

CIRCOLARE N. 3 DEL 13 FEBBRAIO 2015

ATTIVITA' D'IMPRESA E CONCORRENZA

Recenti sviluppi in tema di rating di legalità delle imprese

ABSTRACT

La circolare illustra le recenti modifiche del regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sui criteri e le modalità per l'attribuzione del rating di legalità.

La nuova versione del regolamento chiarisce che il rating può essere rilasciato anche se la soglia di 2 milioni di euro di fatturato è raggiunta non dalla singola impresa ma a livello di gruppo. Per quanto riguarda la disciplina sostanziale, sono introdotte nuove ipotesi di illeciti che precludono l'accesso al rating, comprese alcune violazioni in tema di pratiche commerciali scorrette. Contestualmente, il nuovo regolamento circoscrive le ipotesi di violazioni di natura tributaria preclusive del rating e, rispetto al rilievo ostativo degli illeciti antitrust gravi, introduce un'eccezione per i soggetti che hanno ricevuto l'immunità o una riduzione dell'ammenda nell'ambito di programmi di *leniency*. Sono inoltre ampliate le opzioni a disposizione delle imprese per ottenere un punteggio aggiuntivo rispetto al livello base, includendo tra l'altro l'adozione di modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto alla corruzione.

Il rapporto di collaborazione tra Autorità garante e Autorità nazionale anticorruzione è stato significativamente rafforzato mediante il coinvolgimento formale dell'ANAC nel procedimento di attribuzione del rating di legalità e la sottoscrizione di un Protocollo d'intesa tra le due istituzioni.

PROVVEDIMENTI COMMENTATI

Delibere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 5 giugno 2014, n. 24953 e 4 dicembre 2014, n. 25207

Protocollo d'intesa tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità nazionale anticorruzione, 11 dicembre 2014

INDICE

Introduzione	p. 4
1. Accesso al rating: imprese interessate e requisiti necessari	p. 4
2. Requisiti per ottenere un punteggio superiore a quello base	p. 9
3. Procedimento di rilascio del rating	p.10
4. Protocollo d'intesa tra AGCM e ANAC	p.11

Introduzione

Nella nostra circolare n. 16/2014 abbiamo illustrato la disciplina in materia di rating di legalità delle imprese. Questo istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 5-ter del decreto legge n. 1/2012; la disciplina è stata successivamente specificata attraverso il regolamento attuativo approvato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel novembre 2012 e il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico 20 febbraio 2014, n. 57¹.

In questa circolare diamo conto delle modifiche che l'Autorità garante ha apportato al proprio regolamento con le delibere 5 giugno 2014, n. 24953 e 4 dicembre 2014, n. 25207. Le novità sono numerose e riguardano sia i requisiti che le imprese devono soddisfare per conseguire il rating e per ottenere l'incremento del punteggio base, sia il procedimento di attribuzione del rating.

La circolare illustra anche brevemente il protocollo d'intesa stipulato tra l'Autorità garante e l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) l'11 dicembre 2014.

1. Accesso al rating: imprese interessate e requisiti necessari

Nell'ambito della definizione dell'impresa che può accedere al rating di legalità (**articolo 1 del regolamento AGCM**) è ora specificato che il fatturato minimo di due milioni di euro si intende "riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza e risultante da un bilancio regolarmente approvato dall'organo aziendale competente e pubblicato ai sensi di legge". La formulazione viene così opportunamente allineata a quella contenuta nell'articolo 5-ter del decreto legge n. 1/2012, eliminando ogni dubbio riguardo alla possibilità per le imprese che non raggiungano individualmente un fatturato di due milioni di euro di presentare comunque la richiesta di rating se il criterio del fatturato è soddisfatto dal gruppo di appartenenza.

Riguardo ai requisiti necessari, nella nuova versione del regolamento sono state introdotte ulteriori circostanze che precludono l'attribuzione del rating.

¹ Cfr. la delibera AGCM n. 24075 del 14 novembre 2012, che fissa i requisiti e il procedimento per l'attribuzione del rating, e il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico 20 febbraio 2014, n. 57, che stabilisce le modalità in base alle quali si tiene conto del rating ai fini della concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario.

Reati

Anzitutto è stato ampliato l'insieme dei reati che precludono l'accesso al rating qualora in ragione di essi siano state adottate nei confronti dell'imprenditore o dei vertici aziendali misure di prevenzione o cautelari, oppure siano stati emessi sentenza o decreto penale di condanna o sentenza di applicazione della pena su richiesta ex articolo 444 c.p.p. (**articolo 2, comma 2, lettere a e b del regolamento AGCM**). Alle fattispecie già indicate dal regolamento sono stati aggiunti i seguenti reati:

- millantato credito (articolo 346 c.p.);
- traffico di influenze illecite (articolo 346 bis c.p.);
- turbata libertà degli incanti (articolo 353 c.p.);
- turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (articolo 353 bis c.p.);
- astensione dagli incanti (articolo 354 c.p.);
- inadempimento di contratti di pubbliche forniture (articolo 355 c.p.)
- frode nelle pubbliche forniture (articolo 356 c.p.);
- il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, di cui all'articolo 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito dalla legge 11 novembre 1983, n. 638.

Nel comunicato relativo all'avvio della consultazione pubblica per la revisione del regolamento, l'AGCM ha sottolineato che "tali reati, sebbene non previsti nel decreto legislativo n. 231/2001, sono tuttavia importanti sotto il profilo dell'alterazione illegale delle relazioni economiche con la pubblica amministrazione e con i lavoratori".

Violazioni delle norme a tutela dei consumatori

A seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 31 luglio 2013, n. 2947, che ha chiesto all'Autorità di "procedere alla riedizione del procedimento al fine di apportare al regolamento le modifiche necessarie per inserire anche il profilo della tutela dei consumatori come ulteriore criterio rilevante per l'attribuzione del rating di legalità", è

stato aggiunto tra i requisiti necessari per l'attribuzione del rating quello per cui l'impresa non deve essere destinataria:

- di provvedimenti di condanna dell'Autorità garante per pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4 del Codice del consumo (ipotesi di pratiche relative a prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza o pericolose per la sicurezza di bambini o adolescenti);
- di provvedimenti di condanna per inottemperanza a quanto disposto dall'Autorità ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del consumo (inottemperanza a provvedimenti d'urgenza, inibitori o di rimozione degli effetti).

In entrambi i casi, il rating è precluso se i provvedimenti sono divenuti inoppugnabili o sono stati confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating (**articolo 2, comma 2, lettera d-bis, del regolamento AGCM**). Peraltro, l'esistenza di uno dei menzionati provvedimenti in tema di pratiche commerciali scorrette figura tra le circostanze in presenza delle quali l'AGCM può disporre la sospensione del rating, in relazione alla gravità dei fatti e all'acquisizione di maggiori informazioni, ove il provvedimento sia oggetto di contestazione e sino alla pronuncia passata in giudicato dell'autorità giudiziaria (articolo 6, comma 7, del regolamento AGCM).

Anticorruzione e contratti pubblici

Il novero dei requisiti necessari per l'attribuzione del rating è stato arricchito di un'ulteriore previsione, contenuta nella nuova **lettera i, del secondo comma dell'articolo 2**: ai fini del conseguimento del rating l'impresa deve dichiarare di non essere destinataria di provvedimenti sanzionatori dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di natura pecuniaria e/o interdittiva e che non sussistono annotazioni nel Casellario informatico delle imprese di cui all'articolo 8 del d.P.R. n. 207/2010² che implicino preclusioni alla stipula di contratti con la pubblica amministrazione o alla partecipazione a procedure di gara o di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi o forniture, ed in particolare annotazioni di "episodi di grave negligenza o errore grave

² Si tratta del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici dall'articolo 7, comma 10, del Codice dei contratti pubblici e disciplinato dall'articolo 8 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici).

nell'esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempienze contrattuali, anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro", divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating.

Anche l'esistenza di un provvedimento dell'ANAC è stata inserita tra le circostanze in presenza delle quali l'AGCM può disporre la sospensione del rating, in relazione alla gravità dei fatti e all'acquisizione di maggiori informazioni, ove il provvedimento sia oggetto di contestazione e sino alla pronuncia passata in giudicato dell'autorità giudiziaria (articolo 6, comma 7, del regolamento AGCM).

Tra le cause che precludono il rilascio del rating è stata inoltre aggiunta la circostanza che nei confronti dell'impresa sia stato disposto il commissariamento di cui all'articolo 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114³. Questa previsione si va ad affiancare, all'interno del **terzo comma dell'articolo 2 del regolamento AGCM**, a quella per cui il rating non può essere rilasciato alle imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità.

Oltre a introdurre nuove ipotesi che precludono l'attribuzione del rating, la nuova versione del regolamento delimita più puntualmente alcune delle precedenti circostanze ostative.

Leniency nei casi di illeciti antitrust

Nella previsione che attribuisce rilievo ostativo alle condanne definitive a carico dell'impresa per illeciti antitrust gravi (**articolo 2, comma 2, lettera d, del**

³ Si riporta di seguito il testo dell'articolo 32, comma 1, del decreto legge n. 90/2014:

"Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322 c.p., 322-bis c.p., 346-bis c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, comma 5, lett. a) del presente decreto, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione; b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione".

regolamento AGCM) è stata introdotta un'eccezione per i casi di non imposizione o riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria in seguito alla collaborazione prestata dall'impresa nell'ambito di un programma di clemenza nazionale o europeo. In questo modo viene reso ancora più appetibile per le imprese in termini di possibili benefici il ricorso ai programmi di *leniency*, che costituiscono a livello nazionale ed europeo strumenti importanti per la scoperta e la repressione dei cartelli.

Violazioni di natura tributaria

Con riferimento alle violazioni di natura tributaria (**articolo 2, comma 2, lettera e, del regolamento AGCM**), è ora previsto che ai fini del rating si considerano rilevanti i provvedimenti dell'Autorità competente di accertamento del mancato rispetto all'obbligo di pagamento di imposte e tasse divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating. Ricordiamo che la precedente formulazione di questa disposizione conteneva un riferimento più ampio ai provvedimenti di accertamento di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato.

Per maggiore coerenza sistematica, con la revisione del regolamento AGCM sono state collocate nella disposizione in esame, e quindi affiancate alle violazioni di natura tributaria, le violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi relativi alle ritenute fiscali concernenti dipendenti e collaboratori, che prima erano menzionate nella lettera *f* del secondo comma dell'articolo 2; anche i provvedimenti di accertamento di queste violazioni assumono rilievo ostativo se divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating.

Un'altra novità rispetto al testo precedente è che sono ora espressamente esclusi – tanto per le violazioni di natura tributaria quanto per quelle relative agli obblighi verso i lavoratori dipendenti – gli atti di accertamento per i quali, nei casi previsti dalla legge, vi sia stato il pagamento a seguito di adesione o acquiescenza: in tali ipotesi, quindi, l'impresa mantiene la possibilità di ottenere il rating.

Sempre in relazione alle ipotesi di cui all'articolo 2, comma 2, lettera e, del regolamento, viene introdotta una deroga incentrata su una soglia *de minimis* di rilevanza dell'accertamento ai fini dell'accesso al rating di legalità (nuovo comma 6 dell'articolo 2 del regolamento AGCM): il rilascio del rating è consentito ove gli atti di accertamento abbiano ad oggetto un importo non superiore allo 0,5% dei ricavi delle

vendite e/o delle prestazioni quali risultanti dalla voce A1 del conto economico del bilancio dell'anno al quale si riferisce l'accertamento stesso. Per essere considerato *de minimis* tale importo in ogni caso non può essere superiore a 50.000 euro, anche nell'ipotesi di più provvedimenti di accertamento intervenuti nel biennio precedente la richiesta di rating.

2. Requisiti per ottenere un punteggio superiore a quello base

La disciplina dei requisiti che comportano un incremento del punteggio rispetto al livello base di una “stelletta” (articolo 3 del regolamento AGCM) è stata integrata in più punti, con il risultato di ampliare le opzioni a disposizione delle imprese che intendano conseguire il punteggio massimo.

Anzitutto, nella previsione che assegna rilievo al rispetto dei contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'interno e da Confindustria e dei protocolli sottoscritti a livello locale dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria, è stato introdotto anche il riferimento al Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'interno e dalla Alleanza delle Cooperative Italiane il 14 novembre 2013 e agli ulteriori **Protocolli** che verranno sottoscritti dal Ministero dell'interno con altre associazioni imprenditoriali (articolo 3, comma 2, lettera a). E' sufficiente il rispetto di uno qualsiasi di questi Protocolli per ottenere un incremento del rating (un +, che equivale a un terzo di “stelletta”) rispetto al punteggio base.

Inoltre, costituiscono nuovi requisiti opzionali ai fini dell'aumento del punteggio:

- l'aver previsto **clausole di mediazione**, quando non obbligatorie per legge, nei contratti tra imprese e consumatori per la risoluzione di controversie o l'aver adottato protocolli tra associazioni di consumatori e associazioni di imprese per l'attuazione delle conciliazioni paritetiche (queste circostanze sono collocate nella lettera f del secondo comma dell'articolo 3, quali alternative rispetto all'adesione a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria);
- l'aver adottato **modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione** (nuova lettera g del secondo comma dell'articolo 3).

3. Procedimento di rilascio del rating

Per quanto attiene ai profili di procedura, la principale novità è data dal coinvolgimento nell'iter di attribuzione del rating sia dell'ANAC che di una apposita "Commissione consultiva in materia di rating", composta da un rappresentante dell'AGCM, un rappresentante del Ministero dell'interno, un rappresentante del Ministero della Giustizia, un rappresentante dell'ANAC e un rappresentante del mondo imprenditoriale⁴.

In particolare è ora previsto che l'AGCM trasmette le richieste di attribuzione del rating, oltre che al Ministero dell'interno e al Ministero della giustizia, anche all'ANAC al fine della formulazione di eventuali osservazioni⁵, nonché alla Commissione consultiva rating. Quest'ultima, entro il termine di venti giorni dalla ricezione della richiesta, segnala l'eventuale sussistenza di "elementi e comportamenti oggettivamente rilevanti ai fini della valutazione delle suddette richieste, anche sotto il profilo della violazione di regole di diligenza e del mancato rispetto dei principi di legalità informativi dell'ordinamento". Qualora la Commissione o "istituzioni preposte al controllo della legalità" effettuino tale segnalazione, l'AGCM sospende il procedimento per un periodo di tempo non superiore ai dodici mesi, prorogabile motivatamente in casi di particolare gravità, al fine di svolgere i necessari accertamenti⁶. Viene così prevista la possibilità, non contemplata dalla versione precedente del regolamento, di una sospensione del procedimento di rilascio del rating.

Significativo è anche il rafforzamento dei poteri istruttori volti all'attribuzione del rating: è infatti previsto che sia l'AGCM che ogni altra istituzione tra quelle partecipanti alla Commissione consultiva rating possono in qualsiasi momento chiedere all'impresa di fornire informazioni e documenti rilevanti ai fini del rilascio del rating⁷.

Infine, una modifica che appare in linea con il rispetto della presunzione di innocenza consiste nell'aver escluso dai casi in cui l'AGCM dispone la sospensione del rating l'ipotesi del rinvio a giudizio in un procedimento penale per uno dei reati di cui all'articolo 2 del regolamento (articolo 6, comma 6, del regolamento AGCM). Il testo

⁴ Con il provvedimento n. 25208 del 4 dicembre 2014 l'AGCM ha specificato che le funzioni di Presidente della "Commissione consultiva rating" spettano al rappresentante dell'AGCM e ha individuato il rappresentante del mondo imprenditoriale in un rappresentante di Confindustria.

⁵ Cfr. articolo 5, comma 3, del regolamento AGCM.

⁶ Cfr. articolo 5, commi 3-bis e 3-ter, del regolamento AGCM.

⁷ Cfr. articolo 5, comma 2, del regolamento AGCM.

previgente del regolamento prevedeva che in questa ipotesi l'Autorità disponesse la sospensione del rating sino alla pronuncia di primo grado.

4. Protocollo d'intesa tra AGCM e ANAC

Alla collaborazione tra AGCM e ANAC nell'ambito del procedimento di attribuzione del rating di legalità alle imprese fa riferimento anche il Protocollo di intesa sottoscritto dalle due istituzioni lo scorso 11 dicembre, che sostituisce quello stipulato nel 2012 dall'AGCM e dalla Autorità per la vigilanza nei contratti pubblici adeguandolo all'evoluzione del quadro normativo. In particolare, il Protocollo indica tra gli obiettivi della collaborazione quello di "promuovere un maggiore utilizzo del rating di legalità".

Il Protocollo considera ulteriori ambiti in cui l'azione delle due autorità presenta profili di connessione che richiedono un coordinamento sinergico dei rispettivi poteri e strumenti di intervento. La premessa è che, ai sensi delle rispettive leggi istitutive, all'ANAC sono affidati compiti in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione, nonché compiti di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e all'AGCM spettano compiti di tutela della concorrenza e del mercato e dei consumatori. La collaborazione tra le due autorità, nel rispetto delle competenze di ciascuna di esse, è volta ad aumentare l'efficacia della vigilanza nel settore degli appalti pubblici ai fini della prevenzione dei fenomeni corruttivi e collusivi, e a promuovere una sempre maggiore diffusione e applicazione dei principi di legalità ed etici nei comportamenti aziendali.

Sintetizziamo di seguito le principali previsioni del Protocollo.

Anzitutto, è previsto che le due autorità si informino reciprocamente quando nel corso della propria attività istituzionale l'una riscontri elementi che fanno sospettare l'esistenza di illeciti rientranti nella sfera di competenza dell'altra. Più in particolare, l'AGCM segnala all'ANAC "presunti fenomeni di alterazione delle regole e delle procedure di gara" che emergano nel corso dei procedimenti istruttori avviati dall'AGCM riguardanti ipotesi di collusione tra imprese per la partecipazione ad appalti pubblici o nel corso della propria attività istituzionale". Da parte sua, l'ANAC segnala all'AGCM "presunti fenomeni collusivi di cui emerga notizia nel corso dello svolgimento della propria attività o in seguito a specifiche segnalazioni di imprese o stazioni appaltanti".

In base al Protocollo, inoltre, l'AGCM trasmette all'ANAC il parere motivato emesso ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990 nei confronti di una stazione appaltante nel caso di atti di gara che possano comportare una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato; le eventuali osservazioni formulate dall'ANAC sono prese in considerazione dall'AGCM laddove la stazione appaltante non si conformi al parere motivato e l'AGCM decida di ricorrere in giudizio contro l'atto di gara.

L'ANAC si impegna altresì a promuovere presso le stazioni appaltanti la conoscenza del Vademecum redatto dall'AGCM sull'“Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici”⁸, al fine di incrementare le segnalazioni di possibili fenomeni di collusione tra imprese nella partecipazione ad appalti pubblici.

Sempre nella prospettiva del contrasto ai cartelli, è previsto che l'AGCM possa accedere alle informazioni contenute nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici per acquisire informazioni nella fase precedente l'avvio di un procedimento istruttorio e nel corso dello svolgimento dello stesso in relazione a specifici mercati rilevanti già individuati e per sperimentare modelli di test diagnostici volti ad evidenziare casi di sospetta collusione tra imprese.

Vi sono poi previsioni sulla costituzione di un gruppo di lavoro per agevolare lo scambio di informazioni e sulla programmazione di iniziative congiunte di approfondimento delle tematiche di interesse comune.

Il Protocollo specifica che la divulgazione a terzi di documenti, informazioni e dati acquisiti nell'ambito dell'attività di cooperazione è soggetta al regime di tutela del segreto d'ufficio e della riservatezza che vige per l'autorità presso la quale è avvenuta l'acquisizione.

Il Direttore Generale

Micossi

⁸ Il Vademecum, adottato con delibera del 18 settembre 2013, è disponibile sul sito internet dell'Autorità garante.