

Newsletter **7/2022**

In questa uscita

Procedimento disciplinare professionisti

Divieto di doppio mandato e applicazione al consigliere di disciplina

Illecito accaparramento della clientela e pubblicazione on line del fac-simile di procura alle liti per la partecipazione ad una class action

Applicazione del nuovo codice deontologico anche ai procedimenti in corso se più favorevole all'incolpato

Privacy e tutela dei dati personali

Sanzione del Garante Privacy in tema di Whistleblowing

Anticorruzione

ANAC: Incompatibilità tra incarico di Presidente di Camera di Commercio e quello di Presidente del CdA di ente fieristico dello stesso territorio

ANAC: Recenti indicazioni sulla misura della rotazione straordinaria

Contratti pubblici

ANAC: Affidamento di servizi a soggetti in house

ANAC: Indicazioni per la predisposizione di misure di prevenzione e controllo in tema di Contrattualistica pubblica

Obblighi di trasparenza

Attestazione OIV sull'assolvimento degli obblighi di trasparenza - ANAC: pubblicate le griglie di monitoraggio ad integrazione della Delibera 201/2022

Divieto di doppio mandato e applicazione al consigliere di disciplina

Ai Consiglieri di disciplina non si applica il limite del doppio mandato, come invece accade per le cariche del Consiglio direttivo degli Ordini. A tale conclusione si giunge dalla lettura testuale dell'art. 8 del DPR 137/2012¹ che nel delineare i principi generali del procedimento disciplinare nelle professioni regolamentate non detta limiti in merito al rinnovo dell'incarico. Peraltro, dalla lettura di differenti regolamenti adottati dagli Ordini di livello nazionale in attuazione dell'art. 8 citato², non si evince la previsione

di un limite ai mandati dell'organo disciplinare. I criteri di eleggibilità dei Consiglieri, infatti, sono codificati dalla regolamentazione di ciascuna professione e sono di norma collegati all'anzianità di iscrizione all'albo, alla sussistenza di criteri di onorabilità, all'indipendenza dell'organo disciplinare dall'organo direttivo, all'assenza di sanzioni disciplinari. La ripresentazione della candidatura a consigliere di disciplina, pertanto, non essendo motivo di esclusione dai criteri di eleggibilità è consentita.

Illecito accaparramento della clientela e pubblicazione on line del fac-simile di procura alle liti per la partecipazione ad una class action

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7501/2022, hanno chiarito la portata applicativa dell'art. 37 del Codice Deontologico Forense (CDF), precisando che la pubblicazione online sul sito web di una copia facsimile della procura alle liti al fine di invitare potenziali clienti interessati a ricorrere in giudizio nei confronti di una azienda determinata, integra l'illecito deontologico dell'accaparramento di clientela sanzionato dal Codice. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che la pubblicazione del facsimile della procura e il modulo di adesione, accompagnati dall'invito ad aderire alla class

action contro l'azienda, sono assimilabili ad un'offerta non richiesta rivolta a potenziali interessati per uno specifico affare; la Corte ha assimilato il sito web a "luogo di lavoro, di riposto, di svago e in generale in luoghi pubblici o aperti al pubblico" (cfr. art. 37, co. 4 CDF)³ e anzi ha ritenuto che il mezzo di diffusione dell'offerta -ovvero il sito web- consente una conoscenza estremamente ampia e indeterminata della proposta e consente di raggiungere un pubblico dei destinatari molto vasto, in quanto costituito dalla generalità dei visitatori del sito web.

1. Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali, a norma dell'articolo 3, comma 5, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148.

2. Art. 8, co. 8 - " (...) Per la ripartizione delle funzioni disciplinari ed amministrative tra i consiglieri, in applicazione di quanto disposto al periodo che precede, i consigli nazionali dell'ordine o collegio adottano regolamenti attuativi, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, previo parere favorevole del ministro vigilante".

3. L'art. 37, comma 4, CDF prevede che "è vietato offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico"

Applicazione del nuovo codice deontologico anche ai procedimenti in corso se più favorevole all'incolpato

Con sentenza n. 13168 del 17 maggio u.s., la Cassazione a Sezioni Unite -in applicazione del criterio del favor rei ex art. 65, co. 5 L. 247/2012- ha stabilito che le norme contenute nel nuovo codice deontologico forense, approvato il 31 gennaio 2014, si applicano ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato. In esito a questo principio, l'individuazione del regime giuridico più favorevole all'incolpato non può essere svolta in astratto ma deve tenere conto della

vicenda disciplinare in concreto e deve tenere conto di tutte le conseguenze che potrebbero derivare dall'integrale applicazione di ciascuna delle due normative al caso concreto. La Corte inoltre specifica che, una volta individuata la disciplina favorevole, questa deve essere applicata integralmente e va esclusa la possibilità di "combinare" la vecchia e la nuova normativa, poiché si darebbe vita ad una terza disciplina derivante dall'applicazione di parti dell'una e parti dell'altra norma deontologica.

Sanzione del Garante Privacy in tema di Whistleblowing

Il Garante per la protezione dei dati personali, nell'ambito di un ciclo di attività ispettive con riferimento alla gestione dei sistemi di whistleblowing⁴, ha sanzionato un'azienda ospedaliera⁵ e una società informatica⁶ che gestiva -sotto il profilo informatico- il servizio per la denuncia di presunte attività corruttive o altri comportamenti illeciti all'interno dell'ente.

La società informatica, in qualità di responsabile del trattamento, forniva all'azienda ospedaliera l'applicazione web di whistleblowing⁷.

In particolare, dai controlli effettuati, sono emerse diverse violazioni del GDPR:

- l'accesso all'applicazione web di whistleblowing avveniva attraverso sistemi che, non essendo stati correttamente configurati, registravano e conservavano i dati di navigazione degli utenti, tanto da consentire l'identificazione di chi la utilizzava, tra cui i potenziali segnalanti;
- la struttura sanitaria:
 - » non aveva poi provveduto a informare preventivamente i lavoratori in merito al trattamento dei dati

personali effettuato per finalità di segnalazione degli illeciti;

» non aveva effettuato una valutazione di impatto privacy;

» non aveva neppure inserito tali operazioni nel registro delle attività di trattamento, strumento utile per valutare i rischi per i diritti e le libertà degli interessati;

- la società informatica si era a sua volta avvalsa di un fornitore esterno per il servizio di hosting dei sistemi che ospitavano l'applicativo senza dare specifiche istruzioni sul trattamento dei dati degli interessati e senza darne notizia alla struttura sanitaria.

Il Garante, considerato anche l'atteggiamento collaborativo da parte della società informatica e dell'azienda ospedaliera durante il corso dell'istruttoria, ha comminato ad entrambe una sanzione di 40.000 euro, concedendo alla società informatica 30 giorni per adeguare il rapporto con il fornitore del servizio di hosting alla normativa sulla protezione dei dati personali.

4. I quali devono garantire la massima riservatezza dei dipendenti e delle altre persone che presentano segnalazioni di condotte illecite

5. Cfr. Ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda ospedaliera del 7 aprile 2022

6. Cfr. Ordinanza ingiunzione nei confronti di società informatica. del 7 aprile 2022

7. Con riferimento alle procedure informatizzate e tradizionali per la modalità di gestione delle segnalazioni, cfr. Delibera ANAC 469/2021, Parte seconda, par. 2.2.

ANAC: Incompatibilità tra incarico di Presidente di Camera di Commercio e quello di Presidente del CdA di ente fieristico dello stesso territorio

Con Delibera n. 256 del 18 maggio u.s. ANAC, in esito ad un procedimento di vigilanza, ha disposto che non si può ricoprire contemporaneamente l'incarico di presidente della Camera di Commercio e quello di presidente del CdA di un ente fieristico dello stesso territorio, controllato dalla medesima Camera di Commercio.

L'Autorità, muovendo dalla norma dell'art. 11, co. 3, lett. c) del d.lgs. 39/2013 secondo cui "(...) *gli incarichi di amministratore di ente pubblico di livello provinciale o comunale*" siano "incompatibili con la carica di componente di organi di indirizzo negli enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione abitanti della stessa regione" ha ritenuto che la Camera di Commercio sia qualificabile come un ente pubblico di livello provinciale (ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. b) del d.lgs. n. 39/2013) e l'ente fieristico come un ente di diritto privato in controllo pubblico (in applicazio-

ne dell'art. 1, co. 2, lett. c) del d.lgs. n. 39/2013) con ciò configurando perfettamente la fattispecie di incompatibilità prevista normativamente.

La difesa del Presidente in questione, basata essenzialmente sulla natura dei propri poteri di amministratore -che sarebbe stata circoscritta ad attività meramente ordinarie e di impulso e non afferente alla gestione finanziaria, tecnica e amministrativa dell'ente in controllo- non è stata ritenuta sufficiente da ANAC ad eliminare l'incompatibilità; secondo l'Autorità, infatti, il potere attribuito alla giunta camerale di deliberare sugli atti che incidono sulla gestione, modifica, estinzione delle partecipazioni e all'esercizio di diritti dell'ente in qualità di azionista nelle società partecipate, tra le quali rientra proprio l'ente fieristico in questione, è rilevante e determinante ai fini della sussistente incompatibilità che neanche può essere risolta con la mera astensione del presidente della Camera di Commercio dalle deliberazioni riguardanti la società partecipata.

ANAC: Recenti indicazioni sulla misura della rotazione straordinaria

Con Atto del Presidente del 3 maggio 2022, ANAC - all'esito di un procedimento di vigilanza verso un Comune - ha fornito raccomandazioni utili all'adozione di misure di prevenzione del rischio di corruzione, con particolare riferimento alla misura della rotazione straordinaria⁸.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato che l'istituto della rotazione straordinaria:

1. trova applicazione **anche** per fatti compiuti in altra amministrazione, citando a tal riguardo le *"Linee guida in materia di applicazione della misura della rotazione straordinaria di cui all'art. 16 del D. Leg.vo 165/2001, comma 1"⁹*;
2. deve essere applicato non appena l'amministrazione viene a conoscenza dell'avvio del procedimento penale, per tale intendendosi il momento in cui il soggetto viene iscritto nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 del Codice penale.

ANAC ha, inoltre, rilevato che qualora il Comune non proceda a disporre la rotazione degli incarichi, sarà necessario che il PTPCT 2022-2024 **preveda ulteriori ed efficaci misure di controllo e di prevenzione** del rischio di corruzione soprattutto nell'area appalti, che prevedano la condivisione o l'attribuzione a più soggetti di compiti o fasi di un unico procedimento.

Infine, l'Autorità ha invitato l'amministrazione destinataria dell'atto a prevedere - nell'ambito del proprio sistema di prevenzione della corruzione - il dovere in capo ai dipendenti interessati da procedimenti penali di segnalarne immediatamente all'amministrazione l'avvio.

8. L'istituto della rotazione straordinaria è previsto dall'art. 16 comma 1, lettera l-quater del D. Leg.vo 165/2001 il quale obbliga l'amministrazione a disporre, con provvedimento motivato, la rotazione del personale nei casi di avvio di procedimenti penali o disciplinari per condotte di natura corruttiva. La funzione dell'istituto è cautelare, mirando essenzialmente a garantire che nell'area ove si sono verificati i fatti oggetto del procedimento penale o disciplinare siano attivate idonee misure al fine di tutelare l'immagine di imparzialità dell'amministrazione.

9. Delibera Anac n. 215/2019

ANAC: affidamento di servizi a soggetti in house

Con Atto del presidente del 18 maggio 2022, ANAC ha analizzato una questione inerente a un affidamento in house¹⁰, in cui un Comune ha optato per un affidamento pluriennale dopo un affidamento provvisorio di un anno. Da tale scelta dell'amministrazione, è pervenuto ad ANAC un esposto che ha condotto una fase preistruttoria con preliminare richiesta di informazioni all'Ente interessato. L'esponente, nello specifico, lamentava che il Comune aveva optato per un affidamento in house in contrasto con quanto previsto dall'art. 192, comma 2, d.lgs 50/2016 poiché l'amministrazione non aveva operato un confronto preventivo per valutare altre soluzioni più convenienti, presenti sul mercato.

Il Comune, dopo aver dichiarato che la società in house disponeva di tutti i requisiti di idoneità tecnica, professionale, organizzativa, economica e finanziaria, in merito all'aspetto concorrenziale ha chiarito che il servizio affidato non era "unitariamente" disponibile sul mercato in regime di concorrenza al momento dell'affidamento, rinunciando così alla possibilità di acquisire le singole prestazioni singolarmente. Con riferimento invece alla valutazione di congruità richiesta dal D. lgs. 50/2016, ha affermato questa sarebbe stata compiuta considerando l'assenza di convenzioni Consip con caratteristiche analoghe. Infine, il Comune ha ritenuto che l'affidamento fosse finalizzato non tanto alla mera acquisizione del servizio energia, ma all'acquisizione di una proposta contrattuale che consentisse all'Amministrazione di valutare la convenienza di un affidamento pluriennale della gestione energetica degli edifici che comprendesse misure di efficientamento energetico.

All'esito dell'istruttoria, ANAC ha rilevato che:

- disporre un affidamento (pluriennale) diretto sopra soglia senza confronto competitivo si pone in contrasto con il D. lgs. 50/2016, atteso che la società in house è stata posta in una posizione di vantaggio competitivo in quanto ha presentato un'offerta sulla base dei risultati conseguiti e dell'esperienza maturata sul campo, durante il primo servizio; per effetto di tale meccanismo il secondo affidamento è stato determinato "su misura" per un solo ed unico offerente;
- il Comune avrebbe potuto stipulare un contratto per il tempo strettamente necessario a far fronte al proprio fabbisogno prevedendo, con l'inserimento di una specifica clausola risolutiva, la possibilità di sciogliere il contratto nel caso di sopravvenuta disponibilità della convenzione Consip;
- sarebbe stato preferibile optare per una suddivisione dell'appalto in lotti, garantendo così la massima partecipazione possibile;
- la motivazione a sostegno dell'affidamento risulta carente in quanto non sono state fornite indicazioni, in modo adeguato e puntuale, sulla reale mancanza di alternative valide per ottenere identico servizio, sia in termini di tipologia che di durata, a condizioni economiche diverse da quelle proposte dalla società in house

Ciò posto, ANAC ha rilevato la violazione degli artt. 1, 21, 51 e 192, comma 2 del D.lgs 50/2016, **invitando il Comune ad una più puntuale osservanza delle disposizioni del codice dei contratti pubblici.**

10. A tal proposito, l'art. 192, comma 2, del D. lgs. 50/2016 prevede che ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti siano preventivamente tenute ad effettuare una valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione. La norma continua prevedendo che la stazione appaltante è tenuta a dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

ANAC: Indicazioni per la predisposizione di misure di prevenzione e controllo in tema di Contrattualistica pubblica

Il Consiglio di ANAC, nell'ambito della propria attività di vigilanza, ha fornito ad un Comune raccomandazioni utili ad integrare la prossima programmazione anticorruzione (PTPCT o PIAO) in relazione all'area della contrattualistica pubblica¹¹. Nello specifico sono state date indicazioni sia in merito alle misure di prevenzione, sia al loro controllo e monitoraggio. In particolare ANAC - muovendo dalle indicazioni già fornite nell'Aggiornamento 2015 al PNA (Delibera ANAC 12 del 28/10/2015) - ha invitato l'ente all'adozione dei seguenti presidi:

- previsione di procedure interne per la verifica del rispetto del principio di rotazione degli OE presenti negli elenchi della stazione appaltante;
- predeterminazione nella determina a contrarre dei criteri da utilizzare 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;
- adozione di direttive/linee guida interne volte a favorire modalità di affidamento ad evidenza pubblica o un numero di inviti superiore a quanto previsto dalle norme;

- utilizzo di check list di verifica degli adempimenti da porre in essere, anche in relazione al rispetto delle 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);
- ANAC, inoltre, ha invitato alla predisposizione di un robusto monitoraggio sulla attuazione e sulla efficacia delle misure adottate, suggerendo di adottare uno specifico piano di controllo che dovrà indicare:
 - i processi/attività oggetto del monitoraggio;
 - periodicità delle verifiche;
 - le modalità di svolgimento della verifica.

La raccomandazione espressa dall'Autorità risulta interessante in quanto fornisce indicazioni utili per tutti i soggetti tenuti all'adozione delle misure di prevenzione e, oltre a costituire una declinazione delle indicazioni fornite nei relativi PNA, costituisce una best practice per la gestione appropriata degli affidamenti.

11. Atto del Presidente ANAC del 18 maggio 2022

Attestazione OIV sull'assolvimento degli obblighi di trasparenza

ANAC: pubblicate le griglie di monitoraggio ad integrazione della Delibera 201/2022

Con la Delibera 201/2022¹², finalizzata a fornire istruzioni sulla predisposizione dell'attestazione ex art. 14, co. 4, lett. g), del D.Lgs. 150/2009, ANAC -tra le altre cose- ha previsto che il RPCT, successivamente alla pubblicazione dell'attestazione OIV e all'invio ad ANAC, è tenuto ad assumere le misure di trasparenza utili a superare le eventuali criticità segnalate dagli OIV entro il 31 ottobre 2022 ovvero idonee a migliorare la rappresentazione dei dati per renderli più chiari e fruibili.

Con particolare riguardo alle criticità, l'Autorità ha specificato che gli OIV e gli altri organismi con funzioni analoghe, che hanno evidenziato al 31 maggio 2022 nella griglia di rilevazione **carenze significative di pubblicazione, attribuendo nella colonna "completezza di contenuto" un valore inferiore a 3**, sono tenuti a monitorare le misure di adeguamento agli obblighi di pubblicazione adottate dalle amministrazioni/enti, società, verificando il permanere o il superamento delle sole criticità esposte nella citata griglia di rilevazione.

Tale attività di monitoraggio deve essere svolta median-

te l'utilizzo di un'altra griglia (c.d. "di monitoraggio"), che ANAC ha ora reso disponibile ad integrazione della citata Delibera 201/2022. La compilazione della griglia di monitoraggio avviene aggiornando i valori attribuiti nella colonna "completezza di contenuto al 31 ottobre 2022".

La griglia di monitoraggio -reperibile agli allegati 6.1, 6.2¹³, 6.3, 6.4 a seconda della tipologia di ente - entro la data del 10 novembre 2022 dovrà essere:

- pubblicata nella sezione "Amministrazione trasparente" o "Società trasparente" sotto-sezione di primo livello «Controlli e rilievi sull'amministrazione», sotto-sezione di secondo livello «Organismi indipendenti di valutazione, nuclei di valutazione o altri organismi con funzioni analoghe», «Attestazione dell'OIV o di altra struttura analoga nell'assolvimento degli obblighi di pubblicazione»;
- trasmessa ad ANAC all'indirizzo di posta elettronica: attestazioni.oiv@anticorruzione.it¹⁴.

12. "Attestazioni OIV, o strutture con funzioni analoghe, sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione al 31 maggio 2022 e attività di vigilanza dell'Autorità"

13. ANAC ha predisposto n. 4 griglie di monitoraggio, fruibili rispettivamente da amministrazioni, società ed enti, società a partecipazione pubblica non di controllo e associazioni, fondazioni e enti di diritto privato.

14. Sulla base degli esiti di monitoraggio, così acquisiti, le misure assunte dai RPCT potranno essere oggetto di valutazione da parte di ANAC nell'ambito dell'attività di controllo sull'operato dei RPCT di cui all'art. 45, co. 2, del d.lgs. 33/2013 per le conseguenti determinazioni.

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