

Publicato il 30/06/2020

N. 07292/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04210/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4210 del 2020, proposto da
Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale, in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avv.ti Piero Guido Alpa, Francesco Munari, Federico Tedeschini,
Luca Di Donna, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tedeschini in
Roma, largo Messico 7;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente in
carica, rappresentata e difesa dall'avv. Aristide Police, con domicilio
digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

nei confronti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Zeno D'Agostino, rappresentato e difeso dagli avv.ti Piero Guido Alpa, Francesco Munari, Federico Tedeschini e Luca Di Donna, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tedeschini in Roma, largo Messico 7;
Regione Friuli Venezia Giulia, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Assoporti - Associazione dei Porti Italiani, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Zunarelli e Vincenzo Cellamare, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, piazza SS. Apostoli, 66;

per l'annullamento

della delibera a firma del Presidente dell'ANAC in data 4 marzo 2020, n. 233 «relativa all'accertamento di una situazione di inconferibilità di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 39/2013, con riferimento all'incarico di Presidente dell'AdSP del Mare Adriatico Orientale»;
di ogni atto presupposto, conseguente e/o connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAC, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Zeno D'Agostino;

Visto l'atto di intervento di Assoporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020, i difensori delle parti in collegamento da remoto in videoconferenza, ai

sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, nonché del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020 e delle Linee Guida sull'applicazione del predetto art. 4 D.L. 28/2020, come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con il ricorso in epigrafe l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, la delibera a firma del Presidente dell'ANAC in data 4 marzo 2020, n. 233 «relativa all'accertamento di una situazione di inconferibilità di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 39/2013, con riferimento all'incarico di Presidente dell'AdSP del Mare Adriatico Orientale» conferito al dott. Zeno d'Agostino.

Premessa la ricostruzione in fatto della vicenda effettuata nel coevo ricorso proposto dal dott. D'Agostino, al quale espressamente rinvia, l'AdSP ritiene la delibera impugnata non solo illegittima, ma anche fortemente lesiva *in parte qua* degli interessi e delle prerogative dell'Ente, atteso che lo priva del proprio organo di vertice e interrompe, altresì, la continuità dell'azione amministrativa in un momento di grande sviluppo internazionale del porto e della rete logistica ad esso relativa e, nel contempo, di estrema delicatezza stante l'emergenza COVID-19 e l'assoluta necessità di una forte ripartenza del principale scalo italiano per tonnellate di traffico nonché per collegamenti internazionali.

1.2. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi.

I) Violazione dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013; eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza dei presupposti per l'applicazione di tale norma; illogicità manifesta; ingiustizia manifesta; carenza di istruttoria.

Con tale motivo, in via preliminare, la parte ricorrente sostiene che

l'art. 4 D.Lgs. 39/2013 non sarebbe applicabile al caso di specie, in quanto la norma fa riferimento a soggetti che, al momento della nomina per un incarico «di amministrazione di enti pubblici», abbiano svolto e ricoperto cariche in enti regolati o finanziati proprio dall'ente pubblico «che conferisce l'incarico» in questione.

Viceversa, nel caso di specie, è il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti ad aver conferito al dott. D'Agostino l'incarico di Presidente e, prima ancora, di Commissario straordinario dell'AdSP, come espressamente previsto all'art. 8, comma 1, L. 84/1994, che attribuisce il suddetto potere di nomina al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, d'intesa con il Presidente della regione interessata.

Osserva il ricorrente che, da una parte, nei confronti di TTP, il MIT non esercita nessuna attività di regolazione, né di finanziamento, dall'altra l'AdSP, ente "finanziatore/regolatore" di TTP, per espressa previsione di legge è estranea al procedimento di nomina; tali circostanze, evidenziate in sede procedimentale e oblierate dall'ANAC, denoterebbero anche un palese difetto di istruttoria.

II) Violazione dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013 sotto un ulteriore e distinto profilo; eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza dei presupposti per l'applicazione di tale norma; illogicità e contraddittorietà di motivazione; ingiustizia manifesta; carenza di istruttoria; violazione o errata applicazione dell'art. 2381 c.c.

Con tale motivo la parte ricorrente sostiene che mancherebbe, nel caso di specie, anche un altro dei presupposti per l'applicazione dell'art. 4, D.Lgs. 29/2013, segnatamente l'aver assunto il dott. D'Agostino «cariche in enti di diritto privato», ossia TTP, idonee a determinare l'inconferibilità dell'incarico di Presidente dell'AdSP.

L'art. 1, comma 2, lett. e), D.Lgs. 39/2013 identifica tali «cariche» in quelle di: Presidente con deleghe gestionali dirette; amministratore delegato; dirigente, consulente stabile dell'ente. Tuttavia, come ricavabile dallo Statuto e dalla visura storica di TTP, nel periodo rilevante ai fini dell'applicazione della norma (i «due anni precedenti» al conferimento dell'incarico di Presidente dell'AdSP, risalente al 9 novembre 2016) il dott. D'Agostino non ha ricoperto nessuna delle cariche sopra menzionate in TTP, ma solo quella di Presidente del CdA senza deleghe gestionali.

La parte ricorrente confuta la tesi di ANAC laddove, pur riconoscendo tale circostanza di fatto, ha ritenuto di potere estendere tale previsione anche alla fattispecie in esame, sulla base di tre pronunce giurisprudenziali (sentenze Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2018, n. 126 e id. 9 aprile 2019, n. 2325; TAR Lazio, sez. I, 11 aprile 2019, n. 4780) e due sue precedenti delibere (n. 373 dell'8 maggio 2019 e n. 450 del 12 giugno 2019); osserva che tali precedenti si riferirebbero a fattispecie diverse. Invece ritiene più pertinente al caso di specie, quale precedente, la delibera ANAC del 14 dicembre 2016, n. 1294, relativa proprio a un procedimento volto a valutare l'ipotesi di inconferibilità dell'incarico di Presidente di AdSP a un soggetto che aveva ricoperto la carica di Presidente di enti di diritto privato regolati o finanziati da enti pubblici, fattispecie nella quale l'ANAC aveva escluso l'inconferibilità.

Aggiunge la parte ricorrente che, allargando eccessivamente le maglie della norma applicata, la discrezionalità dell'ANAC trasmoderebbe in arbitrio.

Infine fa presente che, in sede di raccolta di manifestazioni di interesse, il MIT ha valutato il *curriculum* del dott. D'Agostino, in

cui era ben evidenziata anche la carica di Presidente del CdA di TTP allora già ricoperta dallo stesso, evidentemente ritenendola circostanza non ostativa alla nomina quale Presidente dell'AdSP.

III) Violazione dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013 in relazione ai poteri previsti dalla l. 84/1994 in capo al Commissario straordinario delle Autorità portuali; eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013.

La parte ricorrente evidenzia che, prima di essere nominato Presidente dell'AdSP, il dott. D'Agostino era già Commissario straordinario dell'Autorità Portuale, con «i poteri e le attribuzioni del Presidente indicati dalla legge 28 gennaio 1994, e successive modificazioni», quindi la sua nomina quale Presidente è intervenuta senza soluzione di continuità rispetto alla carica di Commissario, peraltro ricoperta da epoca antecedente all'attribuzione dell'incarico a Presidente del CdA di TTP: tale rilievo deporrebbe, secondo la parte ricorrente, per l'assenza di un ulteriore presupposto per l'applicabilità dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013.

Invero, se la *ratio* della disposizione sulla inconfiribilità è quella di impedire che si realizzi una sorta di “cattura del regolatore” da parte del soggetto regolato, tanto da imporre un periodo di “raffreddamento” tra carica gestoria rivestita in un ente di diritto privato regolato o finanziato dall'amministrazione pubblica e nomina al vertice di quest'ultima, nel caso di specie tale meccanismo risulterebbe essere stato a monte scongiurato dal fatto che il dott. D'Agostino era già al vertice dell'AdSP al momento della sua nomina a presidente di TTP.

In punto di fatto la parte ricorrente ricorda che la nomina del dott. D'Agostino a Presidente del CdA di TTP è stata effettuata proprio a

tutela degli interessi della Amministrazione portuale, onde poter vigilare sullo svolgimento del servizio di interesse generale affidato a TTP, e non certo nell'interesse di quest'ultima.

IV) Violazione dell'art. 1, comma 1, L. 241/1990 e dei richiamati principi eurounitari che vincolano l'azione amministrativa, tra cui il principio di proporzionalità; eccesso di potere.

La delibera impugnata comporta un effetto che sarebbe comunque sproporzionato, non avendo l'ANAC neanche contemperato i diversi interessi coinvolti, non solo l'interesse della persona fisica destinataria del provvedimento, ma anche dell'Ente e del Paese, "vista l'enormità della notizia che il più importante porto d'Italia per volumi di traffico è decapitato da un provvedimento dell'Autorità "anticorruzione" italiana".

In disparte le censurate carenze istruttorie, l'AdSP osserva che l'ANAC non poteva non comprendere che, stante la rigidità del meccanismo sanzionatorio contenuto nel citato art. 4 (decadenza *extunc*), il principio di proporzionalità avrebbe imposto di valorizzare tutte le circostanze innanzi rappresentate, nell'ottica di escludere l'applicazione della norma.

In subordine la parte ricorrente osserva che, quand'anche l'ANAC avesse ritenuto assolutamente non cumulabili le due cariche di presidente dell'AdSP e di TTP, avrebbe potuto, applicando il principio di proporzionalità, qualificare la fattispecie non già come asserita inconferibilità, ma come incompatibilità ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. n. 39/2013, di conseguenza ponendo al dott. D'Agostino (e all'ente) l'alternativa se dimettersi dalla carica di Presidente dell'AdSP ovvero di TTP, ove del caso inviando una diffida o un preavviso di chiusura del procedimento.

Secondo l'ente ricorrente ciò farebbe emergere un ulteriore vizio della delibera impugnata, “nella misura in cui, entrando davvero “a gamba tesa” sull'organizzazione e sui vertici di uno dei principali porti dello Stato, e in pieno conflitto sia col Ministro vigilante che con la stessa AdSP ..., il provvedimento impugnato lede il principio di leale cooperazione tra Amministrazioni e determina conflitti radicali tra le stesse, in danno dell'intero sistema, ben oltre quindi la lesione gravissima funzioni vitali per l'economia nazionale e nel caso di specie internazionale” (così a pag. 19 del ricorso).

Aggiunge l'AdSP che la lesione del principio di leale cooperazione emergerebbe viepiù considerato che la delibera impugnata: (i) sarebbe contraria a specifici precedenti adottati sul punto dall'ANAC stessa, nonché a sentenze del Giudice amministrativo relative nello specifico alle AdSP, (ii) interviene a distanza di quasi quattro anni dalla nomina del dott. D'Agostino a Presidente dell'Amministrazione ricorrente, (iii) determinerebbe aporie e incertezze inaccettabili per l'intero settore al cui funzionamento le AdSP sono per legge preposte, (iv) getterebbe un discredito complessivo sull'AdSP, che agli occhi dei numerosissimi interlocutori e investitori stranieri finisce per risultare un porto sanzionato dall'Autorità “anticorruzione”, con un danno sistemico per l'Italia che il provvedimento avrebbe totalmente omissso di considerare.

Infine osserva la parte ricorrente che il provvedimento impugnato avrebbe determinato “una lesione di interessi ben superiori a quelli apparentemente “protetti” dall'ANAC, la quale, tra l'altro, in ossequio ai criteri di proporzionalità e di leale cooperazione, ben avrebbe potuto e dovuto esercitare le proprie funzioni in modo dialogico con l'AdSP, e non scagliando una “bomba” produttiva di

danni economici e di immagine pesantissimi” (così a pag. 20 id.).

A sostegno della bontà e fondatezza delle proprie considerazioni l'ente ricorrente evidenzia la circostanza di fatto che, dopo la pubblicazione del provvedimento in questione e a causa della risonanza mediatica che ha avuto la notizia, la stessa ANAC ha pubblicato un comunicato stampa sul proprio sito istituzionale con il quale ha ritenuto di dover precisare di aver applicato una normativa sulla quale dal 2015 ha più volte segnalato per vie ufficiali le criticità a Governo e Parlamento, i quali tuttavia non hanno ritenuto di intervenire, e di dover confermare che la delibera non produce la nullità degli atti adottati dal Presidente il cui incarico è stato dichiarato inconfirabile e che, in ogni caso, la delibera è impugnabile davanti al giudice amministrativo.

1.3. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, evocato in giudizio, si è costituito con l'Avvocatura dello Stato, depositando memoria con cui, per quanto di propria competenza, ha osservato che il provvedimento con il quale il dott. D'Agostino è stato nominato presidente dell'AdSP (ossia il Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 361 dell'8 novembre 2016) è legittimo e non sembra evidenziare profili di criticità sussumibili nel quadro normativo di cui al citato D.Lgs. 39/2013.

La difesa erariale evidenzia che il divieto di conferimento previsto dall'art. 4, richiamato dalla delibera ANAC impugnata, riguarda, tra l'altro, l'ipotesi che l'interessato nel biennio antecedente abbia svolto incarichi o ricoperto cariche in enti “finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico od ente che conferisce l'incarico” e osserva che, viceversa, nel caso di specie, è pacifico che la nomina fosse di competenza del MIT, d'intesa con la Regione

Friuli Venezia Giulia, secondo la legge 84/1994 vigente all'epoca e modificata dal decreto legislativo 169/2016; ed altrettanto pacifico ed incontestato è che il MIT non intrattiene rapporti di finanziamento con la società TTP, né svolge funzione di regolazione della stessa, sicché non parrebbero sussistenti i presupposti per l'applicazione della disposizione.

Sottolinea il MIT che il dottor d'Agostino non svolge alcun incarico gestionale all'interno della società TPP, come invece testualmente richiesto dall'articolo 1, comma 2, D.Lgs. 39/2013, ricoprendo egli piuttosto, come pacifico in atti e rilevato dalla stessa ANAC, la carica di Presidente senza deleghe gestionali. In proposito, quanto alla giurisprudenza su cui fa leva l'ANAC, la difesa erariale osserva che, in disparte la verifica circa la riconducibilità della fattispecie per cui è causa a quelle decise in tali sedi giurisdizionali, tale giurisprudenza, di chiara portata estensiva del dato normativo letterale, non solo non esisteva al momento dell'adozione del provvedimento ministeriale di nomina, ma non era neanche facilmente prevedibile che si creasse, ove si consideri che la disposizione richiede testualmente che l'interessato ricopra la carica di “presidente con deleghe gestionali dirette”.

Quindi conclude per la assoluta legittimità del provvedimento di nomina del 2016 e chiede una decisione, sostanzialmente favorevole al ricorrente, che tenga conto dei superiori rilievi.

1.4. Il dott. Zeno D'agostino si è costituito in giudizio e ha chiesto che venga accolto il ricorso dell'AdSP.

1.5. L'Assoporti, nel suo atto di intervento *ad adiuvandum*, dopo aver premesso cenni sulla sua legittimazione all'intervento, ha ripercorso partitamente tutti i motivi del ricorso di AdSP sostenendone la

fondatezza con dovizia di argomentazioni e, segnatamente, rilevando che “l’ANAC avrebbe in ogni caso dovuto procedere all’annullamento della nomina “derivata” e “secondaria” (di Presidente di TTP), facendo invece salva quella “principale” (e comunque “originaria”) al vertice dell’AdSP” (così a pag. 19 dell’atto di intervento).

1.6. L’ANAC si è costituita in giudizio per resistere al gravame, del quale ha chiesto la reiezione.

In primo luogo l’ANAC ha evidenziato che il potere dell’Autorità di assumere provvedimenti che accertino l’inconferibilità degli incarichi deriva dall’art. 16, comma 1, D.Lgs. 39/2013, a tenore del quale *"l’Autorità nazionale anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l’esercizio dei poteri ispettivi e di accertamento delle singole fattispecie di conferimento degli incarichi"* e ne richiama la portata di accertamento costitutivo sancita dal Consiglio di Stato nella sentenza della Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126.

Si è poi soffermata sui presupposti indicati dal citato art. 4 D.Lgs. 39/2013 sostenendo che gli stessi ricorrerebbero nel caso di specie, attesa la natura giuridica: a) dell’ente in provenienza, TTP, ai fini della sua ricomprensione nella definizione di «ente di diritto privato regolato o finanziato» di cui all’art. 1, comma 2, lett. d), D.Lgs. 39/2013, ricordandone la sua attuale composizione in gran parte privata; b) della carica svolta in provenienza ai fini della sua riconducibilità nella definizione di «incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati» ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. e) id., affermando che il dott. D’Agostino, in tale qualità, sarebbe

dotato di poteri gestori secondo le coordinate ermeneutiche declinate dalla giurisprudenza già richiamata nel provvedimento; c) dell'ente di destinazione, ovvero dell'AdSP Mare Adriatico Orientale, ai fini della sua ricomprensione nella definizione di «ente pubblico» ex art. 1, comma 2, lett. b) id.; d) della carica di destinazione, ovvero di Presidente della suddetta Autorità, ai fini della sua riconducibilità nella definizione di «amministratore di ente pubblico» di cui all'art. 1, comma 2, lett. l), D.Lgs. 39/2013.

A seguire, l'ANAC ha confutato i singoli motivi di ricorso.

Quanto al primo motivo ne contesta la fondatezza ricordando che l'Autorità ha già chiarito che l'inconferibilità può conseguire dall'esistenza di situazioni di conflitto di interessi che si vengano a porre per lo svolgimento, nel biennio precedente, di cariche o incarichi presso enti di diritto privato regolati e finanziati tanto dall'amministrazione che conferisce la carica, quanto dall'amministrazione nella quale la carica opera. Sostiene che tale interpretazione sia conforme alla *ratio* della preclusione, che risiede nella volontà di impedire che l'esercizio delle funzioni pubbliche affidate possa essere inquinato da interessi personali di cui gli amministratori possono essere portatori (richiama, in proposito, la Delibera ANAC n. 613/2016).

Quindi afferma che l'inconferibilità degli incarichi a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle Pubbliche Amministrazioni, “deve essere interpretata alla luce delle finalità che la disposizione intende perseguire, che non può essere (solo) quella di preservare il procedimento di nomina da situazioni di conflitto di interesse, bensì quella di salvaguardare da conflitti di interesse (anche) l'esercizio della funzione”.

A parere della difesa dell'ANAC, l'inconferibilità di cui all'art. 4 del D.Lgs. 39/2013 non riguarderebbe solo gli incarichi professionali ricevuti dall'ente al quale la carica da conferire afferisce, bensì anche gli incarichi ricevuti dalla Amministrazione che conferisce l'incarico (in questo caso il Ministero).

Aggiunge l'ANAC che l'applicazione delle disposizioni in materia di incandidabilità agli incarichi svolti presso le Autorità di Sistema Portuale non sarebbe revocabile in dubbio, atteso che il D.Lgs. 169/2016 ha optato per una chiara separazione tra i compiti di regolazione e coordinamento in capo alle Autorità di Sistema Portuale, e le diverse attività economiche, anche di interesse generale, che si svolgono all'interno dei porti.

Quindi, secondo l'ANAC, se è vero che l'Autorità di Sistema può detenere quote di minoranza nel capitale sociale di alcuni operatori economici nell'ambito delle attività portuali, tuttavia l'assunzione di ruoli di rilevanza e poteri gestori degli stessi operatori deve ritenersi incompatibile con le finalità di separazione previste dal legislatore a tutela dell'imparzialità dell'autorità, determinandosi, nel caso di specie, un conflitto in interessi attuale e concreto, e non solamente potenziale, stante la commistione di ruoli di controllore e di controllato.

A riprova della attualità e concretezza del conflitto di interessi l'ANAC adduce la vicenda del ricorso presentato dalla TTP contro l'AdSP – conclusasi con sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia n. 154/2019 – nella quale il dott. D'Agostino ha rispettivamente agito come Presidente della TTP e resistito come Presidente dell'Autorità Portuale di Trieste, anche se senza costituirsi in giudizio. Ciò sarebbe emblematico del conflitto di interessi, atteso che la stessa persona si è

trovata a ricoprire contemporaneamente l'incarico di rappresentanza sia della parte ricorrente sia di quella resistente.

Quanto al secondo motivo, l'ANAC evidenzia che, a differenza di quanto sostenuto dalla parte ricorrente, il Dott. D'Agostino, in qualità di consigliere di amministrazione e Presidente del CdA di TTP, svolge funzioni di rappresentanza e di amministrazione, stante la titolarità dell'organo a cui tali funzioni sono attribuite dallo statuto e, quindi, sarebbe titolare di poteri gestori.

In ordine al terzo motivo ne deduce l'infondatezza, dal momento che l'antecedente svolgimento dell'incarico di Commissario Straordinario dell'AdSP non potrebbe essere considerato un *unicum* con l'incarico di Presidente della medesima Autorità, atteso che il rinnovo di una carica (o in una assimilabile alla prima) non costituirebbe una deroga all'applicazione della disciplina in materia d'inconferibilità.

Quanto alla censura di violazione del principio di proporzionalità, formulata con il quarto motivo l'ANAC ha osservato che le disposizioni normative rimettono alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione del dolo e della colpa per quanto concerne l'irrogazione delle sanzioni interdittive-inibitorie di cui agli artt. 18 e 20 D.Lgs. 39/2013, precisando che, nel rimettere al RPCT la valutazione circa l'applicazione della sanzione, l'ANAC ha comunque evidenziato l'opportunità di tenere conto "dell'intervenuta modificazione degli orientamenti dell'Autorità in materia di deleghe gestionali dirette".

Infine ha evidenziato che l'ANAC non avrebbe potuto optare per il riconoscimento della sussistenza, nel caso in esame, della più tenue fattispecie d'incompatibilità di cui all'art. 9, comma 1, D.Lgs. 39/2013, atteso che quest'ultima disposizione introduce un divieto

non applicabile agli incarichi di "amministratore di ente pubblico" (come quello *de quo*) ma esclusivamente agli incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali svolti nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni.

1.7. Alla camera di consiglio del 24 giugno 2020 sono stati sentiti i difensori di tutte le parti, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, nonché del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020 e delle Linee Guida sull'applicazione del predetto art. 4 D.L. 28/2020, anche relativamente al merito del ricorso, essendo stato dato il preavviso della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata.

In tale occasione, nel corso di ampia discussione, le parti, dopo avere ciascuna richiamato le proprie tesi difensive, si sono soffermate sui profili di seguito sintetizzati.

Il difensore di parte ricorrente, coincidente con il difensore del dott. D'Agostino, ha ribadito l'inapplicabilità, al caso di specie, dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013, insistendo sull'obiezione che, al più, l'ANAC avrebbe potuto riferirsi all'art. 9 dello stesso decreto legislativo.

Ha richiamato nuovamente il precedente, a suo dire analogo, relativo alla nomina del Presidente di un'altra AdSP, in cui l'ANAC avrebbe raggiunto conclusioni differenti; ha insistito sulla violazione del legittimo affidamento e del principio di proporzionalità.

Il difensore della Assoporti ha ribadito il grave pregiudizio che la delibera impugnata arrecherebbe alla portualità italiana, non potendosi minimizzare il danno obiettando, come fa l'ANAC, che il Commissario straordinario nominato ha comunque ratificato tutti gli atti del Presidente d'Agostino.

Ha, inoltre, evidenziato che l'ANAC avrebbe contraddetto i suoi stessi opinamenti, essendo ben consapevole di non poter estendere l'inconferibilità anche al Presidente di CdA senza deleghe, come ricavabile dagli atti di segnalazione n. 1/2017 e n. 4/2015, con cui chiedeva al legislatore un intervento correttivo.

Ha ribadito che, alla stregua dell'Orientamento n. 14/2015, l'ANAC sarebbe dovuta intervenire sulla carica di Presidente di TTP anziché su quella di AdSP.

L'Avvocato dello Stato, per il MIT, ha ribadito, in diritto, l'evidenza che la giurisprudenza richiamata dall'ANAC non esisteva all'epoca della nomina, né era prevedibile si formasse, tenuto conto del chiaro disposto normativo; in punto di fatto ha nuovamente sottolineato che l'ANAC si riferisce a poteri gestori esercitati dal dott. D'Agostino in TTP in forza di deleghe che, tuttavia, costui ha ricevuto per un breve periodo solo nel 2019 ma che, certamente, non aveva mai ricevuto prima dell'atto di nomina a Presidente dell'AdSP.

Il difensore dell'ANAC si è soffermato, in particolare, sul censurato difetto di proporzionalità, osservando che, riscontrata la violazione di una norma, l'ANAC non disporrebbe di discrezionalità, avendo esercitato, nel caso di specie, un potere vincolato, essendosi limitata a fare mera applicazione della legge. Viceversa, ha sottoposto all'attenzione la circostanza che l'ANAC ha sì esercitato la discrezionalità, ma a favore della parte pubblica destinataria del provvedimento, laddove, nel valutare la colpa, non ne ha ravvisato i profili, indicando al RPCT l'opportunità di non disporre conseguenze pregiudizievoli per le parti.

Infine ha ricordato che sarebbe in corso un'iniziativa parlamentare per modificare il D.Lgs. 39/2013.

All'esito della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Deve preliminarmente essere riportata la descrizione dei fatti di causa contenuta nel ricorso del dott. D'Agostino, cui la parte ricorrente fa espresso rinvio.

Il dott. D'Agostino è stato nominato Presidente dell'AdSP di Trieste con provvedimento del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 9 novembre 2016, adottato all'esito di una procedura di raccolta di manifestazioni d'interesse e successiva valutazione dei *curricula* da parte di una commissione interna al MIT.

All'atto della nomina il ricorrente era già a capo dell'ente in qualità di Commissario straordinario dell'allora Autorità Portuale di Trieste, in forza di decreti ministeriali in data 17 febbraio 2015, 20 agosto 2015, 25 febbraio 2016 e 29 agosto 2016 i quali attribuivano espressamente al dott. D'Agostino «i poteri e le attribuzioni del Presidente indicati dalla legge 28 gennaio 1994, e successive modificazioni», ossia la «rappresentanza legale dell'Autorità di sistema portuale», i «poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione» e una serie di ulteriori prerogative indicate all'art. 8, comma 3, L. 84/1994.

All'Autorità Portuale di Trieste è, poi, subentrata l'AdSP ai sensi della riforma della L. 84/1994 operata dal D.Lgs. 169/2016.

Inoltre, dal 29 aprile 2015 il dott. D'Agostino è anche Presidente del Consiglio di Amministrazione di Trieste Terminal Passeggeri S.p.A. (TTP), società incaricata della gestione delle stazioni marittime passeggeri nel porto di Trieste, ossia di un servizio di interesse generale mirato a soddisfare esigenze di tutta la collettività portuale e necessario per l'esercizio di una delle funzioni conferite ai porti dalla L. 84/1994, tanto che, nel previgente assetto regolatorio del porto di

Trieste, fino al 2007, il servizio di cui trattasi era svolto in prima persona dall'Autorità Portuale di Trieste.

Nel 2007 venne costituita TTP, inizialmente quale società totalmente partecipata dall'Amministrazione portuale; successivamente, la quota di tale Autorità si è ridotta al 40% a seguito di procedura ad evidenza pubblica volta alla cessione a privati della maggioranza del capitale sociale, in applicazione di quanto previsto all'art. 23, comma 5, L. 84/1994, secondo cui è consentito alle AdSP «continuare a svolgere in tutto o in parte» i servizi di interesse generale «promuovendo anche la costituzione di una o più società tra le imprese operanti nel porto, riservandosi una partecipazione comunque non maggioritaria». Secondo i patti parasociali stipulati tra il socio pubblico e quello privato, la *governance* di TTP prevedeva (i) un Consiglio di Amministrazione composto da cinque membri, due dei quali sarebbero stati indicati dall'Autorità; (ii) che il Presidente del CdA fosse uno dei soggetti «indicati dal socio Autorità», a garanzia degli interessi pubblici a cui la stessa TTP era ed è tuttora preposta.

Il dott. D'Agostino è stato nominato Presidente del CdA di TTP con deliberazione commissariale del 29 aprile 2015, n. 61, in cui è chiarito che la sua nomina a Presidente di TTP rispondeva a esigenze di rafforzamento e degli «indirizzi strategici ed operativi della Trieste Terminal Passeggeri S.p.A. in coerenza con gli obiettivi di sviluppo del traffico crocieristico contenuti nei documenti programmatici dell'Autorità Portuale di Trieste, anche in armonia con le linee espresse dagli Enti territoriali e locali».

Secondo lo Statuto, il Presidente del CdA di TTP non ha poteri gestori i quali spettano, invece, statutariamente al CdA, con facoltà di delega ad uno o più dei suoi componenti, nei limiti di cui all'art. 2381

c.c.: di fatto al dott. D'agostino non sono mai stati delegati tali poteri, salvo che nella primavera/estate 2019, in una situazione emergenziale dovuta alla misura cautelare interdittiva che aveva colpito uno dei due amministratori delegati di TTP, con conseguente necessaria cessione delle relative funzioni.

Tale era il contesto nel quale, con nota in data 21 novembre 2019, l'ANAC ha comunicato al dott. D'Agostino di aver ricevuto «una segnalazione avente ad oggetto una presunta ipotesi di inconferibilità dell'incarico di Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale» e di avere così avviato un procedimento istruttorio di vigilanza avente ad oggetto l'accertamento di un'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 4, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 39/2013.

Nell'ambito del conseguente procedimento il dott. D'agostino e l'AdSP hanno presentato controdeduzioni, allegando un parere legale, con cui hanno sostenuto non esservi alcuna causa di inconferibilità dell'incarico di Presidente dell'AdSP.

Anche il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) dell'AdSP ha trasmesso controdeduzioni di analogo tenore, ritenendo «insussistente qualsivoglia causa di inconferibilità in capo al dott. D'Agostino» e «assolutamente legittimo consentire al Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale il mantenimento contestuale della carica di Presidente di Trieste Terminal Passeggeri S.p.A.».

Con il provvedimento conclusivo, adottato in data 4 marzo 2020 ma comunicato solo in data 4 giugno 2020, in ragione della sospensione dei termini procedurali conseguenti all'art. 103, comma 1 D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, l'ANAC ha dichiarato l'inconferibilità, ai

sensi dell'art. 4, comma 1, lett. b), D.Lgs. 39/2013, dell'incarico di Presidente dell'AdSP del Mare Adriatico Orientale e la conseguente nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto, ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. 39/2013, rimettendo al RPCT di AdSP «la valutazione, in sede di procedimento sanzionatorio, dell'elemento soggettivo della colpa in capo all'organo conferente previsto dall'art. 18 D.Lgs. n. 39/2013, tenuto conto dell'intervenuta modificazione degli orientamenti dell'Autorità in materia di deleghe gestionali dirette».

Secondo l'ANAC ricorrerebbero i presupposti per l'applicazione dell'art. 4, comma 1, lett. b), D.Lgs. 39/2013, a tenore del quale, per quanto qui di interesse, a coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico, non possono essere conferiti incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale. Ciò in quanto, secondo l'ANAC: (a) TTP sarebbe un ente di diritto privato regolato o finanziato dall'amministrazione che ha conferito l'incarico di Presidente dell'AdSP al dott. D'Agostino; (b) quest'ultimo rivestirebbe un incarico o una carica in TTP riconducibile all'art. 1, comma 2, lett. e), D.Lgs. 39/2013, e cioè quella di Presidente con deleghe gestionali dirette; (c) l'AdSP è ente pubblico ai sensi del D.Lgs. 39/2013; (d) l'incarico di Presidente dell'AdSP sarebbe riconducibile alla definizione di «amministratore di ente pubblico» fornita dall'art. 1, comma 2, lett. l), D.Lgs. 39/2013, a norma del quale rientrano in tale definizione «gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque

denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico».

3. Il ricorso è fondato e va accolto.

E' dirimente, ai fini dell'accoglimento, la fondatezza del primo motivo.

L'ANAC ha fondato la delibera impugnata sulla asserita violazione dell'art. 4 del D.Lgs. 39/2013.

La suddetta norma dispone testualmente:

“1. A coloro che, nei due anni precedenti, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato o finanziati dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico ovvero abbiano svolto in proprio attività professionali, se queste sono regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico, non possono essere conferiti:

- a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali;*
- b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale;*
- c) gli incarichi dirigenziali esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici che siano relativi allo specifico settore o ufficio dell'amministrazione che esercita i poteri di regolazione e finanziamento”.*

La disposizione in parola individua tre presupposti per la sua applicabilità: - che il potenziale destinatario dell'incarico abbia svolto, nei due anni precedenti, incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato finanziati o regolati da una amministrazione o da un ente pubblico; - che gli incarichi non conferibili sono quelli indicati alle lettere a), b) e c); - che a conferire l'incarico sia

l'amministrazione o l'ente pubblico che finanzia o regola l'ente di diritto privato in cui il destinatario dell'incarico abbia svolto incarichi o rivestito cariche nei due anni precedenti.

I suddetti tre presupposti devono indefettibilmente sussistere congiuntamente e non già alternativamente, con la conseguenza che la mancanza di uno solo di essi preclude l'operatività del divieto sancito dalla disposizione (*simul stabunt, simul cadent*).

Nel caso di specie è certo che l'Autorità competente alla nomina dei Presidenti delle AdSP sia il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in forza di espressa norma attributiva del potere (cfr. art. 8, comma 1, L. 84/1994, che attribuisce il suddetto potere di nomina al Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, d'intesa con il Presidente della regione interessata).

Analogamente non è contestato, né sarebbe contestabile, che il MIT non svolga alcuna forma di finanziamento, né abbia poteri regolatori su TTP.

Ne discende che la norma in rassegna non è applicabile al caso di specie, stante l'assenza di un presupposto indefettibile per l'operatività dell'inconferibilità in parola.

3.1. Né può essere condivisa la tesi dell'ANAC secondo cui, poichè la *ratio* della preclusione prevista dal citato art. 4 risiederebbe nella volontà di impedire che l'esercizio delle funzioni pubbliche affidate possa essere inquinato da interessi personali di cui gli amministratori possono essere portatori, l'inconferibilità degli incarichi a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle Pubbliche Amministrazioni, “deve essere interpretata alla luce delle finalità che la disposizione intende perseguire, che non può essere (solo) quella di preservare il procedimento di nomina da situazioni di

conflitto di interesse, bensì quella di salvaguardare da conflitti di interesse (anche) l'esercizio della funzione”.

Secondo l'ANAC, accedere all'opzione ermeneutica proposta dal ricorrente, ossia che la disposizione sull'inconferibilità non sarebbe applicabile quando l'incarico è conferito da una amministrazione diversa da quella in cui la carica è destinata ad essere svolta, “sarebbe non coerente con le finalità della disciplina, poiché limiterebbe gli effetti di prevenzione del conflitto di interessi al solo procedimento di nomina”.

3.2. A parere del Collegio, osta ad una simile opzione ermeneutica la condivisibile considerazione “*che la preclusione di cui al richiamato articolo 4, comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di un incarico pubblico deve essere interpretata in modo rigoroso, restando precluse opzioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o solo estensivo*” (Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009).

Trattandosi, dunque, di norma di stretta interpretazione, non ne è consentita l'applicazione estensiva operata dall'ANAC.

Osserva il Collegio che, per quanto sia astrattamente condivisibile la tesi dell'ANAC secondo cui il legislatore, introducendo una serie di norme che regolano l'accesso alla funzione, avrebbe inteso disciplinare il conferimento degli incarichi *lato sensu* amministrativi in modo da assicurare il rispetto del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., evitando, cioè, che essi siano attribuiti secondo logiche estranee a quella meritocratica, tuttavia l'applicazione in concreto della suddetta disciplina, segnatamente del principio di inconferibilità sancito dall'art. 4 D.Lgs. 39/2013, non può che muoversi entro i confini delineati dalla norma stessa, la quale postula

che l'incarico sia conferito dall'ente o amministrazione che finanzia o regola l'ente nel quale il destinatario ha svolto un incarico nel biennio precedente.

Per ragioni analoghe non è condivisibile l'ulteriore argomentazione della difesa dell'ANAC, secondo cui, poiché le disposizioni che disciplinano l'inconferibilità mirano a preservare, precludendo il passaggio senza soluzione di continuità da un incarico all'altro, l'interesse pubblico dalle pressioni politiche e rischi di c.d. "cattura dell'interesse pubblico" provenienti dal mondo delle imprese private in un rapporto qualificato con la Pubblica Amministrazione, l'inconferibilità di cui all'art. 4 del D.Lgs. 39/2013 non riguarderebbe solo gli incarichi professionali ricevuti dall'ente al quale la carica da conferire afferisce, bensì anche gli incarichi ricevuti da altra amministrazione (in questo caso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

3.3. Infine non può essere condivisa neanche la tesi dell'ANAC secondo cui la finalità di prevenzione del conflitto di interessi, sottesa alla norma di cui all'art. 4 D.Lgs. 39/2013, non potrebbe intendersi limitata "al solo procedimento di nomina".

Osserva il Collegio che la norma in rassegna è espressamente dedicata al tema della "inconferibilità" che, per ragioni semantiche, non può che essere riferita esclusivamente al provvedimento di "nomina" e, per ragioni sistematiche (anche tenuto conto del complessivo impianto del D.Lgs. 39/2013), va riferita esclusivamente alla fase del "conferimento" dell'incarico, quale momento genetico del rapporto intercorrente tra ente conferente e soggetto destinatario dell'incarico; fermo restando che tale rapporto assume rilevanza, ai fini dell'operatività del divieto ivi previsto, soltanto se l'incarico di

provenienza sia stato precedentemente svolto in favore di ente finanziato dall'amministrazione o dall'ente pubblico che conferisce l'incarico.

Ne discende che l'inconferibilità disciplinata dall'art. 4 D.Lgs. 39/2013 va valutata avendo riguardo esclusivamente alla situazione esistente all'atto del conferimento dell'incarico (analogamente alla incompatibilità prevista dall'art. 9 dello stesso decreto legislativo, che, quindi, è anch'essa inapplicabile).

Nel caso di specie il provvedimento con cui è stato conferito l'incarico di Presidente dell'AdSP al dott. D'Agostino era senz'altro legittimo, provenendo la nomina non da tale ente bensì da MIT, di concerto con la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, sicchè difettava in radice il presupposto per opinare una inconferibilità ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. 39/2013.

3.4. In definitiva la norma applicata, contrariamente a quanto sostiene l'ANAC, non può essere interpretata come norma generale a presidio del conflitto di interessi, limitandosi la stessa a disciplinare il caso, ivi tipizzato, del conferimento di incarico da parte di una amministrazione o ente che regola o finanzia l'ente in cui il destinatario ha svolto un incarico nel biennio precedente.

A ciò deve aggiungersi che, trattandosi di conflitto di interessi che deve sussistere ed essere rilevabile al momento del conferimento, è precluso all'ANAC di intervenire in fattispecie in cui l'ipotetico conflitto di interessi non sussista nel momento genetico del rapporto ma sopraggiunga, in ipotesi, nella fase funzionale, per di più in ragione di un mutamento di giurisprudenza che, in quanto tale, in una materia quale quella in esame, non può che essere maturato con specifico riferimento alle singole fattispecie ivi di volta in volta

esaminate: il che, per inciso, rende pertinente e rilevante anche l'ulteriore argomentazione per cui, nel caso di specie, il dott. D'Agostino non aveva deleghe gestionali in TTP al momento della nomina a Presidente di AdSP, e non si era formata, né era prevedibile si formasse, la giurisprudenza restrittiva sul tema, citata dall'ANAC. Significativa, in proposito, è la circostanza che l'ANAC, ancora con segnalazione n. 1/2017 (dunque successiva alla nomina del dott. D'Agostino a Presidente dell'AdSP), insisteva su quanto già rilevato con l'atto di segnalazione n. 4/2015 (antecedente alla nomina del dott. D'Agostino), chiedendo al legislatore un intervento correttivo volto, tra l'altro, ad "eliminare, per la figura del Presidente, il riferimento alle deleghe gestionali dirette, fonte fin qui di equivoci e di interpretazioni contrastanti".

Il rilievo che precede corrobora la conclusione che l'atto di conferimento, nel momento in cui è stato adottato, era pienamente legittimo anche sotto tale profilo, alla stregua del significato letterale della disposizione dettata dall'art. 1, comma 2, lett. 1), D.Lgs. 39/2013, (ben noto all'ANAC tanto da aver avvertito ripetutamente l'esigenza di sollecitare al legislatore un intervento correttivo), disposizione sulla quale non si era ancora delineata l'interpretazione estensiva predicata dalla giurisprudenza successivamente formatasi.

3.5. Ciò posto, il Collegio non può non rilevare come la vicenda del contenzioso intercorso tra AdSP di Trieste e TTP, non menzionata nel provvedimento ma citata dalla difesa dell'ANAC quale esempio paradigmatico della obiettiva situazione di conflitto di interessi in cui si è trovato il dott. D'Agostino, in qualità di Presidente della parte attrice e, al contempo, della parte convenuta, sia tale da consigliare la ricerca di un possibile rimedio che, allo stato, non può che essere

meditato in termini di “opportunità”.

A parere del Collegio non può, allo scopo, utilizzarsi l’istituto dell’inconferibilità, azionato dall’ANAC, non potendosi dilatare *ad libitum* le maglie della disposizione normativa di cui all’art. 4 D.Lgs. 39/2013, finendo col piegare uno strumento tipico per il raggiungimento di un fine atipico.

In proposito il Collegio ritiene condivisibile l’osservazione dell’Avvocatura dello Stato secondo cui l’esigenza di una formulazione in qualche modo estensiva o “evolutiva” della disposizione, che ne armonizzi la lettura con quanto previsto dall’articolo 9 D.Lgs. 39/2013 e con l’art. 11, comma 8, T.U. 175/2016, può essere considerata solo *de iure condendo*; a tanto consegue che, *de iure condito*, l’interpretazione estensiva propugnata dall’ANAC non è consentita, stanti i rigidi paletti imposti dalla norma in rassegna.

Conclusivamente, per quanto precede, assorbiti gli ulteriori motivi, il ricorso deve essere accolto e, per l’effetto, il provvedimento impugnato deve essere annullato.

4. Le spese del giudizio, tenuto conto della novità delle questioni trattate e dell’evoluzione giurisprudenziale che ha riguardato la tematica in rassegna, possono essere eccezionalmente compensate fra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla l’atto impugnato.

Compensa le spese del giudizio fra tutte le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020, in collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in L. 27/2020, come modificato dall'art. 4, D.L. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Consigliere

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO