetti positivi, appunto, sono “indiretti” proprio in quanto frutto di rapporti consulenziali o di “terzismo” tra più ditte (4).

Un’ipotesi ricorrente nella farmaceutica, appunto, è quella di un dirigente di Ente Pubblico che passa a un’azienda di un gruppo di cui fa parte un’altra ditta con cui l’Amministrazione ex datrice di lavoro aveva sottoscritto un contratto di fornitura o consulenza. Detta fattispecie, per le ragioni sopra esposte, non è riconducibile alla violazione di legge tipizzata dal comma 16-ter cit.

Altra ipotesi non riconducibile ad una diretta applicazione del comma 16-ter è quella verificata presso l’Agenzia Europea dei Medicinali (EMA) - ossia, la più alta istituzione comunitaria del settore -, dove è stata discussa l’opportunità del passaggio di dipendenti dell’Agenzia ad aziende dello stesso settore privato rispetto al quale EMA (5) esercita un potere regolatorio. In questo caso, all’inizio delle discussioni EMA è intervenuta rilevando che il privato non può essere tenuto a chiedere autorizzazioni quando decide di assumere ex dirigenti dell’Agenzia; d’altra parte a

ruoli invertiti, l’assunzione di *manager* industriali da parte di EMA rappresenta un arricchimento delle competenze dell’Agenzia, governabile attraverso codici di comportamento e controlli, piuttosto che attraverso esclusioni a priori, potenzialmente discriminatorie.

L’EMA è intervenuta dettando una linea interpretativa restrittiva come conseguenza del caso “limite” di un suo ex Direttore Generale che al termine del proprio mandato aveva aperto una propria agenzia di consulenza, trasformandosi di fatto in *lobbyista* a servizio delle industrie del settore che aveva governato quando era alle dipendenze di EMA (6). Nelle linee guida adottate in questo caso, ad integrazione delle già esistenti regole sulla gestione del conflitto di interessi per dipendenti provenienti dal settore privato, EMA ha stabilito che nel periodo in cui il dipendente è inserito nell’organico dell’Agenzia esso è tenuto a comunicare la propria intenzione di “cambiare casacca”, in modo che l’Amministrazione possa escluderlo da attività in potenziale conflitto di interesse (7), senza entrare nel merito rispetto alla situazione conseguente, quando non avendo più in essere un rapporto di lavoro con l’Amministrazione diventa libero di svolgere la sua attività lavorativa in favore di qualsiasi soggetto privato. Detto in altri termini, il principio del “periodo di raffreddamento” necessario alla possibilità di passaggio verso il privato attraverso le “revolving doors” per gli organismi internazionali viene gestito dando priorità ai conflitti di interesse che generano un’incompatibilità in pendenza del rapporto di lavoro.

La *ratio* della linea meno rigorosa avallata dagli Organismi europei va rinvenuta proprio nella difficoltà di stabilire un legame diretto tra le azioni che l’ex dipendente aveva assunto quando operava nell’interesse del settore pubblico e i benefici ricevuti successivamente passando alle dipendenze del datore di lavoro privato. Il dirigente di un’Agenzia governativa come EMA o AIFA necessariamente gestisce autorizzazioni, pareri, normative che impattano su singole aziende, gruppi, interi settori: il suo passaggio

(4) Nel settore farmaceutico con l’espressione “terzismo”, per prassi, si riferisce al frequente caso in cui un’azienda produce per conto di un’altra azienda che è titolare dell’autorizzazione all’immissione in commercio del farmaco.

(5) Cfr. <https://corporateeurope.org/revolving-doors/2014/06/emas-revolving-door-big-pharma-alive-and-well>. Si vedano anche i casi: <https://corporateeurope.org/revolving-doorwatch/case/vincenzo-salvatore>; [https://corporateeurope.org/sites/default/files/rasi\\_ceo\\_email.pdf](https://corporateeurope.org/sites/default/files/rasi_ceo_email.pdf), [https://corporateeurope.org/sites/default/files/rasi\\_ceo\\_email.pdf](https://corporateeurope.org/sites/default/files/rasi_ceo_email.pdf): “Excluding experienced managers from the selections for vacant positions at the Agency, or refusing to hire them solely because they have been working for industry for a long time would be a highly

*discriminatory and disproportionate decision. The EMA can benefit from the experience of this category of managers, provided that the decision-making process is robust, that roles of team members are clear and that rules (including rules on the handling of declarations of interests and resulting restricted involvement where appropriate) are applied consistently. In this case, Mr Marino’s professional conduct and absolute personal integrity reinforces my belief that, for once, the revolving doors have worked in favour of the EMA”.*

(6) Cfr. <https://corporateeurope.org/revolvingdoorwatch/cases/thomas-l-nngren>.

(7) <https://www.ema.europa.eu/en/news/ema-tightens-rules-revolving-door-committee-members-experts>.

a strutture di servizi terze dello stesso ambito (non necessariamente *lobbystici*) genera sicuramente profili di conflitto di interesse a sfavore del pubblico, ma difficilmente integreranno la violazione di legge tipizzata in modo puntuale dal Legislatore.

A livello di Commissione Europea il problema è sentito (8), ma anche la recente risoluzione del Parlamento Europeo può soltanto auspicare lo sviluppo di regole che garantiscano l'applicazione del principio a dirigenti e dipendenti di istituzioni comunitarie. Tuttavia, la questione è stata affrontata in maniera puntuale almeno per i Commissari dell'Unione, che sono stati assoggettati a un codice di condotta (9): la risoluzione rimarca l'importanza della definizione del *cooling off period*, il periodo di raffreddamento di due-tre anni che dovrebbe garantire una riduzione del rischio di conflitti di interesse. In ragione di detto codice, i Commissari hanno il dovere di chiedere una preventiva autorizzazione alla Commissione Europea per poter accettare incarichi nel settore privato.

L'incidenza bassissima della casistica relativa e gli scarni verbali di autorizzazione conseguenti alle richieste degli *ex* Commissari confermano tuttavia la difficoltà di applicazione del principio, anche ai massimi livelli (10).

Questo porta gli scriventi a supporre che gli organismi internazionali (come la sopra citata EMA) tendono ad affrontare il fenomeno in maniera solo apparentemente rigida: porre dei vincoli al dipendente finché è tale - ossia, finché ha un rapporto di lavoro con l'Organismo che fa riferimento all'istituzione dell'Unione Europea, genera in concreto i

vincoli di più facile attuazione. I limiti e le conseguenti sanzioni sono così tipizzati nei confronti di soggetti sui quali l'Amministrazione ha il potere di incidere, mentre nel periodo c.d. di "raffreddamento", venendo meno una potestà sanzionatoria sull'*ex* dipendente, è difficile non lasciare a quest'ultimo la facoltà di scegliere in libertà il soggetto in favore del quale prestare la propria attività lavorativa (11).

## **Il c.d. divieto di pantouflage non è una causa di esclusione dalle gare regolate dal codice dei contratti pubblici**

La Giurisprudenza amministrativa, in linea con l'interpretazione della norma sin qui riportata, ha escluso la possibilità di applicare l'art. 53, comma 16-ter, D.Lgs. n. 165/2001 alla materia delle gare regolate dal codice dei contratti pubblici. In particolare, in sede cautelare, il Giudice amministrativo (TAR Sardegna, sez. I, ordinanza 8 giugno 2016, n. 109) ha escluso che il divieto in discorso rappresenti anche una causa di esclusione in una gara per l'aggiudicazione della concessione del servizio parcheggi.

Nella richiamata decisione si evidenzia che le cause di incompatibilità e/o di esclusione dalle gare devono essere solo quelle espressamente previste dalla legge, in linea con la pronuncia della 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".

(8) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0531+0+DOC+PDF+V0//EN>.

(9) [https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/codes-conduct/ethics-and-integrity-eu-commissioners/rules-commissioners-regarding-ethics-and-integrity\\_it](https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/codes-conduct/ethics-and-integrity-eu-commissioners/rules-commissioners-regarding-ethics-and-integrity_it): "23. Calls on the Ombudsman to continue her work on strengthening ethics rules within the EU institutions in order to solve revolving door issues and to guarantee full transparency on all information relating to such cases, including the swift publication of the names of all those EU senior officials involved; looks forward to the Ombudsman's analysis into how the Commission is implementing her guidelines and suggestions on how to improve the handling of revolving doors situations, including the possibility of adopting legislative rules for preventing and sanctioning such situations and possible abuses;

24. Strongly believes that stricter, clear and easily applicable moral and ethical rules and standards need to be swiftly applied throughout the EU institutions, agencies and bodies, with a view to securing respect for the duty of integrity and discretion, and to

*preventing conflict of interests with the private sector; considers that these rules and standards must be based on a legislative act; takes note of the updated code of conduct for Commissioners, which entered into force in February 2018 and introduced stricter cooling-off periods; considers, however, that post-term-of-office notification periods should be increased".*

(10) [https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/codes-conduct/ethics-and-integrity-eu-commissioners/former-european-commissioners-authorised-occupations\\_it](https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/codes-conduct/ethics-and-integrity-eu-commissioners/former-european-commissioners-authorised-occupations_it).

(11) Le sopra citate linee guida affermano: "Whenever a member of a scientific committee or working party informs the Agency that he/she intends to work for a pharmaceutical company, the Agency will immediately restrict the member from any participation in the evaluation of medicines. If necessary, the Agency will also verify whether the integrity of any ongoing or past scientific reviews in which that person was involved could have been compromised".

Dunque, quando non ricorre una delle tassative ipotesi di legge previste quali cause di incompatibilità e/o esclusione dalla gara, l'Amministrazione può escludere da una gara il soggetto che precedentemente aveva esercitato poteri autoritativi o negoziali all'interno dell'Amministrazione solo nel caso in cui

venga dimostrata in concreto l'ipotizzata alterazione della *par condicio* posta a base del confronto concorrenziale tutelato dalle regole sulle gare per l'affidamento di contratti pubblici (12).

Per completezza, tuttavia, si segnala che ANAC nel bando-tipo 2 settembre 2014, n. 2 afferma:

"Le disposizioni contenute nel paragrafo rubricato 'Condizioni di partecipazione' richiamano le cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione, nonché le fattispecie di partecipazione plurima o contestuale vietate dal Codice.

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16-ter, del D.Lgs. del 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l), della l. 6 novembre 2012, n. 190 (legge anticorruzione)".

Conseguentemente a detta affermazione, l'ANAC conclude che:

"in coerenza con la normativa suddetta e con le indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione, approvato con deliberazione dell'Autorità dell'11 settembre 2013, n. 72, il modello di disciplinare riporta l'apposita dichiarazione relativa al possesso del requisito".

Emerge, quindi, un contrasto interpretativo sul punto: diversamente dalla Magistratura amministrativa, secondo ANAC, una clausola in tema di divieto di *pantouflage* risulterebbe pienamente legittima avendo lo scopo di realizzare i fini di cui alla Legge n. 190/2012 e, quindi, è volta a scongiurare quelle

situazioni lavorative che sfruttando la posizione e il potere all'interno dell'Amministrazione si predispongono le condizioni per ottenere un lavoro presso il soggetto privato con cui entra in contatto. Infatti, sempre secondo ANAC (Parere 18/2015 AG/08/2015/AC), il comma 16-ter:

"mira a ridurre il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro. Si intende, dunque, evitare che, durante il periodo di servizio, il dipendente stesso possa preconstituirsì delle situazioni lavorative vantaggiose sfruttando la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro presso il soggetto privato in cui entra in contatto".

(12) Cfr. TAR Sardegna, sez. I, ord. 8 giugno 2016, n. 109: "in sostanza, per il diritto comunitario, delle due l'una: - il legislatore individua espressamente cause di incompatibilità o di esclusione dalle gare, ricollegabili a parametri oggettivi e immediatamente espressivi di un possibile inquinamento della procedura (il che, nel caso di specie, non è dato riscontrare, non esistendo una norma che espressamente impedisca la partecipazione alla gara nella situazione in cui versa la ricorrente: vedi *supra*); - ovvero il

legislatore prevede situazioni di solo "potenziale alterazione" del confronto concorrenziale, ma in questo caso deve esigere che l'eventuale esclusione dalla gara sia supportata dall'accertamento "in concreto" dell'ipotizzata alterazione della *par condicio*, nel caso di specie del tutto mancata, essendosi l'Amministrazione limitata a rilevare il pregresso incarico svolto dall'amministratrice della RIAN, facendo derivare dallo stesso il ritiro dell'aggiudicazione".