

Newsletter **6/2024**

In questa uscita

Anticorruzione

Incarico di Consigliere senza deleghe nel Collegio Regionale dei maestri di sci e incarico di componente del Consiglio comunale: assenza di incompatibilità

Applicabilità della rotazione ordinaria a dirigenti e funzioni apicali: la posizione di ANAC

Enti in liquidazione e sottoposizione agli obblighi di anticorruzione e trasparenza: la posizione di ANAC

Conflitto di interessi e rapporto di parentela in un ente locale: la posizione di ANAC

Privacy

Sanzione Garante privacy per comunicazione della sospensione a soggetti ulteriori rispetto a quelli dell'art. 49, co. 2 DPR 221/1950

Ordini professionali e privacy: il Consigliere non può essere nominato DPO

Ordinamento professionale, deontologia e procedimenti disciplinari

Sostituzione del consigliere di disciplina durante il procedimento: non è necessario rinnovare l'istruttoria o il dibattimento

Appalti e contratti pubblici

Affidamenti a titolo gratuito: legalità, obbligo di motivazione e trasparenza vanno sempre rispettati

Incarico di Consigliere senza deleghe nel Collegio Regionale dei maestri di sci e incarico di componente del Consiglio comunale: assenza di incompatibilità

Con Atto del Presidente del 24 maggio u.s., ANAC, a seguito di una richiesta di parere, ha fornito interessanti chiarimenti in merito alle ipotesi di inconfiribilità e incompatibilità di cui al D.lgs. 39/2013 dei componenti eletti del Consiglio direttivo di un Collegio regionale di maestri di sci.

L'Autorità, in via preliminare, ha ribadito l'obbligo per i consiglieri del collegio di presentare la dichiarazione di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi già all'atto di conferimento, quale condizione di efficacia dell'incarico ai sensi dell'art. 20 D.lgs. 39/2013. Tali dichiarazioni devono essere verificate dall'organo di indirizzo prima del perfezionamento del conferimento dell'incarico e devono essere rinnovate dai consiglieri con cadenza annuale.

Rispetto, poi, alla specifica richiesta di parere, ANAC ha stabilito:

- l'insussistenza, nel caso di specie, di una situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 4 D.lgs. 39/2013 che espressamente dispone il divieto di conferire l'incarico di amministratore dell'ente pubblico a coloro che, nell'anno precedente, abbiano svolto incarichi e ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dall'ente che conferisce l'incarico. Difatti, nella casistica attenzionata, l'incarico di consigliere del Collegio regionale dei maestri di sci risulta privo di deleghe gestionali dirette e pertanto non è ricompreso nella previsione della previsione normativa citata;
- l'inapplicabilità, alla fattispecie esaminata, dell'art. 7,

comma 2, lett. c) D.lgs. 39/2013 ovvero dell'incompatibilità dell'incarico di amministratore di ente pubblico di livello comunale per coloro che nei due anni precedenti sono stati componenti nella giunta o nel consiglio dell'ente che conferisce l'incarico nonché per coloro che sono stati presidenti o amministratori delegati degli enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province o comuni della stessa regione; anche tale incompatibilità non è ravvisabile per assenza di deleghe gestionali dirette ai Consiglieri del Collegio regionale, anche se già componenti del Consiglio comunale;

- l'inapplicabilità, alla fattispecie esaminata, dell'incompatibilità di cui all'art. 11, comma 2, lett. b) D.lgs. 39/2013 ovvero tra coloro che ricoprono incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni regionali e coloro che ricoprono la carica di componente della giunta di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti; anche in questo caso il criterio che determina l'esclusione della situazione di incompatibilità è l'assenza di deleghe gestionali dirette in capo ai Consiglieri.

In esito a quanto sopra l'ANAC, nel caso sottoposto alla sua attenzione, ha rilevato l'assenza di profili di criticità nel cumulo dell'incarico di Consigliere del Collegio regionale dei maestri di sci e di componente del Consiglio comunale stante l'assenza di deleghe gestionali che, pertanto esclude la riconducibilità ai consiglieri di attività amministrative e gestorie ad alto rischio, in conformità alla normativa anticorruzione.

Applicabilità della rotazione ordinaria a dirigenti e funzioni apicali: la posizione di ANAC

Con Atto del Presidente del 5 giugno u.s., ANAC ha fornito propri chiarimenti in merito all'applicabilità della misura della rotazione ordinaria al Direttore generale di un'Università, confermando l'applicabilità della misura anche agli incarichi di dirigente e funzionario apicale nell'ottica di garantire la prevenzione dei fenomeni di corruzione nell'affidamento degli incarichi.

Per tali figure, tuttavia, l'Autorità ha chiarito che la misura della rotazione deve essere temperata con le peculiarità e il carattere fiduciario che connota le relative funzioni, avuto riguardo alle specifiche disposizioni normative tra cui il decreto rettorale 1257/2022, e su tale chiarimento ha concluso che, laddove la misura della rotazione non fosse applicabile, l'ente sarebbe tenuto a individuare e predisporre misure alternative idonee a soddisfare le esigenze di prevenzione.

Tale orientamento è rinvenibile nell'Allegato 2 al PNA 2019 che, tra le altre cose, fornisce indicazioni operative funzionali idonee ad assicurare una corretta attuazione della misura della rotazione, in conformità all'art. 1 co. 5 lett. b) L. 190/2012 secondo cui le amministrazioni devono garantire procedure appropriate per selezionare e formare i dipendenti che operano in settori particolarmente esposti a rischio corruttivo prevedendo la rotazione degli incarichi di dirigenti e funzionari, sotto il controllo e la verifica dell'effettiva attuazione della misura da parte del RPCT (comma 10, lett. b).

La *ratio* sottesa alla misura della rotazione ordinaria si ravvisa nella necessità di garantire l'imparzialità delle funzioni, prevenendo le influenze derivanti da pressioni esterne e l'assunzione di decisioni non imparziali derivanti da rapporti intercorrenti tra gli stessi utenti per un lungo periodo di tempo; a tal riguardo, l'Allegato 2 al PNA:

- definisce la misura della rotazione quale strumento volto alla tutela dell'interesse generale, ovvero la garanzia della prevenzione dei fenomeni di corruzione e cattiva amministrazione, senza alcuna valenza punitiva o sanzionatoria;
- raccomanda non solo l'inserimento nel PTPCT di un'adeguata programmazione della misura della rotazione, ma anche la determinazione di criteri oggettivi al fine di limitare la discrezionalità dell'organo di indirizzo nell'affidamento degli incarichi, in conformità al principio di autonomia dei dirigenti.

Rispetto poi alla durata degli incarichi, ANAC -sempre con atto del Presidente del 5 giugno u.s.- ritiene sia più idonea fissarla al limite minimo legale per rispondere all'esigenza di imparzialità.

Enti in liquidazione e sottoposizione agli obblighi di anticorruzione e trasparenza: la posizione di ANAC

Con Atto del Presidente del 5 giugno u.s. ANAC – a seguito di richiesta di parere- ha ribadito l'applicabilità della disciplina anticorruzione e trasparenza agli enti pubblici sottoposti a gestione commissariale liquidatoria.

L'Autorità, nel riportarsi a quanto espressamente disciplinato nella Delibera n. 1134/2017, ha rappresentato che la società sottoposta a gestione commissariale liquidatoria -nelle more della procedura di liquidazione la cui estinzione non è immediata- continua ad operare e ad espletare la propria attività con l'utilizzo delle risorse pubbliche per lo svolgimento di servizi di pubblico interesse di cui al proprio oggetto sociale.

Pertanto, poiché è di chiara evidenza che le procedure liquidatorie non determinano un'immediata estinzione della società, risulta ovvio che durante il periodo della liquidazione le società controllate devono comunque nominare il RPCT e continuare ad adottare tutte le misure di prevenzione ritenute necessarie per l'adempimento degli obblighi in materia di anticorruzione e trasparenza; anzi,

in considerazione della delicatezza e peculiarità della fase liquidatoria, ANAC suggerisce maggiore attenzione nella mappatura dei processi riguardanti l'impiego delle risorse, i pagamenti, l'affidamento dei contratti d'appalto e ai processi relativi alla procedura liquidatoria stessa.

Con riguardo all'applicazione, nel dettaglio, degli obblighi di trasparenza ANAC ribadisce che, a valle della Determinazione n. 241/2017, nel caso di società in liquidazione o commissariate, i soggetti incaricati o i commissari straordinari svolgenti attività gestorie e/o di amministrazione sono obbligati al rispetto degli obblighi di trasparenza stabiliti dall'art. 14 D.lgs. 33/2013, fermi restando i casi in cui l'incarico viene assunto a titolo gratuito.

ANAC, infine, rammenta che chiarimenti sull'applicabilità della normativa anticorruzione e trasparenza agli enti in liquidazione sono anche reperibili nella FAQ n. 9 in materia di trasparenza – Sezione "Ambito soggettivo di applicazione della trasparenza a Società ed enti di diritto privato (art.2 bis, D.lgs. 33/2013)".

Conflitto di interessi e rapporto di parentela in un ente locale: la posizione di ANAC

Con Atto del Presidente del 12 giugno u.s., ANAC -in esito ad una richiesta di parere di un ente locale- ha evidenziato la sussistenza di conflitto di interessi relativa a due dipendenti legati da un rapporto di parentela, di cui uno titolare di posizione organizzativa e l'altro istruttore tecnico della medesima area.

L'Autorità ha rappresentato che, sebbene non sussista un regime che individui cause di incompatibilità nelle relazioni familiari tra capi e sottoposti (titolare di P.O./ Istruttore Tecnico), permangono dubbi sull'opportunità per un ente locale di consentire un assetto organizzativo che preveda nel medesimo ufficio due fratelli, di cui uno sottoposto all'altro.

Prima di affrontare la richiesta di parere in concreto, ANAC ha inquadrato la fattispecie del conflitto di interessi e, come da PNA 2019, ha indicato che si configura tale situazione quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio sono adottate da un pubblico funzionario che, direttamente o indirettamente, ha interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico alla cui cura è preposto; in particolare, aggiunge ANAC, l'interesse privato potrà essere di natura economica oppure derivare da specifici legami di parentela e affinità con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa. In questi casi, la situazione di conflitto di interesse deve essere attenzionata poiché, privilegiando il perseguimento di interessi privati anziché il soddisfacimento dell'interesse pubblico, si pone in contrasto con i principi di buon andamento e imparzialità dell'azione della PA.

ANAC, successivamente, ha ripercorso i principi di prevenzione e tutela dell'imparzialità dell'azione amministrativa ricordando il dovere di astensione e gli obblighi dichiarativi, ovvero che:

1. il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare pareri, valutazioni tecniche ed il provvedimento finale, devono astenersi e segnalare la situazione di conflitto di interessi, anche potenziale, in cui versano (art. 6 bis L. 241/1990);
2. il dipendente deve astenersi dall'adozione di decisioni o dallo svolgimento di attività nel caso in cui si trovi in una situazione di conflitto di interessi propri ovvero di parenti e/o affini entro il secondo grado, del coniuge o dei conviventi (art. 7 D.P.R. 62/2013);
3. il dirigente, o coloro che svolgono temporaneamente la funzione di direzione di un ufficio, prima di assumere le relative funzioni, devono dichiarare la presenza di parenti e/o affini entro il secondo grado, coniuge o convivente esercenti attività politiche, professionali o economiche o coinvolti nei poteri decisionali o nelle attività dell'ufficio che dovranno dirigere (art. 13 D.P.R. 62/2013).

Rispetto alla specifica richiesta di parere, ANAC ha ricostruito la fattispecie muovendo da due dati oggettivi e cioè:

- da una parte, vi sono due fratelli nel medesimo ufficio, di cui uno titolare di una posizione organizzativa e l'altro istruttore tecnico, circostanza questa che si traduce in un rapporto tra i due di natura gerarchica;
- dall'altra parte, il titolare di posizione organizzativa nell'ambito delle proprie mansioni ed attività ha proceduto a nominare la sorella, istruttore tecnico, come Presidente di commissione esaminatrice di una procedura ad evidenza pubblica.

Rispetto a tale ricostruzione, ANAC ha prioritariamente evidenziato che il rapporto di parentela tra capi e sottoposti non riconduce ad una specifica fattispecie di incompatibilità non essendoci norme che considerano la parentela come elemento di conflittualità; a tale specifico riguardo, infatti, ricorda ANAC che lo stesso Legislatore ha previsto l'obbligo di astensione come misura efficace in simili casi. Pur tuttavia, secondo l'Autorità la circostanza che tra i due vi sia un rapporto gerarchico e soprattutto la circostanza che il titolare di P.O. abbia nominato la sorella nel ruolo di Presidente genera una condizione di non completa imparzialità che benché non elevabile a situazione di incompatibilità porta comunque a ritenere sussistente il conflitto di interessi.

A fronte di quanto sopra, ANAC ha concluso escludendo l'incompatibilità ma segnalando che la fattispecie in esame avrebbe dovuto essere gestita con maggiore prudenza sia da parte dei diretti interessati (mediante il dovere di astensione) sia da parte dell'Amministrazione di appartenenza che avrebbe dovuto -e dovrà per il futuro- adottare presidi di prevenzione e di trasparenza tesi ad evitare tali circostanze.

Nello specifico, riguardo ai fratelli, ad avviso di ANAC sarebbe stato sufficiente che il titolare di P.O. si fosse astenuto da tutte quelle attività, decisioni, valutazioni che avrebbero prodotto un beneficio/nocumento – diretto o indiretto – alla sorella a lui sottoposta e che, analogamente, al sorella avrebbe dovuto considerare le circostanze nelle quali astenersi per evitare ogni posizione di conflitto e condizionamento.

Riguardo l'Amministrazione, invece, a parere dell'Autorità, è evidente che la presenza, nel medesimo assetto organizzativo, di due fratelli di cui uno sottoposto all'altro generi una situazione "boarderline" che l'Amministrazione sarebbe stata tenuta ad attenzionare e gestire essendo essa il soggetto obbligato a mettere in atto le misure declinate nel Codice di comportamento. A tale ultimo ri-

guardo, l'ente -secondo ANAC- deve rafforzare meccanismi di prevenzione e pertanto intensificare le misure di trasparenza sulle scelte adottate e prevedere che venga trasferito ad altri il potere decisionale quando si versi in situazioni idonee a generare conflitti.

Trasponendo questi principi alla fattispecie esaminata, secondo ANAC l'individuazione del Presidente della Commissione esaminatrice della procedura ad evidenza pubblica avrebbe richiesto l'astensione del fratello titolare di P.O. e la conseguente attribuzione delle funzioni ad altro funzionario o al Segretario generale; se questa misura non fosse stata percorribile, sarebbe stato opportuno potenziare la trasparenza della procedura di nomina della commissione esaminatrice inserendo una motivazione chiara e precisa circa i criteri e le ragioni della scelta.

Alla luce di quanto ricostruito, l'Autorità ha invitato il Segretario generale ad effettuare un controllo di secondo livello sull'atto di nomina della Commissione e di provvedere all'adozione delle specifiche misure di prevenzione volte alla tutela dell'imparzialità della PA, nonché di provvedere alla revisione del proprio assetto organizzativo al fine di evitare possibili interferenze tra il personale legato da rapporti di parentela.

Sanzione Garante privacy per comunicazione della sospensione a soggetti ulteriori rispetto a quelli dell'art. 49, co. 2 DPR 221/1950

Con provvedimento del 22 febbraio u.s., il Garante privacy, in esito ad un procedimento ispettivo, ha sanzionato un ordine professionale per trattamento illecito di dati personali di un professionista iscritto; specificatamente, l'Ordine avrebbe inviato la delibera di sospensione del professionista -conseguente al mancato possesso del requisito vaccinale anti Covid- a diversi soggetti pubblici in violazione degli artt. 5, par. 1, lett. a), 6, par. 1, lett. c) ed e), e parr. 2 e 3, lett. b), del Regolamento UE 2016/679, nonché dell'art. 2-ter D.lgs. 196/2003 ed in assenza di base giuridica.

Lasciando da parte la ratio e la normativa relativa alla sospensione ex DL 44/2021, l'elemento interessante della fattispecie esaminata dal Garante è la comunicazione ad enti terzi del provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 49, co. 2 del DPR 221/1950 e in particolare la possibilità -per l'Ordine- di inoltrare il provvedimento di sospensione a soggetti ulteriori rispetto a quelli specificati dalla citata previsione.

Nel caso di specie -sulla base di valutazioni di opportunità e contingenti- il provvedimento di sospensione veniva comunicato dall'Ordine anche al Sindaco e il Questore della città nonché all'Assessore Regionale alla Sanità sul presupposto poi indicato dall'Ordine durante l'istruttoria che "il coinvolgimento delle altre autorità non ricomprese negli articoli 2 e 49 del D.P.R. n.221/1950 era dettato dalla necessità di comunicare siffatta informazione anche alle Istituzioni preposte al controllo della pandemia (...), tale compito era percepito dall'Ente quale adempimento necessario allo svolgimento di un compito dispiegato per l'esercizio di pubblici poteri, attribuiti all'Ordine [...]"

La comunicazione a soggetti ulteriori tuttavia non può essere giustificata da tale riflessione.

Secondo il Garante Privacy, infatti, "la comunicazione a tali soggetti dell'intervenuta sospensione esula certamente dall'ambito di applicazione dell'art. 49, comma 2, del d.P.R.

5 aprile 1950, n. 221" e neanche si rinviene, nel pur complesso panorama normativo afferente all'obbligo vaccinale, un'idonea disposizione (configurante pertanto base giuridica o motivo idoneo alla diffusione ai sensi del GDPR) che espressamente prevedeva la comunicazione del provvedimento di sospensione ai soggetti in questione.

Alla luce di tale considerazione, il Garante ha ritenuto che l'Ordine, effettuando la comunicazione di dati personali in questione a soggetti non individuati dalla normativa di riferimento, abbia agito in maniera non conforme al principio di "liceità, correttezza e trasparenza" e in assenza di base giuridica, in violazione degli artt. 5, par. 1, lett. a) e 6, par. 1, lett. c) ed e), e parr. 2 e 3, lett. b), del Regolamento, nonché 2-ter del Codice Privacy

L'Ordine, pertanto, è stato sanzionato e ingiunto al pagamento di una somma di euro 5000 e il provvedimento è stato pubblicato sul sito web del Garante ai sensi dell'art. 166, comma 7, del Codice Privacy.

La commisurazione della sanzione in euro 5000, in luogo della più grave sanzione fino a 20.000 euro, è stata dovuta alle seguenti circostanze:

- la violazione ha riguardato i dati personali relativi a un solo interessato;
- la condotta ha carattere colposo, avendo l'Ordine agito in buona fede, nella convinzione che la comunicazione dei dati personali fosse necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e per la tutela della salute pubblica;
- la condotta ha avuto luogo nel contesto emergenziale dovuto alla pandemia da Covid-19, caratterizzato da un quadro normativo complesso ed in continua evoluzione;
- il buon livello di cooperazione offerto dall'Ordine durante l'istruttoria e l'insussistenza di precedenti violazioni

che hanno indotto il Garante a valutare come "basso" il livello di gravità della violazione commessa.

Ordini professionali e privacy: il Consigliere non può essere nominato DPO

Con provvedimento del 22 febbraio u.s. il Garante Privacy, a seguito di istruttoria conseguente ad un reclamo, oltre a sanzionare un ordine delle professioni sanitarie per violazione della normativa di privacy connessa ad un trattamento illecito, ha fornito un'importante e chiara indicazione a proposito dell'obbligo degli ordini e collegi professionali di nominare un proprio RPD/DPO e di pubblicarne i dati di contatto sul proprio sito istituzionale e ha, inoltre, indicato che la figura del RTD/DPO va individuata in maniera tale da prevenire rischi di conflitto di interesse e consentire lo svolgimento del proprio incarico in maniera appropriata.

In via preliminare, il Garante ha stabilito in maniera netta che gli Ordini sono tenuti alla nomina del DPO in quanto la normativa in materia di protezione dei dati prevede che la designazione dello stesso sia sempre dovuta da parte di un'"autorità pubblica" o di un "organismo pubblico" (art. 37, par. 1, lett. a), del Regolamento UE 2016/679).

A tal riguardo, il Garante non ha recepito quanto affermato dall'Ordine in sede di memorie difensive secondo cui *"si precisa poi che l'OMV non è tenuto a fornirsi di RPD, non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui all'art. 37 del [Regolamento]. E invero la definizione di "autorità pubblica o organismo pubblico" di cui alla lettera a) dell'art. 37 non può certamente riferirsi agli Ordini Professionali che, come ormai riconosciuto dalla giurisprudenza possono essere definiti come "enti pubblici non economici di natura associativa"* e ha concluso per la nomina obbligatoria del RPD/DPO negli ordini con conseguente pubblicazione dei dati di contatto sul sito istituzionale, e non su social o canali diversi. L'indicazione del Garante è importante perché mette un definitivo sigillo alla questione interpretativa sulla qualificazione degli ordini come organismi di diritto pubblico, qualificazione peraltro ben riscontrabile posto che gli Ordini professionali posseggono tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per essere inquadrati come tali.

Rispetto invece al soggetto cui affidare l'incarico di RPD/DPO, il Garante rammenta che il RPD/DPO può svolgere altre funzioni a condizione che non diano adito a conflitti di interessi con conseguente impossibilità di assunzio-

ne di un ruolo comportante la definizione delle finalità o modalità del trattamento di dati personali all'interno dell'organizzazione. Rispetto a tale indicazione il Garante, anche facendo leva sulle Linee guida sui responsabili della protezione dei dati (adottate dal Gruppo di lavoro articolo 29 il 13 dicembre 2016, nella versione emendata il 5 aprile 2017) ha ritenuto non conforme il conferimento di incarico di RPD/DPO ad un consigliere dell'Ordine; secondo il Garante infatti *"(...) un RPD non può rivestire, all'interno dell'organizzazione del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, un ruolo che comporti la definizione delle finalità o modalità del trattamento di dati personali. Si tratta di un elemento da tenere in considerazione caso per caso guardando alla specifica struttura organizzativa del singolo titolare del trattamento o responsabile del trattamento"*. Posto che il Consigliere è parte dell'organo di indirizzo dell'ente ovvero del Consiglio direttivo, al consigliere è demandata la definizione delle finalità o modalità del trattamento dei dati personali, circostanza questa che genera conflittualità nello svolgimento dell'incarico di RPD/DPO.

In considerazione della ricostruzione sopra esposta, il Garante, nel merito, ha sanzionato l'omessa pubblicazione e la comunicazione tardiva all'Autorità dei dati di contatto del RPD, nonché la designazione quale RPD di un soggetto in situazione di conflitto d'interesse che altresì ha preso parte, in quanto membro del Consiglio Direttivo dell'Ordine, alla riunione che ha disposto la sua designazione.

La sanzione conseguente al rilievo, ai sensi dell'art. 83, par. 3 del Regolamento è stata attenuata dal ridotto dimensionamento dell'Ordine (che annovera un esiguo numero di iscritti), dal contesto caratterizzato da notevoli problematiche e incertezze connesse al periodo emergenziale dovuto alla diffusione del virus Covid-19 e dal buon livello di cooperazione con l'Autorità nel corso dell'istruttoria e l'insussistenza di precedenti violazioni pertinenti commesse dall'Ordine.

L'omessa comunicazione dei dati di contatto del RPD e la ricorrenza di situazioni di conflitto di interessi sono state qualificate violazione di media gravità con la comminazione di una sanzione di importo pari a € 5.000,00.

Sostituzione del consigliere di disciplina durante il procedimento: non è necessario rinnovare l'istruttoria o il dibattimento

Con la sentenza n. 66 del 13 marzo u.s. il CNF – Consiglio Nazionale Forense ha chiarito un punto spesso controverso del procedimento che si celebra davanti all'organo di disciplina degli Ordini e Collegi territoriali, ovvero la prosecuzione del giudizio successivamente alla sostituzione di un consigliere di disciplina. In via prudenziale, infatti, la prassi ha spesso suggerito che in questi casi il procedimento -pur essendo giunto alla conclusione e prossimo alla sua definizione- avrebbe dovuto essere rinnovato quanto alla fase istruttoria sia per permettere al consigliere sostituito di avere una conoscenza dei fatti e un ruolo attivo nella valutazione degli elementi di prova sia e soprattutto per consentire all'incolpato di fare affidamento su un consigliere di disciplina che fosse perfettamente consapevole della fattispecie deontologica in trattazione.

Il CNF, contrariamente a quanto anche accade, ha ritenuto che la sostituzione di un consigliere della sezione disciplinare in corso di procedimento non comporti la rinnovazione dell'istruttoria e del dibattimento posta l'inapplicabilità dell'art. 525 cpp al procedimento disciplinare celebrato dagli organi disciplinari presso gli ordini. Ed infatti, argomenta il CNF, il procedimento dinanzi al consiglio di disciplina è pacificamente ritenuto procedimento di natura

amministrativa e, su tale assunto, a questo non sono applicabili le norme stabilite dal codice di procedura penale in tema di immodificabilità del collegio giudicante.

In questi termini, attesa l'applicazione della L. 241/1990 ai procedimenti deontologici, si è anche espressa la Corte di cassazione che in più occasioni ha ritenuto non compatibile con i procedimenti disciplinari la previsione processualpenalistica secondo cui *"alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento"*.

In particolare, la Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 19526 del 23 luglio 2018) ha così argomentato: *"...La sostituzione della persona fisica del relatore è ininfluenta sia che avvenga nella fase precedente a quella incardinata con la citazione per il giudizio disciplinare, attesa la sua autonomia rispetto alla seconda, sia che avvenga nella seconda fase, tenuto conto che, stante la natura amministrativa del procedimento innanzi al Consiglio territoriale, non trova applicazione il principio dell'immodificabilità dei membri del collegio giudicante, e non potendosi configurare pertanto alcuna ipotesi di violazione di diritto di difesa"*.

Affidamenti a titolo gratuito: legalità, obbligo di motivazione e trasparenza vanno sempre rispettati

Con comunicato del Presidente del 5 giugno u.s. ANAC ha fornito importanti indicazioni circa la disciplina applicabile agli affidamenti dei contratti a titolo gratuito.

Come noto, l'art. 13, comma 2, del Codice dei Contratti ha espressamente escluso i contratti a titolo gratuito dall'ambito di applicazione del Codice, tuttavia, l'Autorità ha evidenziato la necessaria applicabilità, anche a tali contratti, dei principi generali che regolano l'operato delle stazioni appaltanti nelle procedure ad evidenza pubblica e nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

In particolare, l'Autorità chiarisce che non può prescindere dall'applicazione dei principi di legalità, trasparenza, concorrenza nonché dall'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3 L. 241/1990.

Rispetto al principio di legalità, l'Autorità evidenzia che è fatto divieto alla stazione appaltante contrattare:

- con l'operatore economico per il quale siano stati accertati i fatti causa di esclusione ai sensi dell'art. 94 del Codice dei contratti, ovvero le cause di esclusione "automatiche" (sentenza penale definitiva di condanna, etc.) al fine di tutelare la fiducia del cittadino nell'attività realizzata dalla PA;
- con l'operatore economico per il quale siano stati accertati i fatti causa di esclusione ai sensi dell'art. 95 del Codice dei contratti, ovvero le cause di esclusione "non automatiche", specificamente la disciplina di cui all'art. 95, comma 1, lett. b che preclude l'affidamento nel caso in cui l'operatore economico versi in una situazione di conflitto di interessi.

L'Autorità evidenzia che l'accertamento del motivo di esclusione dell'operatore economico deve essere svolto in concreto, caso per caso, dalla stazione appaltante.

Rispetto poi all'obbligo di motivazione, l'Autorità ribadisce l'importanza dell'indicazione chiara e precisa da parte della stazione appaltante, negli atti propedeutici all'affidamento, delle ragioni alla base dello stesso esplicitando l'interesse pubblico sotteso alla prestazione resa e l'effettivo vantaggio conseguito; nonché la valutazione della competenza, affidabilità e adeguatezza dell'operatore economico in relazione alla prestazione da eseguire, in favore dell'amministrazione, a titolo gratuito.

ANAC, infine, ha evidenziato che anche per i contratti a titolo gratuito devono essere garantite appropriate forme di trasparenza al fine di rendere conoscibile l'operato della PA nella gestione ed attuazione di tali affidamenti ed in particolare, ha previsto l'obbligo di pubblicazione nella sezione Amministrazione Trasparente sottosezione "bandi di gara e contratti" delle informazioni relative alla struttura proponente, all'oggetto dell'affidamento, dell'affidatario/assegnatario, nonché degli estremi della decisione di dare avvio alla procedura.

Le indicazioni pervenute da ANAC evidenziano la necessità da parte della stazione appaltante, per qualunque affidamento, di provvedere all'accertamento della sussistenza dei requisiti a contrattare in capo all'affidatario, della par condicio degli offerenti, dell'adeguatezza della prestazione resa e dell'insussistenza di potenziali conflitti di interesse con l'operatore economico al fine di garantire il rispetto dei principi generali di legalità, trasparenza e concorrenza.

Legislazione Tecnica
Area Consulenza

Direzione Generale:
dott.ssa Rosalisa Lancia

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

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