

Dott. Roberto Carbone

Specializzando presso la Scuola delle Professioni Legali dell'Università di Roma, Tor Vergata

SOMMARIO: 1. La collaborazione AGCM-ANAC: l'esigenza di una "seconda edizione". - 2. Il protocollo d'intesa. - 3. Il *Vademecum per le stazioni appaltanti* volto all'*Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*. - 4. Il rating di legalità attribuito dall'AGCM.

1. La collaborazione AGCM-ANAC: l'esigenza di una "seconda edizione".

Il protocollo d'intesa tra AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) ed ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), concluso l'11 dicembre 2014, ha sostituito la versione precedente conclusosi il 25 settembre 2012 (art. 9 del nuovo testo).

L'edizione del 2012, conclusa tra AGCM ed AVCP, aveva come perno centrale l'esercizio del potere dell'AGCM di agire in giudizio avverso l'Amministrazione Pubblica previsto dall'art. 21-bis della legge 287/1990¹. L'AVCP si impegnava a segnalare all'AGCM gli atti dell'Amministrazione Pubblica che potessero contrastare con la normativa a tutela della concorrenza e del mercato² in modo da facilitare l'intervento di quest'ultima. Tale Protocollo aveva durata triennale, perciò fino al settembre 2015 (con possibilità di rinnovo mediante conferma scritta entro tre mesi dalla scadenza). Sembra opportuno, alla luce di un confronto tra i

¹ 21-bis. "Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza": 1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.

3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

² In particolare, l'art. 3 del Protocollo AGCM-AVCP, rubricato "Impegni" stabiliva al II c. che "L'AVCP segnala all'ANTITRUST, ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990, gli atti ritenuti rilevanti ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici che possano comportare una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato. L'ANTITRUST, in relazione agli atti violativi del Codice dei contratti pubblici invia all'AVCP il parere motivato di cui al comma 2 del citato art. 21 bis al fine di ottenere l'eventuale avviso dell'AVCP sulla violazione ipotizzata e sull'instaurazione del giudizio ai sensi del medesimo articolo".

due testi, individuare le possibili esigenze che hanno portato le due Autorità alla redazione di un nuovo documento.

In particolare, oltre alla modifica soggettiva che ha interessato l'AVCP, sostituita dall'ANAC, a parere di chi scrive, sembra abbiano avuto un peso rilevante il "Vademecum per le stazioni appaltanti" adottato dall'AGCM e l'attribuzione alla stessa Autorità del potere di assegnare il c.d. *rating* di legalità alle imprese nazionali³. Tali due elementi costituiscono il fulcro della nuova collaborazione AGCM-ANAC.

Quanto sin qui detto è riassunto in una delle premesse al Protocollo dove si afferma che "in considerazione delle significative modifiche intervenute nel quadro normativo vigente appare opportuno instaurare nuove forme di collaborazione tra l'AGCM e l'ANAC, nel rispetto delle proprie competenze, allo scopo di vigilare in modo efficace nel settore degli appalti pubblici, ai fini della prevenzione dei fenomeni corruttivi e di collusione tra imprese, nonché allo scopo di promuovere una sempre maggiore diffusione e applicazione dei principi di legalità ed etici nei comportamenti aziendali".

2. Il protocollo d'intesa.

Le due autorità si impegnano a cooperare tra loro. In particolare, si impegnano ad una reciproca segnalazione di fenomeni collusivi dei quali vengano a conoscenza nello svolgimento delle proprie attività e l'AGCM si impegna ad inoltrare all'ANAC, che potrà eventualmente fare delle osservazioni, il parere motivato previsto dall'art. 21-*bis* legge 287/1990 inviato alle stazioni appaltanti in presenza di atti di gara in contrasto con la normativa in tema di concorrenza (art. 1).

In modo da facilitare le segnalazioni da parte delle stazioni appaltanti di fenomeni collusivi le due Autorità si impegnano alla promozione del Vademecum elaborato dall'AGCM relativo alla "Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici" (art. 2).

L'AGCM avrà inoltre la possibilità di accedere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Ciò si introduce all'interno di un più ampio impegno delle Autorità a collaborare attraverso la condivisione di informazioni, l'organizzazione di conferenze e convegni comuni, la

³ L'art. 5-ter del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito con legge 18 marzo 2012, n. 62, che ha affidato all'AGCM, al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, il compito di attribuire un *rating* di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo le modalità stabilite dal Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità, adottato con delibera dell'AGCM del 14 novembre 2012 (come successivamente modificata).

cooperazione nell'ambito del procedimento di attribuzione del c.d. *rating* di legalità, di competenza AGCM, in modo da contrastare al meglio i fenomeni collusivi nell'ambito dei contratti pubblici.

Come già detto il fulcro del presente Protocollo è rappresentato dall'impegno assunto relativamente alla promozione e migliore attuazione del "Vademecum" e del c.d. *rating* di legalità. Sembra perciò opportuno un maggiore approfondimento relativo a tali due aspetti.

3. Il Vademecum per le stazioni appaltanti volto all'Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici.

L'AGCM, con delibera del 18 settembre 2013, ha adottato un Vademecum diretto alle stazioni appaltanti affinché queste possano al meglio individuare possibili comportamenti distorsivi del gioco della libera concorrenza in un settore da sempre sotto la lente d'ingrandimento dell'Autorità, quale quello degli appalti pubblici⁴.

In un'ottica di collaborazione e condivisione di competenze acquisite per una più efficace lotta alla criminalità organizzata, di cui è espressione lo stesso Protocollo d'intesa AGCM-ANAC, si inserisce l'intento dell'Autorità di condividere i frutti della propria esperienza nel settore degli appalti pubblici⁵. Ciò al fine di creare degli "avamposti"⁶ contro i comportamenti fraudolenti nelle zone nevralgiche, le più vicine alla realtà delle gare d'appalto, rappresentate dalle stazioni appaltanti⁷. Al riguardo l'Autorità ha individuato una serie di comportamenti tenuti dai

⁴⁴ Al riguardo si vedano il primo ed il quarto *considerando* che aprono la suddetta delibera, dei quali si riporta il testo integrale: "CONSIDERATO che l'Autorità, nella sua funzione di vigilanza sul corretto andamento dei mercati, ha sempre prestato la massima attenzione all'esigenza di evitare la presenza di fenomeni anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici".

"CONSIDERATA l'opportunità di adottare un vademecum con il quale fornire uno strumento per le stazioni appaltanti per identificare e segnalare all'Autorità eventuali anomalie comportamentali indizio della presenza di fenomeni anticoncorrenziali".

⁵ Esperienza documentata nello stesso punto 1 del Vademecum: "L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nella sua funzione di vigilanza sul buon funzionamento dei mercati, ha sempre prestato la massima attenzione

nell'evitare che il settore degli appalti pubblici fosse inquinato dalla presenza di fenomeni anticoncorrenziali. Dall'istituzione dell'Autorità sono stati avviati più di venti procedimenti istruttori, conclusi con la condanna di numerose imprese e l'irrogazione di sanzioni per oltre € 500 milioni."

⁶ Nel comunicato stampa disponibile sul sito www.agcm.it, la stessa Autorità afferma che le stazioni appaltanti dovranno assumere "un ruolo di 'sentinella' segnalando all'Autorità anomalie tipiche di comportamenti potenzialmente distorsivi della concorrenza".

⁷ In tal senso il punto 3 del Vademecum: "L'AGCM intende intensificare i suoi sforzi in questa area. Per farlo, necessita la piena collaborazione delle stazioni appaltanti, le quali per prime possono spesso percepire i segnali di un'alterazione del funzionamento del mercato."

partecipanti alle gare di aggiudicazione che, il più delle volte, derivano da fenomeni anticoncorrenziali.

In tal modo le stazioni appaltanti potranno agevolmente individuare i comportamenti sospetti, segnalarli all'Autorità, affinché questa faccia le valutazioni del caso, creandosi così una sorta di "sindacato diffuso di anticoncorrenzialità". Tale sensibilizzazione collettiva è giustificata dagli effetti negativi che derivano da fenomeni distorsivi che "comportando una lievitazione dei costi per lavori o forniture, essi costituiscono un danno diretto per l'intera collettività"⁸.

Il contenuto sostanziale del Vademecum si apre con un elenco di contesti di mercato in cui generalmente si annidano fenomeni anticoncorrenziali (punto 6). Questi sono: "pochi concorrenti; concorrenti caratterizzati da analoga efficienza e dimensione; prodotti omogenei; perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese; appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile".

Tale elenco è seguito da una indicazione interpretativa che ha valenza generale per l'intero contenuto del Vademecum. Quanto indicato dall'AGCM ha comunque finalità esemplificativa. La presenza di un comportamento indicato nel Vademecum non comporta di per sé l'esistenza di un fenomeno anticoncorrenziale. Il suo accertamento, ove presente, sarà comunque sempre rimesso all'Autorità⁹. Per utilizzare le parole dell'Autorità: "le stazioni appaltanti dovrebbero pertanto prestare una particolare attenzione ai casi in cui ricorre almeno una di queste condizioni. Si tratta di condizioni assai generali che devono essere valutate alla luce degli elementi di cui ai punti successivi. L'assenza di una di queste condizioni, o la presenza del suo contrario, non implica necessariamente l'assenza di fenomeni anticoncorrenziali".

Di certo va apprezzato il Vademecum elaborato dall'Autorità per la chiarezza e semplicità espositiva, che permette anche agli operatori meno esperti, sia nel campo degli appalti pubblici sia in quello della normativa in tema di concorrenza, di riuscire a capirne il significato. Si può affermare che l'Autorità ha fatto propria la chiarezza che generalmente caratterizza gli atti,

⁸ Punto 2 del Vademecum.

⁹ In questo senso il punto 9 del Vademecum: "Si sottolinea che le regolarità indicate nei punti precedenti potrebbero essere associate anche a comportamenti genuinamente concorrenziali. Pertanto le relative segnalazioni non devono essere assolutamente intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza, da parte della stazione appaltante, dell'esistenza di criticità concorrenziali nell'ambito di una propria procedura di gara. Tali segnalazioni pertanto non giustificano in alcun modo l'interruzione della procedura né, tanto meno, la rinuncia ad assegnare la commessa all'aggiudicatario. Sulla base della segnalazione inviata da una stazione appaltante, l'AGCM, dopo i necessari controlli e tenuto conto di altre analoghe segnalazioni, può raggiungere il convincimento che vi siano elementi sufficienti per l'avvio di un procedimento istruttorio. Ma sarà solo al termine di questo procedimento che potrà essere accertata l'effettiva presenza di una condotta lesiva del diritto antitrust. L'AGCM terrà costantemente informata la stazione segnalante sugli sviluppi della vicenda".

normativi e non, elaborati dalle istituzioni sovranazionali, ove si bada più alla sostanza che alla forma. In questo avrà certamente aiutato, come spunto dal quale partire, il documento richiamato dalla stessa Autorità dell'OECD¹⁰, "*Linee guida per la lotta contro le turbative d'asta negli appalti pubblici*" (febbraio 2009), che può essere visto come una "versione integrale" del Vademecum.

Nella fila dei sostenitori del Vademecum andrà certamente inserita, in seguito al Protocollo, l'ANAC. Ciò sicuramente conferma la rilevanza e buona riuscita del documento, che giustificano l'attività di promozione¹¹ cui s'impegna quest'ultima Autorità.

Terminati gli elogi, seguono alcune osservazioni che, per quanto possa essere nelle scarse capacità di chi scrive, mirano, se non ad evidenziare alcune criticità, almeno a suscitare delle riflessioni.

In primo luogo, si tenta di capire la ragione del richiamo al Vademecum inserito nel Protocollo d'intesa, (prescindendo da valutazioni riferite alla rilevanza e qualità del documento). Rileggendo il Vademecum, alla luce dell'intento sotteso al Protocollo d'Intesa, si può allora giungere ad affermare che, per affrontare al meglio la lotta alla collusione-corruzione, di certo sarà utile una base informativa diretta e comune, anche in termini di speditezza dell'istruttoria e contenimento dei costi. Non si capisce perché ciò non abbia portato a prevedere che le segnalazioni delle stazioni appaltanti, effettuate in base al Vademecum, debbano essere inoltrate direttamente dalla stazione appaltante o dall'AGCM anche all'ANAC. Un meccanismo analogo, d'altronde, è stato previsto per i pareri dati dall'AGCM alle stazioni appaltanti *ex art. 21-bis* legge 287/1990. L'assenza di una tale previsione comunque non impedirà le comunicazioni tra le Autorità ma il suo inserimento avrebbe certamente attribuito un diverso significato alle segnalazioni delle stazioni appaltanti ed al ruolo da queste occupato nel contrasto ai fenomeni anticoncorrenziali.

Altro spunto di riflessione è dato dall'invito rivolto alle stazioni appaltanti, di cui al punto 8 del Vademecum, riferito all'attività di segnalazione che "in questa prima fase" è limitato alle "sole gare sopra la soglia comunitaria". Non si riesce a comprendere quale sia la ragione di tale limitazione. I fenomeni distorsivi della concorrenza, per affermazione della stessa Autorità, interessano l'intero settore degli appalti pubblici. Di certo per le gare "sopra-soglia" l'attenzione

¹⁰ Acronimo che tradotto diviene OCSE, Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico.

¹¹ Attività di promozione che prevede, *in primis*, la pubblicazione sul sito Internet dell'ANAC del Vademecum. Impegno di pubblicazione che, ad oggi, è rimasto lettera morta.

dovrà essere maggiore ma il totale disinteresse, ancorché momentaneo, dell'Autorità e perciò delle stazioni appaltanti, al cospicuo gruppo delle gare "sotto-soglia" appare ingiustificato. Anche perché tale indicazione potrebbe esporsi ad abusi da parte di stazioni appaltanti "compiacenti" che potranno abbassare, anche di un solo euro, l'ammontare dei valori di gara in modo da sfuggire all'occhio dell'Autorità.

Una riflessione più ampia e comune a qualsiasi attività di trasparenza verso l'esterno è quella relativa alle possibili ricadute sui comportamenti degli operatori derivanti dall'adozione del Vademecum. Da un lato abbiamo le stazioni appaltanti, dirette destinatarie delle indicazioni dell'Autorità; dall'altro abbiamo gli operatori delle imprese, possibili concorrenti, specializzati nel settore degli appalti. Sarà pertanto ipotizzabile una "corsa all'aggiornamento". Il personale delle stazioni appaltanti dovrà comprendere al meglio quanto stabilito dall'Autorità in maniera tale da applicare il Vademecum e perciò scovare possibili sospetti di fenomeni distorsivi. Gli operatori delle imprese avranno lo stesso compito ma con finalità diverse.

Il rischio è che il Vademecum possa contribuire alla formazione degli operatori specializzati delle imprese in modo da creare il cartello perfetto "a prova di segnalazione". Le indicazioni fornite dall'Autorità hanno infatti come risultato quello di orientare l'attenzione delle stazioni appaltanti verso determinati comportamenti sospettosi. Ecco quindi che le imprese che vogliono dare attuazione a fenomeni distorsivi della concorrenza ben potranno agire di conseguenza. Modificare i propri comportamenti secondo gli accorgimenti dati dall'AGCM, in modo da nascondere al meglio eventuali accordi anticoncorrenziali.

I possibili risultati positivi in termini di garanzia di concorrenzialità tra le imprese partecipanti agli appalti pubblici saranno dati dall'esito di tale "corsa all'aggiornamento" tra gli operatori specializzati delle stazioni appaltanti e delle imprese.

4. Il *rating* di legalità attribuito dall'AGCM.

"Oltre a punire i corrotti dobbiamo cominciare a premiare gli onesti". Così si è pronunziato il Presidente dell'ANAC, Dott. Raffaele Cantone, durante la conferenza stampa di presentazione del Protocollo d'intesa, dello scorso 11 dicembre 2014, riferendosi allo strumento del *rating* di legalità. Tali parole individuano l'asse portante del nuovo istituto. Si vuole tentare di scacciare dalla coscienza popolare la convinzione per cui nel nostro Paese, il più delle volte, "onesto" faccia rima con "modesto".

L'intento del *rating* di legalità è quello di creare una sorta di elenco di imprese virtuose delle quali si terrà conto "in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario"¹². Per dare concreta attuazione a tale strumento sono stati emanati due Regolamenti. Uno elaborato dall'AGCM, "Regolamento *Rating* di legalità", adottato con delibera del 14 novembre 2012, n.24075¹³; l'altro, emanato di concerto dal MEF (Ministero dell'Economia e Finanza) e dal MISE (Ministero per lo Sviluppo Economico) con decreto interministeriale del 20 febbraio 2014, n. 57 "Regolamento concernente l'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del *rating* di legalità attribuito alle imprese ai fini della concessione di finanziamenti".

Il procedimento attraverso il quale si perviene all'attribuzione di un *rating* di legalità si compone di più fasi. È un procedimento ad istanza di parte. Le imprese che soddisfino i requisiti indicati dal Regolamento AGCM potranno richiedere l'attribuzione del *rating* compilando la domanda presente sul sito Internet dell'Autorità ed inviandola in via telematica alla stessa. I requisiti da soddisfare per poter attivare il procedimento sono: avere sede operativa nel territorio nazionale; aver raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'ultimo esercizio chiuso nell'anno precedente alla richiesta di *rating*, 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; alla data della richiesta di *rating*, risultare iscritti nel registro delle imprese da almeno due anni (art. 1, lett. b)).

Successivamente la parola passa all'AGCM che dovrà valutare il possesso, da parte del richiedente, dei "requisiti per l'attribuzione del *rating* di legalità" (art. 2)¹⁴ anche alla luce di

¹² Art. 5-ter del decreto-legge 1/2012, come modificato dal Decreto legge 29/2012, convertito con modificazioni dalla Legge 62/2012.

¹³ Da ultimo modificato con delibera n. 25207 del 4 dicembre 2014.

¹⁴ "2. L'impresa deve dichiarare: a) se impresa individuale, che nei confronti del proprio titolare e del direttore tecnico non sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito nella legge 11 novembre 1983, n. 638; che non è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; b) se impresa collettiva, che nei confronti dei propri amministratori, del direttore generale, del direttore tecnico, del rappresentante legale nonché dei soci persone fisiche titolari di partecipazione di maggioranza, anche relativa, non sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e

eventuali osservazioni pervenutegli dal Ministero dell'Interno, Ministero della Giustizia ed ANAC. A tal fine l'AGCM trasmette tempestivamente copia della richiesta ai predetti enti, nonché alla Commissione Consultiva *Rating* "composta da un rappresentante dell'Autorità, un rappresentante del Ministero dell'Interno, un rappresentante del Ministero della Giustizia, un rappresentante dell'ANAC e un rappresentante del mondo imprenditoriale" (art. 5, c. 3-bis).

Entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della richiesta l'AGCM dovrà deliberare l'attribuzione del *rating*, salve eventuali deroghe previste dal Regolamento (art. 5 e ss.). Il *rating* si esprime nell'attribuzione di una stelletta (★) che potrà essere accompagnata da un +. Il punteggio massimo è tre stellette (★★★) ed il metodo di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio è dettagliatamente descritto all'art. 3 del Regolamento¹⁵. L'AGCM, qualora il

successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito dalla legge 11 novembre 1983, n. 638 ; che non è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; c) che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna e non sono state adottate misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; d) di non essere destinataria di provvedimenti di condanna dell'Autorità e della Commissione europea per illeciti antitrust gravi, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating, salvo il caso di non imposizione o riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria in seguito alla collaborazione prestata nell'ambito di un programma di clemenza nazionale o europeo; d bis) di non essere destinataria di provvedimenti di condanna dell'Autorità per pratiche commerciali scorrette, ai sensi dell'art. 21, commi 3 e 4 del codice del consumo e di provvedimenti di condanna per inottemperanza a quanto disposto dall'Autorità, ai sensi dell'art. 27, comma 12 del codice del consumo, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating; e) di non essere destinataria di provvedimenti dell'Autorità competente di accertamento del mancato rispetto all'obbligo di pagamento di imposte e tasse e di accertamento di violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi relativi alle ritenute fiscali concernenti i propri dipendenti e collaboratori, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating. Sono esclusi gli atti di accertamento per i quali, nei casi previsti dalla legge, vi sia stato il pagamento a seguito di adesione o acquiescenza; f) di non essere destinataria di provvedimenti dell'Autorità competente di accertamento del mancato rispetto delle previsioni di legge relative alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating; g) di effettuare pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia di mille euro esclusivamente per il tramite di strumenti di pagamento tracciabili, anche secondo le modalità previste nella determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici; h) di non essere destinataria di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici di cui è o è stata beneficiaria, per i quali non siano stati assolti gli obblighi di restituzione, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating; i) di non essere destinataria di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC di natura pecuniaria e/o interdittiva e che non sussistono annotazioni nel Casellario informatico delle imprese di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 207/2010 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 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.

¹⁵ Il metodo di valutazione è esposto sinteticamente nella pagina web dell'AGCM nel settore dedicato al *rating* di legalità: "Per ottenere il punteggio minimo l'azienda dovrà dichiarare che l'imprenditore e gli altri soggetti rilevanti ai fini del rating (direttore tecnico, direttore generale, rappresentante legale, amministratori, soci) non sono

procedimento si concluda con esito positivo, attribuirà un punteggio all'impresa richiedente ed inserirà l'impresa con il corrispondente punteggio in un apposito elenco. Il *rating* attribuito ha durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta. Durante tale periodo di durata i fatti che interessino i requisiti dell'impresa valutati in sede di attribuzione del *rating* saranno presi in considerazione al fine di revocare o modificare il *rating*. L'art. 8 del Regolamento, infatti, prevede che "l'Autorità pubblica e mantiene costantemente aggiornato in un'apposita sezione del proprio sito l'elenco delle imprese cui il rating di legalità è stato attribuito, sospeso, revocato, con la relativa decorrenza"¹⁶.

destinatari di misure di prevenzione e/o cautelari, sentenze/decreti penali di condanna, sentenze di patteggiamento per reati tributari ex d.lgs. 74/2000, per reati ex d.lgs. n. 231/2001, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del d.l. n. 463/1983, convertito dalla legge n. 638/1983. Per i reati di mafia, oltre a non avere subito condanne, non deve essere stata iniziata azione penale ai sensi dell'art. 405 c.p.p., né l'impresa dovrà essere destinataria di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità. Nei confronti dell'impresa, inoltre non dovrà essere stato disposto il commissariamento in base al d.l. n.90/2014 successivamente convertito in legge. L'impresa stessa non deve essere destinataria di sentenze di condanna né di misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al citato d.lgs. n. 231/2001. L'impresa non dovrà inoltre, nel biennio precedente la richiesta di rating, essere stata condannata per illeciti antitrust gravi o per violazioni del codice del consumo, per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, per violazioni degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori. Non dovrà inoltre avere subito accertamenti di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato, né avere ricevuto provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici per i quali non abbia assolto gli obblighi di restituzione e non essere destinataria di provvedimenti di accertamento del mancato pagamento di imposte e tasse. Dovrà inoltre dichiarare di non essere destinataria di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC di natura pecuniaria e/o interdittiva e che non sussistono annotazioni nel Casellario informatico delle imprese di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 207/2010 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. L'impresa dovrà inoltre dichiarare di effettuare pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia di mille euro esclusivamente con strumenti di pagamento tracciabili.

Il regolamento prevede ulteriori requisiti che, se rispettati, garantiranno alle imprese il punteggio massimo di 3 stellettes. Se ne verranno rispettati almeno 6 si otterranno due stellettes. In particolare le aziende dovranno: rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, delle linee guida che ne costituiscono attuazione, del Protocollo sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dalla Lega delle Cooperative, e a livello locale dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria; utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge; adottare una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001; adottare processi per garantire forme di Corporate Social Responsibility; essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; avere aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria; di aver adottato modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione. Sarà valorizzata anche la denuncia, all'autorità giudiziaria o alle forze di polizia, di reati previsti dal Regolamento commessi a danno dell'imprenditore o dei propri familiari e collaboratori, qualora alla denuncia sia seguito l'esercizio dell'azione penale."

¹⁶ In questo senso il sito web dell'AGCM nella sezione dedicata: "Il rating di legalità ha durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta. In caso di perdita di uno dei requisiti base, necessari per ottenere una 'stelletta', l'Autorità dispone la revoca del rating. Se vengono meno i requisiti grazie ai quali l'azienda ha ottenuto un rating più alto l'Antitrust riduce il numero di stellettes."

Dopo aver esposto per sommi capi l'*iter* operativo attraverso cui si perviene all'attribuzione del *rating* di legalità, così come si è fatto per il *Vademecum* AGCM, si indicano alcuni punti di riflessione.

In primo luogo, fermo il lodevole intento che ha motivato l'introduzione del *rating*, non si capiscono, anche alla luce dello stesso intento, le limitazioni soggettive dell'ambito di applicazione di cui all'art. 1, lett. b). In particolare per ciò che attiene all'indicazione di un fatturato minimo (due milioni di euro). Questa stride in maniera rilevante con le caratteristiche della realtà imprenditoriale italiana dove le micro-imprese¹⁷ rappresentano il 95% di tutte le imprese in Italia¹⁸. Ci si interroga allora se l'intento della previsione del *rating* sia quello non già di "premiare gli onesti *tout court*" bensì esclusivamente "gli onesti facoltosi".

Inoltre, a parere di chi scrive, lo strumento del *rating* di legalità poteva essere utilizzato in maniera più ardita prevedendone una applicazione relativa anche all'ambito dei contratti pubblici¹⁹. Sarebbe stato opportuno prevedere normativamente la possibilità per le stazioni appaltanti di prendere in considerazione il *rating* ottenuto, compatibilmente con l'interesse economico sotteso a qualsiasi gara ad evidenza pubblica. Attribuendo ad esempio alle stazioni appaltanti il potere di preferire, a parità di posizione in graduatoria, l'impresa con il *rating* più elevato.

Nello stesso senso, di attribuire rilevanza al *rating* nell'ambito dei contratti pubblici, buona parte dei requisiti di legalità indicati dal Regolamento AGCM (art. 2) ricalcano quanto previsto dall'art. 38 del Decreto legislativo n. 163 del 2006. Relativamente ai "doppioni", in un'ottica di *spending review*, collaborazione e coordinamento fra le diverse componenti dell'Amministrazione, sarebbe stato opportuno prevedere per le stazioni appaltanti la possibilità di rifarsi ai controlli svolti dall'AGCM, Ministero dell'Interno, Ministero della Giustizia, ANAC e Commissione Consultiva *Rating*, in modo alleggerire le verifiche che alle stesse si impongono. Sempre in un'ottica di contenimento dei costi e di snellimento dei procedimenti suscita interrogativi la scelta di onerare gli stessi enti di un doppia attività istruttoria. Abbiamo visto, infatti, che l'AGCM, il Ministero dell'Interno, il Ministero della Giustizia e l'ANAC dovranno

¹⁷ Con il termine "micro-imprese" universalmente ci si riferisce alle imprese con un numero di addetti inferiore a 10 unità ed un fatturato inferiore o pari a 2 milioni di euro.

¹⁸ Dato riportato dal sito Internet www.microimprese.eu.

¹⁹ Va letto in tal senso il "refuso" contenuto in un recente articolo pubblicato su "*La Repubblica*", il 29 gennaio 2015, reperibile su www.repubblica.it, dove espressamente si afferma: "Tutti a caccia delle "stelletto" per ricevere finanziamenti e commesse pubbliche." Dove il riferimento alle *commesse pubbliche* non può che intendersi riguardante le gare di appalto.



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

interessarsi dell'impresa richiedente. Stessa cosa dovrà fare la Commissione Consultiva *Rating* formata da un rappresentante per ciascun ente indicato ed un rappresentante del mondo imprenditoriale. Sostanzialmente, quindi, si onerano gli enti suddetti dello svolgimento per due volte della medesima attività. La situazione potrebbe divenire di ancor più dubbia utilità ove l'addetto al procedimento di attribuzione del *rating*, interno a tali enti, occupi anche la poltrona di rappresentante componente della Commissione Consultiva *Rating*.