

Newsletter **4/2022**

In questa uscita

Procedimento disciplinare professionisti

Accesso agli atti e interesse qualificato dell'esponente

Ordini professionali

Equo compenso dei professionisti e legittimazione ad agire degli Ordini professionali a tutela

Compensi, spese di trasferta, missioni e assunzione di altre cariche dei componenti degli Ordini professionali di livello nazionale: accoglimento dell'istanza di accesso a contenuto plurimo

Privacy e tutela dei dati personali

Sanzioni del Garante Privacy: ammonizione ad un avvocato per violazione dell'art. 12, par. 3, GDPR

Obblighi di trasparenza

ANAC: indirizzi operativi in materia di accesso civico generalizzato in presenza di plurime istanze

ANAC: trasparenza di incarichi conferiti o autorizzati ai dipendenti della P.A.

Anticorruzione

RPCT: obblighi di comunicare ad ANAC inottemperanze riscontrate

Esemplificazione di misure di prevenzione nell'area della contrattualistica pubblica: istruzioni di ANAC

ACCESSO AGLI ATTI E INTERESSE QUALIFICATO DELL'ESPONENTE

Il Consiglio di Stato, con la Sentenza 1121/2022, ha stabilito che sussiste la legittimazione della parte lesa di un comportamento disciplinarmente rilevante – al contempo autrice dell'esposto cui è seguito il procedimento in questione - a richiedere l'accesso agli atti del relativo procedimento disciplinare, avendo verso tali atti un **interesse qualificato** ed essendo inoltre caratterizzata dalla qualità di esponente.

L'art. 24, comma 7, della L. 241/1990 - prevedendo che *"deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici"* - impone infatti al giudice (ndr: investito della questione della legittimazione) di accertare se la conoscenza della documentazione amministrativa richiesta sia potenzialmente utilizzabile a fini di difesa, giudiziale o stragiudiziale, di interessi giuridicamente rilevanti. Dunque, l'autonomia della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, debba verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso, e non anche la ricevibilità, l'ammissibilità o la rilevanza

dei documenti richiesti rispetto al giudizio principale, sia esso pendente o meno.

La situazione prevista dalla norma citata si riflette in maniera diretta nel caso di specie, dove un avvocato ha presentato al Presidente del Consiglio dell'Ordine tre esposti, lamentando la violazione da parte di un altro avvocato di alcune disposizioni del Codice deontologico. A seguito dell'archiviazione del relativo procedimento, il segnalante presentava istanza di accesso volta a conseguire il rilascio di copia integrale di tutti gli atti e documenti concernenti il procedimento, successivamente respinta dal Consiglio Distrettuale di Disciplina, in quanto considerata generica ed attinente esclusivamente al merito della vertenza disciplinare ormai definita. Tuttavia, il ricorrente -come da conferma del Consiglio di Stato- nel caso di specie è portatore di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata agli atti del procedimento disciplinare svoltosi nei confronti del controinteressato sulla base degli esposti da questo presentati. Di conseguenza, secondo il Consiglio di Stato, in situazione simili risulta necessario valorizzare la posizione differenziata del segnalante.

EQUO COMPENSO DEI PROFESSIONISTI E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEGLI ORDINI PROFESSIONALI A TUTELA

Nell'ambito di un procedimento finalizzato all'annullamento di un avviso pubblico ritenuto in contrasto con la normativa sul c.d. "equo compenso", il TAR Campania Napoli, con una recente pronuncia, ha fornito spunti interessanti sulla legittimazione degli Ordini professionali ad agire a tutela non solo di posizioni proprie ma anche di interessi unitari della collettività che è istituzionalmente espressa. La sentenza è pertanto di interesse sia sotto l'ambito soggettivo, sia per le indicazioni fornite sulla materia del compenso equo per i professionisti.

FATTISPECIE

Un Ordine professionale degli avvocati ha chiesto l'annullamento di un avviso pubblico per la costituzione di un elenco di professionisti, ritenendolo in contrasto con la normativa sul c.d. equo compenso prevista dalla L. 247/2012 e dal D.M. 55/2014 in quanto prevedeva che il compenso non avrebbe potuto superare il valore calcolato in relazione ai parametri forensi minimi (c.d. minimo di parametro). Dopo aver inutilmente richiesto di modificare le disposizioni dell'Avviso, ritenute contrastanti con l'art. 13-bis della L. 247/2012, l'Ordine ha chiesto l'annullamento previa sospensione degli effetti facendo leva sul comma 4 del citato articolo secondo cui si considerano vessatorie le clausole contenute nelle convenzioni che determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato. Riteneva l'Ordine che tale situazione si sarebbe verificata nel caso di specie poiché l'Avviso impugnato determinava, in via unilaterale, che il compenso massimo previsto sarebbe stato al massimo pari al c.d. minimo di parametro, mentre, per quanto riguarda l'attività di domiciliazione, determinava in materia arbitraria compensi in misura fissa, forfettaria ed onnicomprensiva.

LEGITTIMAZIONE AL RICORSO DELL'ORDINE PROFESSIONALE

Il TAR Campania-Napoli con sentenza del 18/02/2022, n. 1114 ha premesso alcune considerazioni sulla legittimazione ad agire degli ordini professionali, anche a ripudio dell'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse articolata dalla resistente. In proposito ha richiamato i seguenti principi espressi dalla giurisprudenza:

- gli ordini professionali sono legittimati ad agire per la tutela di posizioni soggettive proprie o di interessi uni-

tari della collettività da loro istituzionalmente espressa, nel secondo caso potendo sia reagire alla violazione delle norme poste a tutela della professione, sia perseguire vantaggi, anche strumentali, riferibili alla sfera della categoria nel suo insieme, con il solo limite derivante dal divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o potestà degli ordini medesimi;

- nel caso di ordini professionali individuati su base territoriale, la legittimazione al ricorso va ricondotta all'ambito territoriale nel quale il provvedimento impugnato è destinato a produrre effetti;
- sussiste la legittimazione dell'Ordine professionale ad agire contro procedure di evidenza pubblica ritenute lesive dell'interesse istituzionalizzato della categoria da esso rappresentata anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto d'interessi fra esso Ordine e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato.

Applicando i suesposti principi al caso in esame, il TAR ha ritenuto sussistente la legittimazione al ricorso dell'Ordine professionale dal momento che:

- esso agisce per la tutela di un interesse istituzionalizzato della categoria, nonostante in concreto i provvedimenti ritenuti lesivi potrebbero anche risultare "vantaggiosi" per singoli professionisti;
- avuto riguardo all'interesse azionato, che è appunto quello di garantire il diritto all'equo compenso all'intera categoria rappresentata, non può negarsi che sussista la legittimazione ad agire in capo all'Ordine, che di tale interesse è portatore.

Secondo il TAR inoltre tale interesse doveva anche considerarsi concreto ed attuale, atteso che oggetto di contestazione era la clausola del bando con cui veniva fissato ex ante il limite ai compensi concretamente erogabili ai professionisti incaricati e che avrebbe precluso la pattuizione di compensi in misura maggiore rispetto alla soglia fissata nella legge di gara, radicando così un interesse effettivo all'impugnazione della previsione in questione.

CONCLUSIONI

Sulla base di tali considerazioni il TAR ha ritenuto che le clausole dell'avviso pubblico non fossero in linea con tale quadro normativo in quanto restringevano i margini per le

trattative individuali ad una fascia tariffaria sempre inferiore a quella ritenuta equa. Deve infatti ritenersi precluso alle amministrazioni l'introduzione di una regola che impedisca sistematicamente a priori il riconoscimento di un corrispettivo da corrispondere ai professionisti incaricati

che sia di importo pari o superiore all'equo compenso. Il TAR ha quindi accolto il ricorso dell'Ordine professionale e annullato l'avviso pubblico contestato, ordinando all'amministrazione di attenersi ai principi sopra illustrati.

COMPENSI, SPESE DI TRASFERTA, MISSIONI E ASSUNZIONE DI ALTRE CARICHE DEI COMPONENTI DEGLI ORDINI PROFESSIONALI DI LIVELLO NAZIONALE: ACCOGLIMENTO DELL'ISTANZA DI ACCESSO A CONTENUTO PLURIMO

Il Consiglio di Stato - con la sent. 990 del 10/02/2022 - ha ritenuto ammissibile un'istanza a contenuto plurimo di accesso civico semplice ex art. 5, comma 1 e di accesso civico generalizzato ex art. 5, comma 2 del D.lgs. 33/2013 ed ha ritenuto che la stessa sia da accogliere se, a prescindere dalla controversa sussistenza di un obbligo di pubblicazione dei documenti richiesti, non sussistono motivi di esclusione dell'accesso civico generalizzato ex art. 5-bis del D.lgs. 33/2013.

La fattispecie è interessante perché ritorna, anche se in maniera indiretta, sull'annosa disputa della pubblicazione dei dati c.d. reddituali pertinenti ai componenti eletti del Consiglio Nazionale Forense.

FATTISPECIE

Nel caso di specie, un avvocato ha presentato istanza di accesso civico sia ex art. 5, commi 1 e 2, del D.lgs. 33/2013, chiedendo, con riferimento ai componenti eletti al Consiglio Nazionale Forense (CNF) l'ostensione della seguente documentazione:

- i compensi percepiti, di qualsiasi natura, connessi all'assunzione della carica;
- gli importi di viaggio di servizio e missioni pagati con fondi del CNF o delle Fondazioni ad esso collegate;
- i dati relativi alla assunzione di altre cariche, all'interno del CNF, delle Fondazioni ad esso collegate o presso altri enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti dal CNF.

A seguito del diniego opposto all'istanza di accesso, la questione è giunta al TAR Lazio, il quale ha giudicato legittimo il diniego di ostensione opposto dal CNF. A seguito di nuova impugnativa presso il Consiglio di Stato, il ricorso contro il diniego alla richiesta di accesso è stato ribaltato e l'appello accolto.

ACCESSO CIVICO A DATI E DOCUMENTI

Il Consiglio di Stato ha rilevato che a prescindere dagli obblighi di pubblicazione che fanno capo al CNF, nel caso di specie l'accesso civico è stato esercitato ai sensi dei commi 1 e 2¹ dell'art. 5 del D.lgs. 33/2013 e quindi si tratta di dati e documenti in relazione ai quali, seppure non sussistesse alcun obbligo di pubblicazione in capo alla P.A., quest'ultima è comunque tenuta a fornirli al richiedente, ove venga fatta nei limiti espressamente sanciti dall'art. 5-bis del citato decreto. Di conseguenza, ai fini della risoluzione della questione, secondo il Consiglio di Stato può prescindere dall'affrontare il problema relativo all'obbligo di pubblicazione dei documenti richiesti da parte del CNF, atteso che vale la considerazione secondo cui la documentazione di cui è chiesta l'ostensione non rientra nei casi in cui è opponibile il diniego ai sensi dell'art. 5-bis del D.lgs. 33/2013.

1. Si ricorda che il comma 2 prevede che "chiunque", senza alcun onere motivazionale, abbia il diritto di accedere ai dati ed ai documenti detenuti dalla P.A., che siano, tuttavia, "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di "obbligo di pubblicazione" ai sensi del D.lgs. 33/2013.

SANZIONI DEL GARANTE PRIVACY: AMMONIZIONE AD UN AVVOCATO PER VIOLAZIONE DELL'ART. 12, PAR. 3, GDPR

Con provvedimento n. 17 del 27 gennaio 2022, il Garante Privacy ha proceduto all'ammonizione per violazione all'art. 12, par. 3 del GDPR² nei confronti di un avvocato, il quale - dopo aver ricevuto regolare istanza di esercizio dei diritti di cui agli artt. 15 e ss. GDPR da parte dell'interessato - non ha riscontrato tempestivamente e ha omesso di comunicare i motivi del ritardo e la richiesta di proroga nel termine previsto di 30 giorni dal ricevimento dell'istanza. Nel procedimento davanti al Garante, il professionista ha prodotto una memoria difensiva, rappresentando i motivi per il quale si è verificato detto ritardo e affermando in particolare che l'istanza di proroga non era stata ufficialmente proposta poiché non era stato preventivato il superamento dei termini della scadenza.

Il Garante, esaminata la memoria difensiva, ha rilevato che il professionista - omettendo di adempiere all'obbligo di informativa del ritardo - ha di fatto unilateralmente prorogato il termine di legge prescritto dalla disposizione normativa, violando così la disposizione di cui all'art. 12, par. 3³ del GDPR. Tuttavia, considerato che la condotta ha esaurito i suoi effetti, che il riscontro all'esercizio dei diritti dell'interessato è stato comunque fornito (sia pur in ritardo) e che il livello del danno subito dall'interessato è apparso di lieve entità, il Garante ha ritenuto di non applicare alcuna sanzione amministrativa pecuniaria, procedendo solo all'**ammonizione** ex art. 58, par. 2, lett. b) del GDPR, per aver violato il citato art. 12, par. 3.

2. Ai sensi del quale "Il titolare del trattamento fornisce all'interessato le informazioni relative all'azione intrapresa riguardo a una richiesta ai sensi degli articoli da 15 a 22 senza ingiustificato ritardo e, comunque, al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta stessa. Tale termine può essere prorogato di due mesi, se necessario, tenuto conto della complessità e del numero delle richieste. Il titolare del trattamento informa l'interessato di tale proroga, e dei motivi del ritardo, entro un mese dal ricevimento della richiesta. Se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, le informazioni sono fornite, ove possibile, con mezzi elettronici, salvo diversa indicazione dell'interessato".

3. La norma di cui all'art. 12, par. 3 del GDPR prevede che il titolare del trattamento fornisca all'interessato le informazioni relative all'azione intrapresa riguardo a una richiesta ai sensi degli artt. da 15 a 22 senza ingiustificato ritardo e, comunque, al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta stessa. Tale termine può essere prorogato di due mesi, se necessario, tenuto conto della complessità e del numero delle richieste. Il titolare del trattamento - qualora intenda attivare il regime di proroga - è tenuto a informare l'interessato anche relativamente ai motivi del ritardo, entro un mese dal ricevimento della richiesta. Tale adempimento è di facile esecuzione, consistendo nella mera comunicazione all'interessato, senza particolari oneri o formalità, dei motivi del ritardo.

ANAC: INDIRIZZI OPERATIVI IN MATERIA DI ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO IN PRESENZA DI PLURIME ISTANZE

Con atto del Presidente del 9 marzo 2022, ANAC - a seguito di una richiesta formulata dal RPCT di un comune di fornire indirizzi operativi circa la condotta da assumere a fronte del ricevimento di **plurime istanze di accesso civico generalizzato**, volte ad un vero e proprio controllo ispettivo sull'attività dell'Ente e tali da comportare un notevole aggravio di lavoro - ha richiamato le indicazioni fornite nella Delibera 1309/2016⁴. Nella citata Delibera viene precisato che qualora l'istanza riguardi un numero manifestamente irragionevole di documenti, tale da imporre un carico di lavoro eccesso (e che influisca quindi sul buon funzionamento dell'amministrazione), la stessa può ponderare, da un lato, l'interesse dell'accesso del pubblico ai documenti e, dall'altro, il carico di lavoro che ne deriverebbe, al fine di salvaguardare l'interesse al buon andamento dell'amministrazione stessa⁵.

Con riferimento ad una fattispecie analoga si è pronunciato anche il Consiglio di Stato⁶, il quale in base ad un'in-

terpretazione letterale dell'art. 1 del D.Lgs. 33/2013 ha ricordato che nonostante la ratio dell'accesso civico generalizzato risieda nel voler favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni d'istituto e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché nella promozione della partecipazione al libero dibattito pubblico, esso non è certamente utilizzabile in modo disfunzionale e non può divenire una causa di intralcio al buon funzionamento della P.A., dovendo in definitiva essere esercitato secondo i canoni di buona fede.

ANAC conferma quindi che è possibile effettuare una valutazione relativa all'utilizzo in buona fede dello strumento dell'accesso civico generalizzato, la quale deve necessariamente svolgersi caso per caso e con prudente apprezzamento, al fine di contemperare gli interessi di cui all'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 33/2013 con il principio di buon andamento della P.A.

4. Avente ad oggetto "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013"

5. Tale orientamento trova diretto riscontro nella Sentenza della CGUE, Tribunale Prima Sezione ampliata, 13 aprile 2005 causa T 2/03.

6. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, Sentenza 13 agosto 2019, n. 5702

OBBLIGHI DI TRASPARENZA

ANAC: TRASPARENZA DI INCARICHI CONFERITI O AUTORIZZATI AI DIPENDENTI DELLA P.A.

Le pubbliche amministrazioni sono tenute alla pubblicazione in formato tabellare degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico (Atto del Presidente del 2 marzo 2022).

Con atto del Presidente del 2 marzo 2022, ANAC - nell'ambito di una verifica svolta su un Comune - ha ribadito che le P.A. sono tenute alla pubblicazione degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico. Ad avviso dell'Autorità la pubblicazione deve avvenire in forma tabellare con indicazione del nominativo del dipendente pubblico e dei dati relativi all'incarico, quali oggetto, durata e compenso previsto.

La pubblicazione in forma tabellare - già suggerita nella Delibera ANAC 1310/2016 - agevola il controllo diffuso

sulla corretta utilizzazione delle risorse pubbliche e facilita l'emersione di eventuali situazioni di conflitto di interessi, con ciò garantendo l'imparzialità e il perseguimento dell'interesse pubblico nello svolgimento dell'incarico, nonché favorendo il principio di rotazione nell'attribuzione di incarichi al personale dipendente.

A completamento, si rammenta che sono oggetto di pubblicazione anche gli incarichi conferiti od autorizzati per i quali non è previsto alcun compenso e che tale trasparenza - stante il tenore letterale dell'art. 18 del D. Leg.vo 33/2013 - si applica sia per gli incarichi relativi a dipendenti *full-time*, sia a dipendenti *part-time*. Non sono, invece, oggetto di disclosure gli incarichi sostenuti con i fondi della contrattazione collettiva, posto che rientrano nel quadro del rapporto di lavoro.

RPCT: OBBLIGHI DI COMUNICARE AD ANAC INOTTEMPERANZE RISCONTRATE

Con atto del Presidente del 16 febbraio 2022, comunicato direttamente al RPCT di un Comune, ANAC ha richiamato il RPCT ad un "più attento e solerte svolgimento dei propri compiti istituzionali" con la finalità di agevolare l'esercizio dei poteri di vigilanza e sanzionatori pertinenti ad ANAC stessa.

In particolare, ANAC ha segnalato la necessità che il RPCT svolga tempestivamente:

- attività di impulso verso i soggetti che, all'interno dell'ente, sono tenuti alla comunicazione di dati e documenti da pubblicarsi obbligatoriamente ai sensi del Decreto Trasparenza;
- comunicati all'autorità con sollecitudine eventuali inottemperanze riscontrate.

L'atto desta un certo interesse poiché evidenzia con chiarezza la posizione di *"trait d'union"* del RPCT che dovrebbe porsi in maniera imparziale rispetto all'ente presso cui è incardinato ma in maniera funzionalmente vicina all'autorità di vigilanza, pronto a condividere con questa gli esiti del proprio monitoraggio e controllo.

Con questa comunicazione appare chiaro come ANAC intenda entrare nel ciclo di compliance dell'ente non soltanto in una fase finale di verifiche ed ispezioni, ma anche in una fase intermedia di controllo di livello 2.

ESEMPLIFICAZIONE DI MISURE DI PREVENZIONE NELL'AREA DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA: ISTRUZIONI DI ANAC

Con atto del Presidente del 9 febbraio 2022, ANAC - nell'ambito della propria attività di vigilanza - ha inoltrato ad un Comune una raccomandazione finalizzata ad integrare il redigendo PTPCT 2022-2024, con misure specifiche per l'area di rischio della contrattualistica pubblica. Tale provvedimento - che delinea misure di prevenzione tipiche e misure di controllo - è interessante perché può essere letto come un'utile *check list* da utilizzare per la verifica della completezza dei propri piani triennali. In particolare, l'Autorità suggerisce l'adozione di misure di prevenzione esemplificative quali:

- utilizzo di elenchi aperti di operatori economici finalizzati ad assicurare il principio di rotazione; tali elenchi devono essere acquisiti con previa fissazione di criteri generali di iscrizione e devono essere divulgati con adeguata pubblicità;
- previsione di procedure interne per la verifica del rispetto del principio di rotazione degli operatori economici presenti negli elenchi della stazione appaltante;
- predeterminazione nella determina a contrarre dei criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare; nel caso di deroga al principio di rotazione la necessità di un onere motivazionale stringente che illustri le ragioni per cui non ci siano alternative praticabili al nuovo affidamento al precedente OE;
- direttive/linee guida interne volte a favorire modalità di affidamento ad evidenza pubblica o un numero di inviti superiore a quanto previsto dalle norme;
- check list di verifica degli adempimenti da porre in essere, anche in relazione alle direttive/linee guida interne adottate, da trasmettersi periodicamente al RPCT;
- obbligo di comunicare al RPCT la presenza di ripetuti affidamenti ai medesimi operatori economici in un dato arco temporale (definito in modo congruo dalla stazione appaltante).

Sotto il profilo del monitoraggio, invece ANAC suggerisce l'adozione - per l'area della contrattualistica pubblica - di una pianificazione annuale di controlli che indichi:

- i processi o le attività su cui insiste il monitoraggio;
- a periodicità del controllo;
- e modalità di svolgimento delle verifiche.

Resta inteso che - in relazione alla fase dei controlli - sarebbe utile una previsione anche degli indicatori di monitoraggio, al fine di verificarne l'esito e di attribuire un livello di idoneità alle misure poste in essere.

Legislazione Tecnica
Area Consulenza

Direzione Generale:
dott.ssa Rosalisa Lancia

Tel. **06.5921743**
email: **consulenza@legislazionetecnica.it**

Orario Segreteria
dal lunedì al venerdì ore 9.15-13 e 14-17.45