

ENTI LOCALI: Comune e Provincia – Incarichi presso le PP.AA. e presso gli enti privati in controllo pubblico – Nomina di Presidente di una società e/o ente di diritto privato in controllo pubblico da parte dello stesso Ente locale che ha conferito l’incarico – Di un soggetto che nel biennio precedente ha rivestito la carica di consigliere del medesimo Comune – Incompatibilità e/o inconfiribilità ex art. 7, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 39 del 2013 – Sussistenza.

Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7868

“[...] il T.a.r. ha sostenuto che l’art. 7, comma 2, lett. d), preveda due ipotesi di inconfiribilità degli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di un ente locale. La prima (relativa «a coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l’incarico») è quella che verrebbe in rilievo nel caso di specie, perché l’incarico sarebbe stato conferito dalla stessa amministrazione locale in cui il nominato ha avuto incarichi politici; la seconda riguarderebbe, invece, incarichi conferiti da altre amministrazioni locali situate nella medesima regione in cui si trova l’ente di provenienza.

L’argomentazione va sostanzialmente condivisa.

Come già ricordato, la norma che viene in considerazione nel caso in esame è rappresentata dall’art. 7, comma 2 e lettera d), del d.lgs. n. 39 del 2013, nella parte in cui prevede che non possono essere conferiti incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico a «coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l’incarico». In questa ipotesi vi è una relazione diretta tra l’ente che conferisce l’incarico [...] e la precedente carica politica ricoperta dall’incaricato nel medesimo ente [...] che esclude, secondo la norma, la necessità di un ulteriore accertamento diretto a calibrare il divieto secondo l’ambito territoriale; il collegamento territoriale incide, invece, sulla seconda fattispecie descritta dall’art. 7, comma 2, che preclude la nomina nei predetti incarichi per coloro che hanno ricoperto le medesime cariche politiche in enti diversi da quello che conferisce l’incarico, per i quali la norma introduce anche un limite territoriale, occorrendo che l’ente di provenienza appartenga alla «stessa regione dell’amministrazione locale che conferisce l’incarico» (seconda parte del comma 2, art. 7 cit.) [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2023 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Masi e l'avvocato dello Stato Simeoli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con delibera del 10 novembre 2021, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (in seguito solo Anac) ha deliberato, ai sensi dell'art. 7, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 39 del 2013, la inconferibilità *«dell'incarico conferito al Dott. Francesco Macrì, di Presidente della società Estra S.p.A. in data 31.07.2017 e la conseguente nullità degli atti di conferimento degli incarichi e dei relativi contratti, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 39/2013»*.

2. Il provvedimento è basato su plurimi rilievi e in specie sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 7, comma 2, prima parte e lettera d), del d.lgs. n. 39 del 2013 (il quale prevede che *«[a] coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico[...] non possono essere conferiti: [...] d) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione»*), considerato che il Dott. Macrì – successivamente nominato presidente della società Estra S.p.a. – è stato consigliere del Comune di Arezzo fino al 1° settembre 2016. Secondo l'Anac, la società Estra è qualificabile come ente di diritto privato in controllo pubblico (ossia *«le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi»*: art. 1, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 39 del 2013) e la nomina in questione è riconducibile alla categoria di *«amministratore di ente privato in controllo pubblico»*, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. l), del d.lgs. n. 39 del 2013 (in cui rientrano *«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»*). Il Comune di Arezzo (ente che ha conferito l'incarico in questione), presso cui il Dott. Macrì ha svolto la carica politica nei due anni precedenti la nomina, eserciterebbe su Estra un controllo indiretto, ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., per il tramite della società Coingas S.p.a., di cui il Comune detiene una partecipazione pari al 45,17% del capitale sociale. Coingas, a sua volta, è uno dei soci di Estra S.p.a.

Stante la suddetta partecipazione, Anac ha ritenuto che Coingas sia società in controllo del Comune di Arezzo e, che, pertanto, le prerogative eventualmente riservate ad essa fossero, nella sostanza, riferibili

all'ente locale. Rammenta, infatti, che è lo stesso statuto di Estra S.p.a. a porre in capo (tra gli altri) a Coingas (e, dunque, indirettamente, al Comune di Arezzo) la scelta degli organi societari. L'art. 19, infatti, dispone che *«spetta ai soci Consiag S.p.A., Intesa S.p.A. e Coingas S.p.A. e Multiservizi S.p.A. il diritto di nominare un amministratore ciascuno»*.

Evidenzia, altresì, che nel corso dell'istruttoria è emersa la presenza di un patto parasociale stipulato tra i soci di Estra S.p.a., con il quale i rappresentanti dei soci in seno al C.d.A. sarebbero vincolati a nominare il presidente di Estra tra i consiglieri di amministrazione designati da Coingas (e quindi, a dire dell'Anac, dal Comune di Arezzo).

L'incarico di Presidente del C.d.A. di Estra sarebbe riconducibile alla categoria di «amministratore di ente privato in controllo pubblico» di cui all'art. 1, comma 2, lett. l), d.lgs. n. 39 del 2013, atteso che *«in occasione delle conferme nell'incarico di Presidente del CdA di Estra [del] 31 luglio 2017 e [del] 15 luglio 2020 al dott. Macrì sono state espressamente attribuite deleghe gestionali dirette mediante atti di procura»*.

Infine, l'Anac ha ritenuto che l'inconferibilità dell'incarico del 2017 abbia avuto come effetto quello di sospendere il termine dilatorio che deve intercorrere fra la cessazione dell'incarico che produce l'inconferibilità ed il conferimento del nuovo incarico, con conseguente declaratoria di inconferibilità anche con riferimento all'incarico ricevuto nel 2020, così come previsto nella delibera Anac del 27 maggio 2020.

3. La predetta delibera è stata impugnata dalla società Estra S.p.a. con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che, con sentenza 13 ottobre 2022, n. 13057, lo ha respinto ritenendo infondate tutte le censure.

4. La società, rimasta soccombente, ha proposto appello reiterando i motivi di primo grado, in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

5. Resiste in giudizio l'Anac, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. All'udienza del 4 aprile 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo (pp. 6-10 dell'atto di appello), l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza per aver ingiustamente respinto la doglianza con cui, in primo grado, ha denunciato la inapplicabilità dell'art. 7, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 39 del 2013, in quanto l'Autorità non avrebbe considerato la necessità di un collegamento territoriale diretto ed effettivo tra l'ente privato al quale si riferisce la nomina e quello nel quale l'eletto ha rivestito la carica politica. Ciò emergerebbe anche dalla legge-delega n. 190 del 2012, sulla base della quale è stato emanato il d.lgs. n. 39 del 2013, che all'art. 1, comma 50, lett. c), stabilisce: *«i casi di non conferibilità devono essere graduati e regolati in rapporto alla rilevanza delle cariche di carattere politico ricoperte, all'ente di riferimento e al collegamento, anche territoriale, con l'amministrazione che conferisce l'incarico»*. Il dato geografico (che è

la *ratio* sottesa alla coincidenza richiesta dalla norma) sarebbe essenziale al fine di rappresentare il perimetro del rischio di permeabilità e di reciproca influenza tra cariche politiche e incarichi fortemente condizionati dall'appartenenza politica.

Nel caso di specie, Estra ha un ambito territoriale ben più vasto di quello del Comune di Arezzo e della stessa Regione e copre una popolazione appartenente a 142 Comuni, per cui non solo sarebbe difficile ipotizzare un controllo indiretto da parte del solo Comune di Arezzo, ma esclude anche una coincidenza del bacino territoriale tra l'Ente nominante e l'Ente di destinazione.

7.1. Il motivo è infondato.

7.2. Sul punto, il T.a.r. ha sostenuto che l'art. 7, comma 2, lett. d), preveda due ipotesi di inconferibilità degli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di un ente locale. La prima (relativa «a coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico») è quella che verrebbe in rilievo nel caso di specie, perché l'incarico sarebbe stato conferito dalla stessa amministrazione locale in cui il nominato ha avuto incarichi politici; la seconda riguarderebbe, invece, incarichi conferiti da altre amministrazioni locali situate nella medesima regione in cui si trova l'ente di provenienza.

7.3. L'argomentazione va sostanzialmente condivisa.

Come già ricordato, la norma che viene in considerazione nel caso in esame è rappresentata dall'art. 7, comma 2 e lettera d), del d.lgs. n. 39 del 2013, nella parte in cui prevede che non possono essere conferiti incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico a «*coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico*». In questa ipotesi vi è una relazione diretta tra l'ente che conferisce l'incarico (il Comune di Arezzo, nel caso in esame) e la precedente carica politica ricoperta dall'incaricato nel medesimo ente (consigliere comunale di Arezzo fino al 1° settembre 2016) che esclude, secondo la norma, la necessità di un ulteriore accertamento diretto a calibrare il divieto secondo l'ambito territoriale; il collegamento territoriale incide, invece, sulla seconda fattispecie descritta dall'art. 7, comma 2, che preclude la nomina nei predetti incarichi per coloro che hanno ricoperto le medesime cariche politiche in enti diversi da quello che conferisce l'incarico, per i quali la norma introduce anche un limite territoriale, occorrendo che l'ente di provenienza appartenga alla «*stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico*» (seconda parte del comma 2, art. 7 cit.).

7.4. Il che sembra corrispondere pienamente anche all'indicazione proveniente dal criterio di delega invocato dall'appellante, il quale imponeva al legislatore delegato di graduare i casi di inconferibilità, regolandone gli effetti anche in ragione dell'ambito territoriale (il che si è tradotto, nella norma delegata,

distinguendo – nelle due ipotesi sopra descritte – tra il caso in cui l'amministrazione che conferisce l'incarico sia la medesima in cui l'incaricato ha ricoperto la carica politica costituente causa ostantiva e l'altro caso in cui questa coincidenza non sussiste; e regolando diversamente anche il periodo di c.d. raffreddamento: due anni nella prima ipotesi, un anno nella seconda).

Pertanto, non sussiste un contrasto con i principi della legge di delega.

8. Con il secondo motivo (pp. 10-17 dell'atto di appello), l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha statuito la sussistenza del controllo pubblico esercitato dal Comune di Arezzo su Estra, segnatamente per il tramite dell'influenza pubblica dominante che il Comune eserciterebbe su Coingas (socio di Estra).

Ad avviso dell'appellante, tale situazione non potrebbe rinvenirsi nel caso di specie, considerato che il Comune di Arezzo non possiede la maggioranza del capitale sociale né in Coingas, né in Estra. Pertanto, non sussisterebbero elementi in grado di attestare concretamente la capacità del Comune di influenzare l'assemblea o le scelte di Coingas, come richiesto dall'art. 2359, primo comma, n. 2, cod. civ. (richiamato dall'art. 1, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 39 del 2013), anche per la frammentazione del capitale sociale di Coingas, (54,83% distribuito tra 26 Comuni, con quote di partecipazione fino ad oltre l'8%, a fronte della partecipazione non maggioritaria del Comune di Arezzo pari al 45,71%), che renderebbe impossibile configurare una maggioranza assembleare dell'Ente.

La delibera dell'Anac risulta, di conseguenza, illegittima per violazione dell'art. 7, comma 2, e lett. d) del d.lgs. n. 39 del 2013.

9. A diverse conclusioni non potrebbe condurre neppure il richiamo, operato dal Tar, al patto parasociale stipulato il 6 dicembre 2013 tra i soci di Estra S.p.a., al fine di dimostrare la riconducibilità al Comune di Arezzo della nomina del dott. Macrì a presidente di Estra S.p.a.

Ad avviso dell'appellante, l'accordo parasociale che impegnava i soci a nominare, quale presidente del C.d.A. di Estra, il consigliere designato da Coingas (punto 7.1. del patto), non poteva avere più alcuna efficacia su dette nomine in quanto – secondo l'appellante – «*comunque scaduto il 6 giugno 2016*» (cfr. p. 15 dell'appello).

10. Con il terzo motivo (pp. 17-24 dell'atto di appello), l'appellante contesta la sentenza per aver ingiustamente affermato che Estra S.p.a. sarebbe affidataria dell'attività di produzione di beni e servizi a favore di amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

10.1. In senso contrario, si sottolinea che Estra non è direttamente affidataria di alcun servizio pubblico o di interesse generale a favore di pubbliche amministrazioni. Quanto alla convenzione Consip per la fornitura di gas, da un lato la convenzione fa capo alla diversa società Estra Energie s.r.l.; dall'altro lato, si sottolinea che la fornitura di gas in virtù dell'aggiudicazione di un appalto a seguito di una procedura di gara non sembra essere sussumibile nella nozione di "attività di produzione di beni e servizi a favore

delle amministrazioni pubbliche”. La *ratio* della previsione sarebbe, infatti, quella di evitare che soggetti che non operano sul mercato, possano – a causa della presenza di conflitti d’interesse con i soggetti che li controllano – porre in essere condotte contrarie agli interessi societari.

Esigenza che viene meno nel momento in cui gli operatori operano sul mercato a seguito dell’aggiudicazione di una gara.

Pertanto anche i predetti argomenti, richiamati dal primo giudice a sostegno della sussistenza del requisito funzionale sarebbero fallaci.

10.2. Con riferimento all’ulteriore presupposto richiesto dall’art. 1, comma 2, lett. c), del d.lgs. 39 del 2013, ossia che Estra sia una società sottoposta a controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c., da parte di amministrazioni pubbliche, si censura la sentenza per non aver rilevato che il controllo di cui all’art. 2359, comma 1, n. 2) cod. civ c.c., richiamato dall’art. 1, comma 2, lett. c), contempla esclusivamente la fattispecie del controllo esercitato da un singolo socio sull’assemblea (c.d. controllo solitario) e presuppone l’influenza dominante del socio nelle materie di competenza dell’assemblea che riguardano le decisioni essenziali alla continuazione della società; in altri termini, il legislatore ha ritenuto che, ai fini del d.lgs. 39 del 2013, una società possa ritenersi “controllata” solo se sussista la fattispecie di controllo di cui all’art. 2359. In tale contesto, non è quindi possibile ricostruire in via ermeneutica un diverso significato di “controllo societario”.

Una diversa soluzione sarebbe possibile solo in presenza di patti parasociali, ma i soci di Estra, alla data della contestata nomina del Dott. Macrì quale consigliere di amministrazione e poi di presidente, non avevano in alcun modo formalizzato patti tesi a coordinare la loro azione e quindi ad assicurare ai singoli il controllo sulle decisioni più rilevanti della società partecipata. Allo stesso modo non risulterebbero analoghi accordi stipulati tra gli enti locali partecipanti al capitale di Coingas Spa e degli altri soci.

10.3. Si ribadisce, altresì, che i criteri direttivi di cui all’art. 1, comma 50 della legge-delega n. 190 del 2012, non prevedono alcuna disposizione in ordine alla definizione di “ente di diritto privato in controllo pubblico”. Di conseguenza, il decreto legislativo delegato, se interpretato in modo da veicolare una diversa e ultronea nozione di “controllo”, sarebbe incostituzionale per carenza di criteri direttivi previsti dal legislatore delegante.

11. Con il quinto motivo (pp. 26-29 dell’atto di appello), l’appellante deduce l’ingiustizia della sentenza nella parte in cui, sostanzialmente aderendo alla tesi dell’Anac, ha ritenuto che il periodo di c.d. raffreddamento (biennale o annuale) rimarrebbe sospeso per il tempo dell’incarico invalidamente conferito e quindi si estenderebbe anche al successivo incarico conferito al Dott. Macrì in data 15 luglio 2020.

Tuttavia, secondo l’appellante, tale preteso effetto “sospensivo” del termine di raffreddamento non è previsto da alcuna disposizione di legge, per cui sarebbe abnorme la pretesa di introdurre in via

giurisprudenziale l'asserita "sospensione", che di fatto rappresenta una sanzione applicata in assenza di una qualsivoglia base giuridica, o comunque una limitazione delle libertà costituzionali degli individui applicata in assenza di una sufficiente base giuridica.

12. Il secondo, terzo e quinto motivo possono essere esaminati congiuntamente dato che tutti si riferiscono all'applicazione delle norme sulla inconfiribilità di incarichi, previste dal decreto legislativo n. 39 del 2013, al conferimento dell'incarico di presidente del C.d.A. di Estra S.p.a. al dott. Macrì.

Applicazione che coinvolge gli elementi essenziali della fattispecie e in particolare:

- la nozione di «enti di diritto privato in controllo pubblico», di cui alla definizione legislativa dell'art. 1, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 39 del 2013;
- la portata del riferimento, nella definizione legislativa, al controllo di cui all'articolo 2359 cod. civ., o all'attribuzione, a pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, dei poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi della società di diritto privato;
- l'estensione del periodo di due anni durante il quale non può procedersi alla nomina, negli organi dell'ente di diritto privato in controllo pubblico, di chi sia stato in precedenza componente «della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico» (art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 39 del 2013).

13. In linea di fatto, non è contestato che – fino al 1° settembre 2016 – il dott. Macrì è stato componente del Consiglio comunale di Arezzo, ossia di un Comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti; e quindi rientra nella cerchia di coloro che, nei due anni successivi alla cessazione dalla carica politica, non possono essere nominati dalla medesima amministrazione locale quale amministratore dell'ente di diritto privato soggetto a controllo pubblico (art. 7, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 39 del 2013).

13.1. Quanto alla natura giuridica della società Estra S.p.a. e alla sua qualificazione come «ente di diritto privato in controllo pubblico», occorre muovere dall'osservazione che la definizione legislativa posta dall'art. 1, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 39 del 2013, delinea due distinte fattispecie di «controllo pubblico»: la prima lo identifica con il controllo esercitato da pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., quando la società di diritto privato eserciti «funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici»; la seconda riconosce l'esistenza di una forma di «controllo pubblico» quando alle pubbliche amministrazioni siano attribuiti, «anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

13.2. Nella seconda ipotesi appare decisivo il riferimento alla sussistenza di un controllo pubblico anche quando la pubblica amministrazione che conferisce l'incarico non sia titolare di una partecipazione nel capitale sociale della società di diritto privato, purché risulti (da fonti di natura diversa, posto che la norma non contiene ulteriori indicazioni; e quindi da norme di legge, di statuto o contenute in accordi

parasociali) che alla pubblica amministrazione siano conferiti poteri di nomina degli organi di vertice o di loro componenti.

13.3. Peraltro, il presupposto rappresentato dall'attività svolta dalla società o ente di diritto privato (vale a dire: l'esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici) è comune alle due ipotesi.

Nel caso di specie, come accertato dalla sentenza appellata, le cui conclusioni sul punto non sono revocate in dubbio dalle censure dell'appellante, Estra S.p.a. è una *holding* che – ai sensi dell'art. 4 del suo statuto, «*ha per oggetto la gestione diretta indiretta e indiretta, anche tramite società partecipate, di attività attinenti i settori gas, telecomunicazioni*» e altri. Del gruppo fa parte Estra Energie s.r.l., società di cui è socio unico la Estra S.p.a., soggetta ad attività di direzione e coordinamento da parte di Estra S.p.a., titolare – come asserito nella motivazione del provvedimento dell'Anac e non contestato in fatto dall'appellante – del «*contratto Consip s.p.a. per la fornitura di gas alle pubbliche amministrazioni di Piemonte, Liguria, Valle d'Aosta, Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Basilicata, Calabria e Sicilia per gli anni 2020/2021*». Per cui va condiviso anche l'assunto secondo cui, ai fini dell'applicabilità della disciplina di cui al d.lgs. n. 39 del 2013, deve ritenersi che Estra S.p.a. «*faccia proprie le attività svolte dalle società controllate ovvero che si avvalga di quest'ultime per gestire attività alla prima riconducibili*».

Va confermato quindi che Estra S.p.a. è un ente di diritto privato in controllo pubblico.

14. Per quanto concerne la dimostrazione che la nomina del dott. Macrì vada fatta risalire a una scelta effettuata dal Comune di Arezzo occorre esaminare, anzitutto, il rapporto tra il Comune e la società Coingas (che, come si è già veduto, è a sua volta titolare di una quota del capitale di Estra S.p.a. pari al 25,139 per cento). In particolare due essenziali osservazioni dimostrano l'esistenza di un controllo di fatto del Comune di Arezzo sulla Coingas S.p.a.: da un lato il frazionamento del capitale sociale in piccolissime quote (il Comune di Arezzo è titolare di una quota pari al 45,17% del capitale sociale, il restante è suddiviso tra altri 26 Comuni della provincia di Arezzo); dall'altro lato, proprio la quasi maggioritaria quota azionaria in capo al Comune di Arezzo, in una situazione di polverizzazione del capitale sociale, rende agevole il controllo dell'assemblea ordinaria (integrando quell'influenza dominante che, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 2, cod. civ., costituisce una forma di controllo).

14.1. Né sembra ragionevole sostenere che gli azionisti diversi dal Comune di Arezzo, che formalmente sarebbero titolari della maggioranza delle azioni, si coalizzino sempre per contrastare l'azionista di maggioranza relativa. Si tratterebbe di un postulato non dimostrato: ossia che i soci diversi dal Comune di Arezzo sempre e in tutte le occasioni perseguano i medesimi interessi e, a questi fini, le loro posizioni convergano e prevalgano in assemblea su quelle dell'azionista Comune di Arezzo (e che ciò sia del tutto

implausibile è dimostrato anche dal fatto che non risultano patti parasociali tra gli azionisti “di minoranza”, e comunque non risultano nemmeno allegati).

14.2. Dal controllo del Comune di Arezzo sulla Coingas discende anche la riferibilità all'amministrazione locale della nomina del dott. Macri.

Coingas, infatti, oltre a essere socio di Estra S.p.a. con una quota del 25,139%, è (o era, all'epoca) parte di un accordo parasociale stipulato il 6 dicembre 2013 con altri due soci di Estra: le società Consiag S.p.A. e Intesa S.p.a. L'art. 7.1. dell'accordo prevedeva che «[i]l *Presidente del Consiglio di Amministrazione, fino all'approvazione del bilancio di esercizio al 31.12.2016, è nominato tra i Consiglieri designati da COINGAS*». Appare evidente, pertanto, il ruolo ricoperto dal Comune di Arezzo nel procedimento di nomina del dott. Macri, quale frutto sia dell'influenza dominante sulla Coingas sia della norma del patto parasociale sopra richiamata.

14.3. Si osservi, inoltre, come la norma pattizia sia sufficiente a integrare anche la situazione di controllo pubblico descritta dall'art. 1, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 39 del 2013, posto che il patto parasociale, tramite il controllo del Comune di Arezzo su Coingas, finisce per riconoscere al Comune, «*anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*» di Estra S.p.a.

In altri termini, proprio il riferimento normativo al caso in cui la pubblica amministrazione non sia socio dell'ente di diritto privato, rende irrilevante – per un verso – il fatto che il Comune di Arezzo non sia direttamente socio di Estra; e – per altro verso – rende irrilevanti anche gli argomenti basati sulla nozione di controllo recepita dall'art. 2359, comma 1, n. 2 cod. civ. (controllo da parte di un solo socio o controllo congiunto).

Infine, per completezza, va anche osservato che l'argomento per cui la definizione di «*ente di diritto privato in controllo pubblico*» si baserebbe unicamente sulla nozione di controllo di cui al codice civile, pena l'illegittimità costituzionale per difetto di delega dell'art. 1, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 39 del 2013, finisce per provare troppo, ed è quindi un argomento illogico e contraddittorio. È sufficiente osservare, infatti, che la legge-delega (ossia l'art. 1, commi 49 e 50, della legge n. 190 del 2012) non contiene alcun riferimento o richiamo all'art. 2359 cod. civ., per cui – a seguire l'impostazione dell'appellante – dell'art. 1, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 39 del 2013 dovrebbe ritenersi costituzionalmente illegittimo anche sotto questo profilo.

Pertanto, la soluzione che appare più corretta è quella che prende atto della scelta del legislatore delegante di lasciare al legislatore delegato un largo margine per delineare la nozione di «ente di diritto privato in controllo pubblico», fermo restando il controllo di ragionevolezza (anche alla luce dei fini perseguiti) e il rispetto degli altri criteri indicati nella legge-delega.

14.4. È infondata, altresì, anche l'ulteriore doglianza secondo cui il patto parasociale avrebbe cessato i suoi effetti il 6 giugno 2016, quindi prima della nomina del dott. Macrì. È una interpretazione che si scontra con la lettera dell'accordo che fa riferimento alla data di approvazione del bilancio di esercizio 2016 (approvazione che, di regola, si colloca nel corso dell'anno successivo).

Non è dubbio, quindi, che al momento della prima nomina del dott. Macrì quale presidente di Estra (avvenuta con la deliberazione dell'assemblea di Estra del 12 settembre 2016) il patto parasociale fosse valido ed efficace; così come lo era al tempo degli accordi per la conferma della nomina (poi formalizzata con la delibera del C.d.A. di Estra del 20 luglio 2017, colpita da nullità a seguito del provvedimento Anac impugnato in primo grado), come si evince dalle deliberazioni versate in atti (si veda, in specie, la delibera Coingas dell'8 maggio 2017, che indica il dott. Macrì quale presidente di Estra, adottata quando il patto parasociale era ancora vigente). Anche la nomina successiva a quella iniziale del 12 settembre 2016 deve ritenersi, quindi, come decisione assunta sulla base dei medesimi accordi parasociali.

15. Sono infondati anche gli argomenti utilizzati dall'appellante per contestare l'interpretazione sulla estensione del periodo di c.d. raffreddamento.

15.1. Come ben evidenziato dal primo giudice, la nullità degli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle norme sopra richiamate (art. 17 del d.lgs. n. 39 del 2013) configura una ipotesi di "nullità sanzione"; in altri e più articolati termini, si tratta di una nullità testuale che intende colpire con la misura più incisiva e radicale il contrasto tra l'atto di incarico e gli interessi tutelati dalle norme che impongono i divieti di conferimento nelle diverse ipotesi normative, ma che intende non solo sanzionare la scelta dell'amministrazione ma anche perseguire lo scopo di ripristinare (per il noto meccanismo operativo della nullità, che priva l'atto di effetti fin dalla sua adozione) il corretto assetto degli interessi pubblici violati.

15.2. Se quella appena esposta è la *ratio* della norma di cui agli articoli 7, comma 2 e 17 del d.lgs. n. 39 del 2013, appare evidente come non sia possibile aderire alla tesi secondo cui il periodo di c.d. raffreddamento dovrebbe decorrere ugualmente anche in caso di atto nullo. La nullità dell'incarico, per raggiungere interamente i suoi scopi, deve comportare, dunque, anche l'effetto di rendere inutile, ai fini del decorso del periodo, il tempo in cui si è svolto l'incarico il cui conferimento era vietato.

Da quanto precede deriva come conseguenza che la nullità che ha travolto l'atto di nomina a presidente di Estra S.p.a. di cui alla delibera del 20 luglio 2017 paralizza il periodo fino al successivo incarico del 15 luglio 2020, rendendo inconfirabile anche quest'ultimo dal momento che anche questo finisce col ricadere nel periodo biennale di c.d. raffreddamento.

16. Rimane da esaminare il quarto motivo (pp. 24-26 dell'atto di appello), con il quale l'appellante impugna il capo di sentenza in cui si afferma che la carica di Presidente del C.d.A. di Estra S.p.A. è

riconducibile alla categoria degli incarichi di amministratore di ente privato in controllo pubblico, in considerazione dell'attribuzione di rilevanti deleghe gestionali dirette attinenti all'esercizio di potere gestorio.

L'appellante sostiene, invece, che l'art. 1, comma 2, lett. l), del d.lgs. 39 del 2013 debba essere letto congiuntamente alla disciplina societaria civilistica, per cui il presidente di una società di capitali può considerarsi, ai fini dell'applicazione della norma in esame, «*amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico*» solo quando allo stesso vengano delegati dal consiglio di amministrazione poteri gestionali ai sensi dell'art. 2381, comma 2, cod. civ., in deroga al metodo collegiale stabilito dall'art. 2380. Nel caso di specie, gli artt. 22 e 26 dello Statuto, come riconosciuto dalla stessa ANAC, si limitano ad affermare che il presidente ha la legale rappresentanza della società e che lo stesso deve “essere perfettamente e pienamente informato dell'attività sociale”; ciò perché non è il presidente ad avere le deleghe gestionali dirette legate alla gestione operativa della società.

16.1. Il motivo è infondato.

16.2. Come si evince dalla documentazione versata in atti, in data 15 settembre 2017 risulta iscritto nel registro delle imprese l'atto del 28 agosto 2017 con il quale sono stati conferiti al presidente Francesco Macrì «[i]l potere di sottoscrivere i contratti di fornitura relativi a beni, prestazioni e servizi, relativi ad attività di relazioni esterne istituzionali, al servizio affari generali, al servizio affari legali e societari, alla cura dei rapporti istituzionali ed alle politiche in tema di servizi pubblici locali, e più in generale riferiti agli affari di sua competenza, per valori fino ad euro 500,000» e il potere di «sottoscrizione di contratti di fornitura per importi superiori a euro 500.000 fino a euro 2.000.000» insieme al direttore generale e all'amministratore delegato.

16.3. Al presidente sono state attribuite, quindi, successivamente alla conferma nell'incarico avvenuta nel 2017, funzioni gestionali dirette. Come ha precisato questo Consiglio di Stato, «*il potere gestionale si rinviene anche nell'esercizio collettivo dello stesso [...] è la stessa lettera della legge a riconoscere rilevanza all'incarico di presidente di consiglio di amministrazione “con” deleghe gestionali dirette, ipotesi che, come sopra, si rinviene nella fattispecie*» (cfr. sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1452, al punto 2.4 della parte in diritto).

L'incarico rientra, pertanto, tra gli «*incarichi di amministrazione di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico*» di cui all'art. 1, comma 2, lett. l), del d.lgs. n. 39 del 2013, per i quali trova applicazione il regime di inconfiribilità previsto dall'art. 7, comma 2, del medesimo decreto legislativo.

17. In conclusione, l'appello va integralmente respinto.

18. Le spese giudiziali del grado di appello debbono essere compensate tra le parti, in ragione della novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese giudiziali del grado di appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO