

Osservazioni Confindustria - aprile 2018

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato la consultazione pubblica per la revisione del Regolamento in materia di rating di legalità adottato il 14 novembre 2012, con l'obiettivo di migliorare la gestione delle numerose istanze di rating presentate dalle imprese, attraverso la semplificazione e il chiarimento delle procedure per l'attribuzione, la modifica, il rinnovo, la revoca e l'annullamento del rating.

Di seguito si segnalano alcune osservazioni che riguardano le disposizioni regolamentari oggetto di revisione e talune previsioni a esse connesse.

Con riferimento agli ulteriori contenuti del Regolamento, si richiamano integralmente le proposte di correttivo trasmesse in via informale all'Autorità lo scorso dicembre (v. Nota allegata), che recepiscono le segnalazioni del sistema associativo e, pertanto, sono dirette ad ampliare l'accesso all'istituto e a valorizzarne la natura premiale.

Peraltro si propone all'Autorità di avviare una riflessione comune su un'ulteriore esigenza manifestata dalle imprese associate che, sempre nell'ottica di potenziare l'istituto, considerano fondamentale un parallelo intervento sulla legge istitutiva del *rating di legalità* (art. 5-ter, DL n. 1/2012) per rivedere i requisiti di accesso. In particolare, la soglia di fatturato di 2 milioni di euro risulta molto restrittiva in quanto preclude la fruizione dell'istituto a una categoria di imprese che rappresenta la gran parte del tessuto imprenditoriale del Paese.

Articolo 3 - Valutazione dei requisiti

Comma 2, lettera b). Il Regolamento premia l'utilizzo di sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per somme inferiori alle soglie fissate dalla legge. Al riguardo, nella Nota trasmessa lo scorso dicembre si propone di chiarire che la disposizione è riferita all'utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili e non, invece, all'adozione del complessivo sistema previsto per le transazioni finanziarie che sono connesse all'esecuzione di contratti pubblici, ai sensi della legge n. 136/2010.

Inoltre è importante rendere comprensibile in via più immediata il riferimento alle “somme inferiori”, ad esempio indicando gli importi e il volume dei pagamenti che rilevano ai fini del conseguimento del punteggio.

Laddove possibile sarebbe opportuno fornire tali precisazioni attraverso puntuali modifiche del Regolamento, anziché mediante lo strumento delle FAQ. Ciò contribuirebbe a delineare un quadro normativo certo, a vantaggio delle imprese interessate ad accedere al rating di legalità.

Comma 2, lettera e). Il Regolamento assegna un incremento di punteggio anche alle imprese che sono iscritte nelle c.d. *white list* prefettizie (ex Legge n. 190/2012 e DPCM 18 aprile 2013, come successivamente modificato). Al riguardo si propone di considerare l’evoluzione del quadro normativo di riferimento e, di conseguenza, attribuire l’incremento del punteggio anche alle imprese che hanno presentato l’istanza di iscrizione e attendono l’esito del procedimento, ferma restando la revoca del rating nel caso di successivo esito negativo.

Tale correttivo sarebbe coerente con i chiarimenti forniti dal Ministero dell’Interno (v. Nota n. 25954 inviata ai Prefetti della Repubblica, il 23 marzo 2016) in merito alle imprese che sono in attesa dell’iscrizione nella *white list* e mirano a partecipare alla filiera esecutiva di un contratto pubblico. In particolare, il Ministero evidenzia "*l'esigenza di evitare che la mancata conclusione della procedura finisca per determinare un pregiudizio patrimoniale all'impresa*" e pertanto prevede che "*In siffatti casi, la stazione appaltante, dopo aver soddisfatto l'obbligo di consultare le white list, in tal modo accertandosi che l'impresa abbia già assolto l'onere di richiedere l'iscrizione, potrà dare avvio all'iter contrattuale*" - ricorrendo alla Banca Dati Nazionale della Documentazione Antimafia – fatte salve le cautele di legge previste per il caso di successivo diniego dell'iscrizione.

La misura appena illustrata consente quindi di attenuare il danno subito dalle imprese che, pur essendosi attivate, non risultano ancora iscritte negli elenchi prefettizi, per via dei lunghi tempi necessari per lo svolgimento dei controlli antimafia.

Nella stessa direzione sembra quindi opportuno replicare tale meccanismo anche sul fronte del rating di legalità, considerata la natura premiale dell’istituto, e valorizzare nel Regolamento la mera presentazione della richiesta di iscrizione in *white list*.

Inoltre, si propone di recepire nel testo del Regolamento una precisazione fondamentale ai fini dell'attribuzione del punteggio di rating, che l'Autorità ha fornito attraverso le FAQ pubblicate sul sito internet istituzionale, per cui *“il punteggio aggiuntivo verrà attribuito anche alle imprese che specificano espressamente di non operare nei predetti settori a maggior rischio di infiltrazione mafiosa”*.

Comma 2, lettera f). Il Regolamento attribuisce un punteggio supplementare alle imprese che aderiscono ai Codici etici di autoregolamentazione o prevedono clausole di mediazione o adottano protocolli per le conciliazioni paritetiche.

Tali iniziative virtuose potrebbero essere ulteriormente valorizzate evidenziandone la diversa natura mediante l'inserimento in due distinte ipotesi e lettere del comma 2. L'una può riguardare l'adozione dei Codici etici, vale a dire i codici che indicano i principi e le regole di condotta da osservare, in termini generali, nello svolgimento dell'attività di impresa; l'altra può riferirsi allo specifico profilo dei rapporti con i partner commerciali e premiare la peculiare propensione dell'impresa a gestire eventuali conflitti attraverso modalità alternative al contenzioso giudiziale – eventualmente inserendo anche il rinvio alle clausole arbitrali –; modalità che è bene incentivare nell'ottica di migliorare l'efficienza del sistema giustizia.

Comma 2, lettera g). Per quanto riguarda l'adozione di modelli organizzativi di prevenzione e contrasto della corruzione, si confermano le difficoltà applicative illustrate nella Nota dello scorso dicembre (cui si rinvia). In particolare si propone di *“precisare che la condizione viene soddisfatta anche in presenza di modelli organizzativi 231 dotati di misure di prevenzione dei reati corruttivi ex art. 25, d. lgs. n. 231/2001, oppure di una o più misure funzionali a gestire il rischio di dinamiche corruttive, eventualmente anche in osservanza delle indicazioni fornite al riguardo dalle Associazioni di categoria”*. In subordine, è importante prevedere – nel Regolamento ovvero nelle FAQ - che ai fini del conseguimento del punteggio aggiuntivo non occorre adottare i Piani e nominare i Responsabili disciplinati dalla normativa anticorruzione riguardante il settore pubblico ed è sufficiente introdurre misure di prevenzione dei reati corruttivi che rilevano sul piano del d. lgs. n. 231/2001.

Nel caso di mancato accoglimento delle proposte sopra illustrate, sarebbe utile quanto meno indicare in via espressa i reati elencati alle *“lettere da A a N, cd. Piani di prevenzione della*

corruzione trasmesse alle amministrazioni pubbliche vigilanti e all'Anac"cui rinvia la FAQ pubblicata al riguardo sul sito dell'Autorità.

Comma 5 e art. 2, comma 2, lett. i). Si segnala che occorre aggiornare il riferimento alla disciplina del Casellario informatico delle imprese. In particolare, l'art. 8 del DPR n. 207/2010 è stato abrogato e la nuova regolamentazione è contenuta nell'art. 213, comma 10 del D. lgs. n. 50/2016.

Articolo 5 – Procedimento per l'attribuzione del rating di legalità

In merito alla regolamentazione del procedimento si propone di prevedere la comunicazione all'impresa richiedente in tutte le ipotesi di proroga e sospensione disciplinate dall'articolo. Tale comunicazione, infatti, è prevista per i casi di cui ai commi 2 e 3-*quater* mentre manca in relazione alle fattispecie indicate nei commi 3, 3-*ter* e 4.

Inoltre è opportuno disciplinare anche l'ipotesi del silenzio dell'Autorità. In tal senso si potrebbe prevedere che l'istanza si intende accolta se l'Autorità non fornisce riscontro all'istanza entro il termine di cui all'articolo 5, comma 1, salvi i casi di proroga e sospensione.

Articolo 6 – Durata, modifica, rinnovo, annullamento, sospensione e revoca

Il Regolamento dispone la riduzione del punteggio di rating a seguito del venir meno di una delle condizioni premiali di cui all'articolo 3, comma 2. In linea con questa previsione si propone di disciplinare anche l'ipotesi dell'incremento del punteggio da assegnare nel caso in cui sopraggiunge una delle richiamate condizioni premiali.

In parallelo risulta opportuno definire l'iter procedurale da seguire in tali casi, ad esempio rinviando all'applicazione della disciplina degli obblighi informativi e di aggiornamento dell'elenco delle imprese, contenuta nell'articolo 7, comma 1, su cui si veda *infra*.

Articolo 7 – Obblighi informativi

Se l'impresa comunica un evento che determina la revisione del punteggio di rating inizialmente attribuito, si prevede che l'Autorità aggiorni la posizione dell'impresa stessa. Tale previsione dovrebbe essere integrata dall'indicazione del termine procedimentale entro il quale l'Autorità è tenuta a pronunciarsi, nonché della data di decorrenza dell'aggiornamento, ad esempio prevedendo che esso è efficace a decorrere dalla data della comunicazione dell'impresa ovvero della specifica delibera dell'Autorità.

Rating di legalità

Criticità e proposte di Confindustria

1. Regolamento AGCM 14 novembre 2012

A. Requisiti per l'attribuzione del rating di legalità (articolo 2)

- i. Comma 2, lettere a); b) - circoscrivere il novero dei reati di cui al d. lgs. n. 231/2001 che, in presenza di provvedimenti di condanna, impediscono l'accesso al rating.**

Il rinvio generico all'elenco dei reati che possono determinare anche la responsabilità amministrativa degli enti risulta eccessivo rispetto alle finalità del rating di legalità (di seguito, anche "rating"). Tale elenco, contenuto nel c.d. decreto 231, è in continua evoluzione e, nel corso degli anni, si è arricchito di numerose fattispecie che risultano poco coerenti anche con l'obiettivo del legislatore 231 di colpire la criminalità del profitto. Pertanto, per evitare un'eccessiva limitazione dell'accesso al rating – accesso già di per sé limitato dall'efficacia ostativa delle pronunce di condanna anche di primo grado – sarebbe opportuno circoscrivere alle ipotesi più gravi i reati 231 che rilevano ai fini dell'art. 2, comma 2, lettere a) e b).

In questo senso, ad esempio, si potrebbe fare riferimento ai reati per cui il c.d. decreto 231 prevede l'applicabilità delle sanzioni interdittive per un periodo superiore a un anno.

- ii. Comma 2, lettera c) – eliminare il riferimento alle misure cautelari disposte nei confronti dell'impresa ai sensi del d. lgs. 231/01.**

Nella prassi applicativa del d. lgs. 231/01 si registra l'eccessivo ricorso all'adozione di misure cautelari nei confronti delle imprese, anche per via di alcune criticità della disciplina che, da un lato, si presta alla pretestuosa richiesta di tali misure (v. art. 22 in materia di prescrizione) e, dall'altro, prescinde dalla considerazione di alcuni importanti parametri soggettivi, con l'effetto di determinare danni talvolta irreparabili all'attività di impresa.

Tali criticità vengono riconosciute anche nell'ambito del dibattito dottrinario sull'auspicabile riforma del c.d. decreto 231 e, da ultimo, sono state oggetto anche dell'attenzione della Commissione istituita dal Ministero della Giustizia per studiare i correttivi della disciplina che si rendono necessari.

Pertanto, nelle more di un progetto di riforma del decreto 231, è importante evitare di amplificare, anche sul fronte del rating di legalità, gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione delle misure in esame.

Conseguentemente, eliminare il medesimo riferimento anche dall'art. 2, comma 4, lettera b).

iii. Comma 2, lettere a), b), c) – uniformare la disciplina dei diversi requisiti per l'attribuzione del rating di legalità.

Ai sensi del Regolamento l'accesso al rating è negato in presenza di condanne anche non definitive per i reati e gli illeciti indicati nelle disposizioni di cui alle lettere a), b) e c), mentre nel caso di illeciti di diversa natura (v. lettere d) – i)) l'effetto ostativo è comprensibilmente collegato agli accertamenti definitivi divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta.

Con riferimento alla prima categoria di requisiti, la preclusione del rating in presenza di provvedimenti di condanna non ancora divenuti inoppugnabili o passati in giudicato (es. sentenze penali di primo grado appellate; decreti penali di condanna opposti) risulta eccessivamente rigorosa e in contrasto con il principio di presunzione di innocenza che esclude la colpevolezza fino alla condanna definitiva.

Pertanto si propone di prevedere che anche per le ipotesi considerate dalle lettere a), b) e c) della disposizione in commento, l'effetto ostativo è collegato alla ricorrere di provvedimenti sanzionatori o di condanna divenuti inoppugnabili ovvero confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta.

iv. Comma 2, lettera d) – precisare gli illeciti antitrust da considerare "gravi".

v. Comma 2, lettera f) – inserire la precisazione aggiunta di recente nella FAQ corrispondente.

Per quanto riguarda le violazioni in materia di SSL, a seguito di alcuni quesiti posti anche dal sistema associativo, l'Autorità ha opportunamente precisato nella FAQ sul punto che *"l'impresa è tenuta a comunicare soltanto i provvedimenti sanzionatori divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta, con esclusione degli atti endoprocedimentali (ad es.: verbali di accertamento di*

violazione, verbali di prescrizione, ecc.” . Sarebbe opportuno inserire questa indicazione direttamente nel testo del Regolamento.

- vi. Comma 2, lettera g) – chiarire l’ambito di applicazione dell’inciso “*anche secondo le modalità previste nella determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici*”**

Sarebbe opportuno precisare che il rispetto di tali modalità è richiesto soltanto nei casi previsti dalla legge. In particolare, in applicazione della legge n. 136/2010, art. 3, la Determinazione dell’Autorità sopra richiamata prevede un complesso sistema di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall’esecuzione di un appalto pubblico.

- vii. Comma 4, lettera b) – inserire il riferimento a pronunce definitive e precisare le modalità della dissociazione rispetto ai reati accertati.**

In coerenza con la proposta di cui al precedente par. iii) è opportuno precisare che le sentenze di condanna con effetto ostativo sono soltanto quelle passate in giudicato.

Inoltre, sarebbe utile chiarire, eventualmente anche mediante le FAQ, le modalità con cui l’impresa richiedente può dimostrare la totale dissociazione dai reati accertati (es. rimozione dai ruoli aziendali dei soggetti condannati; risoluzione dei rapporti con le controparti eventualmente implicate nel reato).

B. Valutazione dei requisiti (articolo 3)

- i. Comma 2, lettera g – riconsiderare l’effettiva applicabilità della condizione.**

La FAQ al riguardo precisa che i modelli di prevenzione e contrasto della corruzione efficaci ai fini del Regolamento presuppongono che l’impresa sia *“dotata di un sistema di prevenzione dei reati considerati nella L. 190/2012” e che “in tal senso, l’adozione del modello ex D.lgs 231/2001, soddisfa il requisito solo qualora l’ambito di applicazione sia stato esteso al fine di considerare oltre ai reati contro la pubblica amministrazione anche quelli indicati nella L. 190/2012 (lettere da A a N, cd. Piani di prevenzione della corruzione trasmesse alle amministrazioni pubbliche vigilanti e all’Anac).”*

In proposito si evidenzia che all’adozione di modelli organizzativi 231, integrati con misure di prevenzione dei reati di cui alla legge n. 190/2012, sono tenute soltanto alcune società pubbliche, per effetto dell’applicabilità nei loro confronti della normativa anticorruzione.

Pertanto, per assicurare un più ampio accesso allo strumento premiale, sarebbe opportuno precisare che la condizione viene soddisfatta anche in presenza di modelli organizzativi 231 dotati di misure di prevenzione dei reati corruttivi ex art. 25, d. lgs. n. 231/2001, oppure di una o più misure funzionali a gestire il rischio di dinamiche corruttive, eventualmente anche in osservanza delle indicazioni fornite al riguardo dalle Associazioni di categoria.

Si pensi, ad esempio, all'introduzione di un canale dedicato alle segnalazioni di illeciti (v. *whistleblowing*) oppure di procedure volte a rafforzare la trasparenza dei processi decisionali riguardanti le attività più esposte al citato rischio.

D'altra parte, sembrerebbe più in linea con la natura premiale dello strumento attribuire l'incremento di punteggio alle imprese che, pur prive dei complessi sistemi di prevenzione richiamati nella FAQ, dimostrano una particolare sensibilità sul fronte della prevenzione della corruzione, attraverso l'adozione di una o più misure non obbligatorie. Misure peraltro particolarmente apprezzabili se implementate da imprese meno con una minore complessità organizzativa.

[2. FAQ pubblicate sul sito internet istituzionale dell'AGCM](#)

Quando si può parlare di Responsabilità sociale d'impresa (lettera d) della Sezione C del formulario?

Per rafforzare la certezza del quadro regolamentare di riferimento, risulta opportuno precisare che il possesso di una delle certificazioni indicate in via esemplificativa nella FAQ – in materia di Responsabilità Sociale di Impresa – consente con certezza all'impresa di acquisire l'incremento di punteggio e che, invece, la valutazione discrezionale dell'Autorità subentra soltanto rispetto a iniziative diverse da quelle elencate.

Cosa si intende per tracciabilità dei pagamenti (lettera b) della Sezione C del formulario?

È opportuno chiarire che per "tracciabilità dei pagamenti" si intende l'utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili e non, invece, l'adozione dell'articolato sistema di tracciabilità previsto per le transazioni finanziarie che sono connesse all'esecuzione di contratti pubblici, ai sensi della legge n. 136/2010 (vedi sopra, par. 1 A, punto iv).