

STUDIO LEGALE

Avv. Riccardo Sabadini, Avv. Isotta Farina, Avv. Elisa Marino, Avv. Riccardo Graziani, Avv. Marina Di Molfetta, Avv. Guido Fabbri, Avv. Federica Buzzi,
Viale della Lirica, n. 15 48124 Ravenna; Tel. 0544 408755 mail: legale@studiosabadinifarina.it

Evoluzione normativa e genesi del Rating di legalità. Le novità di cui al d. lgs. 50/2016

**Cesena, sede di Cooperativa Agricola
Cesenate, 25 novembre 2016**

a cura di

Avv. Riccardo Sabadini

Avv. Riccardo Graziani

Primi passi dell'Istituto del rating di legalità

L' art. 5 *ter*, comma 1 D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 ha assegnato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con l'obiettivo di «promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali», due principali compiti:

1. Segnalare al Parlamento, per questa specifica finalità, le necessarie modifiche normative;
2. Procedere alla elaborazione di un **rating di legalità**, stabilendone, con un proprio regolamento, criteri e modalità per la sua attribuzione.

NORMATIVA RILEVANTE

- **art. 5-ter, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27** (c.d. decreto "Cresci Italia"): introduzione dell'istituto del "rating di legalità" al fine di promuovere l'inserimento di principi etici nei comportamenti aziendali nonché di favorire l'accesso delle imprese al credito bancario ed ai finanziamenti erogati dalle pubbliche amministrazioni;
- **delibera dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 14 novembre 2012 n. 24075 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 18.12.2012 e ss. mm. ii.; regolamento di attuazione, per l'attribuzione del rating di legalità** (Cd. «Regolamento AGCM» da ultimo modificato anche dalla delibera n. 26166 del 13 luglio 2016);
- **decreto del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero dello sviluppo economico 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 da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario»

Benefici del Rating di legalità (art. 5 *ter* d.l. 1 /2012, D.M. MEF – MISE, 20.02.2014 N. 57)

le PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI tengono conto del rating in sede di concessione di finanziamenti

le BANCHE tengono conto del rating in sede di accesso al credito bancario

secondo le modalità definite da un Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero dello Sviluppo Economico (d.m. 20 febbraio 2014 n. 57)

Il contesto

Prima dell'introduzione del rating di legalità, l'ordinamento già prevedeva, oltre ad eterogenee fattispecie di diritto penale e limitatamente ad alcuni specifici ambiti, disposizioni volte al contrasto di comportamenti illegali nelle imprese, incluse le interferenze da parte di organizzazioni criminali.

Tra le altre ricordiamo:

- la disciplina delle cause ostative alla partecipazione delle imprese a procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 38 d. lgs. 163/2006 ora abrogato);
- la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica (**d. lgs. 231/01**).

Inoltre, su iniziative di singole imprese ed Associazioni si sono **sviluppati codici di condotta** che prevedono standard più elevati rispetto a quelli richiesti dalla legge (v. ad esempio Protocollo di legalità siglato da Confindustria e Ministero dell'Interno nel 2010).

Previsioni del d.m. 20 febbraio 2014, n. 57

*Rating di legalità e concessione di finanziamenti pubblici
(art. 3):*

Per concessione di finanziamenti pubblici si intende «la concessione da parte di una pubblica amministrazione ad un'impresa di un beneficio ai sensi dell'art. 7 c. 1 d.lgs. 123/1998»



Si tratta di benefici che assumono le seguenti forme:
credito di imposta, bonus fiscale, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato.

Premialità da parte delle Pubbliche Amministrazioni e Rating di Legalità

ALLEGGERIMENTO ONERI INFORMATIVI:

l'impresa è esonerata dal dichiarare il possesso di quei requisiti che costituiscono il presupposto per il rilascio del rating

(v. art. 18 L. 241/1990).

Va comunque prodotta documentazione Antimafia

SISTEMI DI PREMIALITÀ

preferenza in graduatoria;

attribuzione di punteggio aggiuntivo;

riserva di quota delle risorse finanziarie allocate.

Il sistema di premialità può prevedere graduazioni in ragione del punteggio di rating.

Rating ed accesso al credito bancario (artt. 4 – 6, d.m. 57/2014)

Gli Istituti di credito tengono conto del rating di legalità attraverso i seguenti sistemi di premialità:

riduzione dei tempi per la concessione di finanziamenti

riduzione dei costi per la concessione di finanziamenti

Le banche considerano il rating di legalità tra le variabili utilizzate per la valutazione del merito creditizio

Ruolo della Banca d'Italia

La Banca d'Italia ha il compito di vigilare sull'osservanza da parte degli Istituti di Credito delle disposizioni in materia di rating di legalità;

Entro il 30 aprile di ogni anno, le banche trasmettono una relazione sui «casi in cui il rating di legalità non ha influito sui tempi e sui costi di istruttoria o sulle condizioni economiche di erogazione».

Imprese interessate

L'art. 1 del regolamento Agcm, coerentemente a quanto sancito dall'art. 5 ter d.l. 1/2012, stabilisce che possa accedere al rating l'impresa (in forma individuale o collettiva):

- avente **sede operativa in Italia**;
- che abbia 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);
- che, alla data della richiesta di rating, risulti **iscritta nel registro delle imprese da almeno due anni**.

Requisiti per l'ottenimento del Rating di legalità

Nell'impostazione adottata dall'Autorità nel proprio regolamento, possiamo distinguere tra:

- **Requisiti necessari** all'attribuzione del rating, la cui sussistenza consente l'ottenimento del punteggio base (art. 2);
- **Requisiti ulteriori** che consentono di incrementare il punteggio base fino al valore massimo di tre «stellette» (art. 3).

Segue. **Requisiti necessari: assenza di condanne penali in capo all'imprenditore ed ai vertici aziendali (art. 2 comma 2 lett. A e B).**

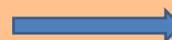
SOGGETTI RILEVANTI AI FINI DELL'ATTRIBUZIONE DEL RATING:

- Se impresa individuale: **titolare, direttore tecnico**
- Se impresa collettiva: **amministratori, direttore generale, direttore tecnico, rappresentante legale, soci persone fisiche titolari di partecipazione di maggioranza, anche relativa**
- A seguito della riforma del 2016 si tiene conto anche dei **procuratori speciali, qualora questi siano muniti di consistenti poteri decisionali e gestionali tali da essere assimilati al titolare o agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza e comunque dei soggetti che abbiano cessato la carica o la posizione nell'anno precedente alla richiesta.**

NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IN ELENCO, **NON** DEVONO ESSERE STATE ADOTTATE:

- misure di prevenzione personale e/o patrimoniale
- misure cautelari personali e/o patrimoniali
- sentenza di condanna
- decreto penale di condanna
- sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti

IN RELAZIONE AI SEGUENTI REATI



REATI PRECLUSIVI DELLA ATTRIBUZIONE DEL *RATING*:

- reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74;
- reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (tra cui indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico, Delitti di criminalità organizzata, Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione etc.);
- Reati di cui agli artt. 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p. (delitti contro la P.A.) art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463 (omesso versamento ritenute previdenziali e assistenziali);
- estorsione ex art. 629 c.p. (riforma 2016);
- reati di mafia (in tal caso basta il mero inizio dell'azione penale ex art. 405 c.p.p.)

Requisiti necessari: assenza di condanne a carico dell'impresa ai sensi del d. lgs. 231/2001 (art. 2 comma 2 lett. C)

- Nei confronti dell'impresa non deve essere stata pronunciata **sentenza di condanna** né adottate **misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati di cui al d. lgs. 231/01**; l'esistenza di queste condanne è causa ostativa dell'accesso al rating anche laddove le persone fisiche responsabili del reato non rivestano più le posizioni qualificate di cui all'art. 2 comma 2 lett. A e B;

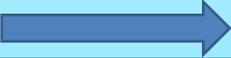
Requisiti necessari ulteriori

- **Assenza**, nel biennio precedente alla richiesta, di **provvedimenti definitivi di condanna** dell'Autorità e della Commissione Europea **per illeciti antitrust gravi**;
- Assenza di **provvedimenti di condanna dell'Autorità per pratiche commerciali scorrette** ai sensi dell'art. 21 commi 3 e 4 del Codice del Consumo e provvedimenti per inottemperanza a quanto disposto dall'Autorità ai sensi dell'art. 27 comma 12 del Codice del Consumo;
- Assenza di condanne per mancato **rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza** nei luoghi di lavoro (sempre che l'accertamento abbia ad oggetto un importo superiore a 1.000 euro, ovvero superiore a 3.000 euro nell'ipotesi di più provvedimenti di accertamento intervenuti nel biennio precedente la richiesta)
- **Assenza di condanne per violazioni degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali** nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori;
- Assenza di **accertamenti di un maggior reddito imponibile** rispetto al dichiarato;
- Assenza di provvedimenti di **revoca di finanziamenti pubblici** per i quali l'impresa non abbia assolto gli obblighi di restituzione;
- Assenza di **comunicazioni o informazioni antimafia interdittive** in corso di validità;
- Effettuazione di pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla "soglia fissata dalla legge in vigore sulla disciplina dell'uso del contante" esclusivamente con **strumenti di pagamento tracciabili**;
- **Assenza di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC** di natura pecuniaria e/o interdittiva 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 divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating.

Ipotesi specifica di esclusione dal rating (riforma del 2016)

- A seguito delle modifiche apportate dalla delibera 26166 del 2016, il rating non può essere conseguito dalle **imprese collettive controllate**, di diritto o di fatto, **da società o enti esteri per i quali**, in virtù della legislazione dello stato in cui hanno sede, **non sia possibile l'identificazione dei soggetti che detengono le quote di proprietà del capitale o comunque il controllo**.
- Nella versione definitivamente approvata del Regolamento è fatta, tuttavia, **salva la possibilità che l'ente sia ugualmente in grado di fornire informazioni sui predetti soggetti**.

Requisiti per l'ottenimento di un punteggio superiore (art. 3 reg. AGCM)

- Rispetto di **Protocolli di legalità**: sono specificamente menzionati il Protocollo di legalità stipulato da Confindustria e da Lega delle Cooperative con il Ministero dell'Interno;
 - **Tracciabilità dei pagamenti** anche per importi inferiori alla "soglia fissata dalla legge in vigore sulla disciplina dell'uso del contante";
 - **Adozione di una funzione/struttura organizzativa** che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o il modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 231/01;
- 

Segue. Requisiti per l'ottenimento di un punteggio superiore (art. 3 reg. AGCM)

- Adozione di processi volti a garantire forme di **Corporate Social Responsibility** anche attraverso l'adesione di programmi promossi da organizzazioni nazionali/internazionali;
- Iscrizione elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori **non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa**;
- Adesione a **codici etici di autoregolamentazione** adottati da Associazioni di Categoria ed aver previsto **clausole di mediazione** nei contratti tra imprese e consumatori;
- Adozione di modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione;
- **Denuncia all'Autorità Giudiziaria di reati previsti dal regolamento AGCM** commessi a danno dell'imprenditore o dei propri familiari e collaboratori (punteggio aggiuntivo).

Il procedimento per l'attribuzione del rating (art. 2 c. 1, art. 5 Reg AGCM)

- L'impresa deve presentare all'Autorità apposita **domanda sottoscritta dal legale rappresentante** e redatta mediante **compilazione del formulario** pubblicato sul sito internet dell'Autorità e recentemente rivisto con la riforma del 2016 (art. 2 c. 1 Reg. AGCM);
- La presentazione della domanda è possibile **esclusivamente in via telematica** (firma digitale del legale rappresentante con copia di documento di identità);
- Il **possesso dei requisiti** è attestato mediante **autocertificazione** del legale rappresentante (si applica il d.p.r. 445/2000); tuttavia, l'**assenza di comunicazioni o informazioni antimafia** interdittive è verificato dall'Autorità mediante la consultazione della **banca dati unica della documentazione antimafia** di cui all'art. 96 d. lgs. 159/01;
- In generale l'Autorità può **richiedere informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni** circa la sussistenza dei requisiti dichiarati per l'attribuzione del rating.
- **L'Autorità delibera l'attribuzione del Rating entro 60 giorni** dalla richiesta. I Ministeri dell'Interno e della Giustizia e l'Autorità Nazionale Anticorruzione possono formulare osservazioni. In tal caso il termine è prorogato di 30 giorni. Le informazioni richieste ad altre Pubbliche Amministrazioni devono pervenire entro 45 giorni.

La commissione consultiva Rating

Le richieste di attribuzione del rating vengono trasmesse, altresì, 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
- un rappresentante del mondo imprenditoriale.

Possibili Esiti

Adottata la delibera, l'Autorità comunica al richiedente l'esito dell'istanza:

- In caso di **accoglimento**: l'impresa viene inserita nell'apposito elenco consultabile sul sito dell'Autorità;
- In caso di **esito negativo**: l'Autorità comunica all'impresa i motivi ostativi e l'impresa può presentare osservazioni scritte entro 15 giorni;

Il ruolo dell'Anac

- Come abbiamo visto, i requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare, del rating di legalità. Pertanto, non sorprende che il nuovo codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016) abbia **inserito formalmente tra i compiti dell'ANAC quello di collaborare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del rating di legalità** e che la medesima previsione sia stata aggiunta al Regolamento.
- Tuttavia, in questo caso non può parlarsi di una vera novità, posto che anche prima dell'introduzione delle modifiche l'ANAC ha svolto una rilevante opera di controllo sulle imprese richiedenti il rating di legalità, come illustrato da tale Autorità nella propria Relazione Annuale del 2015.
- **L'ANAC** o uno degli altri soggetti partecipanti alla Commissione consultiva Rating di cui all'art. 5, comma 3-bis del Regolamento **può infatti segnalare la sussistenza di "elementi e comportamenti oggettivamente rilevanti"**. Tali segnalazioni danno luogo alla sospensione del procedimento al fine di eseguire i necessari aggiornamenti per un termine che può protrarsi anche per 12 mesi ed è rinnovabile motivatamente per i casi più gravi.

Durata del rating e suo rinnovo

- Il rating ha validità per **due anni**; per il **rinnovo**, l'impresa deve inviare all'Autorità, nei 60 giorni precedenti la scadenza, una **certificazione attestante la permanenza di tutti i requisiti** (art. 6 Reg. AGCM); il procedimento segue la disciplina prevista per la prima attribuzione (durata di 60 giorni, trasmissione ai Ministeri dell'Interno e della Giustizia, informazioni alle PP.AA. etc).

Revoca del Rating

Se nel periodo di validità del rating vengono meno i requisiti in base ai quali era stata deliberata l'attribuzione, bisogna distinguere:

- Se si tratta di requisito essenziale di cui all'art. 2, l'Autorità dispone la revoca;
- Se si tratta delle condizioni facoltative per l'incremento del punteggio, l'Autorità si limita ad una riduzione dello stesso;
- Se il rilascio del rating è avvenuto sulla base di dichiarazioni false o mendaci, lo stesso è revocato dal momento in cui l'Autorità è venuta a conoscenza della natura di dette dichiarazioni.

Sospensione del Rating

L' Autorità dispone (vi è tenuta, mancando qualsiasi discrezionalità) la sospensione del rating sino alla pronuncia di primo grado o sino al perdurare della misura cautelare;

•Nel caso di **rinvio a giudizio o di adozione di misure cautelari per uno dei reati di cui all'art. 2**

L'Autorità può disporre (ma non vi è tenuta) la sospensione anche quando

•sia stato **adottato uno dei provvedimenti di cui all'articolo 2, comma 2, lettere d, d) bis, e, f e h, i del regolamento AGCM** (condanne per illeciti antitrust gravi, per pratiche commerciali scorrette, accertamenti di maggior reddito, accertamenti di violazioni in tema di salute, sicurezza o diritti dei lavoratori, revoca di finanziamenti pubblici, provvedimenti sanzionatori ANAC) **e il provvedimento sia oggetto di contestazione**. Se l'Autorità ritiene di sospendere il rating, **la sospensione opera fino al passaggio in giudicato della pronuncia dell'Autorità Giudiziaria** che ha deciso il ricorso contro il provvedimento.

Contraddittorio procedimentale

Il procedimento volto all'eventuale revoca, riduzione del punteggio o sospensione del rating contempla uno spazio per il contraddittorio con l'interessato:

- prima della formale adozione del provvedimento, **l'Autorità comunica all'impresa i motivi** che ostano al mantenimento del rating o alla conferma del punteggio già attribuito o che comportano la sospensione del rating;
- dal ricevimento della comunicazione **l'impresa ha quindici giorni di tempo per poter presentare le proprie osservazioni scritte** e si ha una corrispondente sospensione del termine di conclusione del procedimento.

Obblighi informativi

Il regolamento (art. 7) impone all'impresa cui è stato attribuito il rating di **comunicare all'Autorità ogni variazione** dei dati riportati nei propri certificati camerali, qualunque evento **che incida sul possesso dei requisiti sui quali si basa il rating** e gli eventi che determinano o possono determinare la sospensione del rating.

-La comunicazione deve essere effettuata **entro dieci giorni dal verificarsi della variazione o dell'evento rilevante, pena la revoca** del rating.

-In base al regolamento **il Ministero dell'Interno e le altre pubbliche amministrazioni**, per quanto di loro competenza, **comunicano all'Autorità "non appena ne siano venuti a conoscenza" ogni variazione intervenuta nei requisiti essenziali per l'attribuzione del rating**, nonché gli eventi che possono indurre l'Autorità a sospendere il rating ai sensi dell'articolo 6, comma 7.

Segue obblighi informativi

- Gli obblighi informativi di cui all'art. 7 Reg. AGCM sono da adempiersi entro 10 giorni, pena la revoca (la mancata soddisfazione dell'obbligo informativo comporta la revoca a prescindere dalla sussistenza o meno dei requisiti);
- Tuttavia, sotto questo profilo di tempestiva comunicazione, esiste un problema per taluni obblighi informativi: ad esempio, l'impresa potrebbe non avere immediata conoscenza di un trasferimento di quote che comporti la modifica della maggioranza relativa.
- Con la riforma del 2016, alla Guardia di Finanza è stato attribuito il compito di eseguire controlli sulla regolarità fiscale e contributiva delle imprese in possesso del rating. A tal fine, l'Autorità individuerà ogni anno un campione rappresentativo, distribuito uniformemente sul territorio nazionale, pari al 10% delle aziende ammesse al relativo elenco e ne comunicherà il nominativo al corpo di polizia tributaria.

L'elenco delle imprese con Rating di legalità

Il rating di legalità è soggetto a un particolare sistema di pubblicità, basato su un **elenco on-line** accessibile in un'apposita sezione del sito internet dell'Autorità (art. 8 Reg. AGCM).

- Nell'elenco sono indicate le imprese cui il rating è stato attribuito, sospeso o revocato.
- È riportata altresì la decorrenza di ciascun provvedimento.

Questo sistema assicura la massima trasparenza circa l'effettivo possesso del rating ed eventuali vicende modificative.

Vicende societarie

- L'attribuzione del *rating* inerisce alle qualità dell'impresa, così per come essa si è strutturata, per come opera e per come è stata riconosciuta ;
- **L'attribuzione del Rating non potrà transitare automaticamente ;**
- nel caso in cui si verifichi una operazione societaria straordinaria o si verifichi una operazione riguardante l'azienda scatterà l'obbligo informativo di cui ad art. 7 alla cui stregua **"l'impresa cui e' stato attribuito il rating e' tenuta a comunicare all'Autorità ogni variazione dei dati riportati nei propri certificati camerali"**; pertanto, **rientreranno in questo novero anche tutte le operazioni straordinarie e tutte le operazioni concernenti l'azienda.**

Rating e contratti pubblici

L'utilizzo del Rating di legalità come requisito di partecipazione a una gara appariva, già col previgente codice degli appalti, incompatibile con **il principio di non discriminazione** in quanto:

- non tutte le imprese che astrattamente possano partecipare ad una gara, possono essere ammesse ad ottenere il rating (**sede operativa in Italia, 2.000.000 di euro di fatturato, due anni di iscrizione al Registro delle Imprese**)
- Inoltre, non tutte le imprese sono in condizioni di avere lo stesso *livello di rating* (ad esempio non tutte le imprese possono aderire al protocollo di legalità sottoscritto da Confindustria e ACI, ma non da altre Associazioni; non tutte le imprese possono effettuare denunce per attività estortive subite).

Rating e cause di esclusione

La mancanza del *rating* non può essere vista *sub specie* di causa di esclusione dalle procedure di gara, posto che

(i) vige il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 45 e ss. Direttiva 2004/18) ;

(ii) non esiste piena coincidenza tra le cause previste a pena di esclusione dalla normativa sugli appalti e quelle ostative al rilascio del *rating*.

Rilievo del *rating di legalità* con il nuovo codice appalti. Vantaggi

- il d.lgs. n. 50/2016 oltre ad introdurre l'inedito istituto del rating d'impresa contiene alcune disposizioni nelle quali assume una specifica valenza anche il rating di legalità;
- **l'art. 93 c. 7** (disposizioni in materia di garanzie per la partecipazione alle procedure di gara) **prevede che, nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30%** (non cumulabile, tuttavia, con le altre riduzioni indicate nel medesimo comma) **per gli operatori economici in possesso del rating di legalità**;
- L'art. 95 (Criteri di aggiudicazione dell'appalto) del codice, inoltre, dispone al comma 13 che, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, **le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità dell'offerente.**

Rilievo del *rating di legalità* nella legislazione regionale

- Il 26.10.2016 l'Assemblea legislativa regionale dell'Emilia Romagna ha approvato il nuovo "**Testo Unico per la promozione della legalità e per la valorizzazione della cittadinanza e dell'economia responsabile**". Si tratta di un provvedimento, comprensivo di 49 articoli, in cui sono previste numerose e sostanziali misure di prevenzione e contrasto alla corruzione e alla criminalità organizzata;
- Per quanto riguarda la **promozione della legalità**, il Testo Unico introduce alcune disposizioni innovative, fra cui **l'articolo 13 che amplia l'ambito di utilizzo del Rating di legalità**;
- Il primo comma dell'art. 13 prevede infatti che «*Al fine di favorire la regolarità e la legalità degli operatori economici la Regione promuove e valorizza, come elemento di crescita responsabile dell'impresa e come valore sociale, l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali:*
a) **dando valore al rating di legalità delle imprese previsto dal decreto ministeriale 20 febbraio 2014 n. 57 [...] anche attraverso la previsione nei bandi per la concessione di benefici economici di almeno uno dei sistemi di premialità di cui all'articolo 3, comma 3 del decreto medesimo**».

Segue. Non è la prima volta che la Regione tiene conto del rating di legalità

Già in diversi bandi la Regione Emilia Romagna aveva preso in considerazione l'istituto.

Ciò è accaduto, per esempio, per il bando 2016 relativo allo «**Start up di imprese innovative**», nell'ambito del **POR FESR 2014-2020**.

In quella sede, tra i criteri di priorità e formazione degli elenchi delle imprese ammesse era **specificamente richiamato anche il rating di legalità**.

Rating di legalità e rapporti con il rating di impresa (art. 83 c. 10 d. lgs. 50/2016)

- Il nuovo codice degli appalti introduce l'istituto del rating di impresa;
- Segnatamente, viene **istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)**, che ne cura la gestione, il sistema del **rating di impresa, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese** (si ritiene pertanto che non potrà essere oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggi connessi al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione;
- Il suddetto sistema è **connesso a requisiti reputazionali** valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa;
- L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante **linee guida** adottate **entro tre mesi** dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/16. Un documento di consultazione ANAC è uscito nel giugno 2016.
- I **requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)**.
- il nuovo codice degli appalti (D.Lgs. 50/2016) ha inserito formalmente tra i compiti dell'ANAC quello di **collaborare con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del rating di legalità**.

Cenni sul Rating di impresa (art. 83 c. 10 d. lgs. 50/2016)

Nell'attribuzione del rating d'impresa occorrerà tenere conto (oltre che del rating di legalità) dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento, in particolare:

- al **rispetto dei tempi e dei costi** nell'esecuzione dei contratti;
- all'**incidenza del contenzioso**, sia in sede di partecipazione alle procedure di gara, sia in fase di esecuzione del contratto;
- della **regolarità contributiva**, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai **tre anni precedenti** (art. 83, comma 7).
- Per quanto concerne l'incidenza del contenzioso, il Consiglio di Stato ha evidenziato come la legge delega n. 11/2016, in realtà, faccia riferimento agli "accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi", rendendo in tal modo evidente che non è la mera esistenza di un contenzioso a poter influenzare il rating, quanto piuttosto la sua definitiva conclusione in senso sfavorevole al concorrente (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

Rating di impresa

*Un nuovo istituto da conoscere per
il suo miglior utilizzo*

Cesena, 25 novembre 2016



Avv. Riccardo Sabadini

Cosa significa rating

- In inglese il termine rating ha plurimi utilizzi tra loro abbastanza omogenei ...
- In generale ha il senso di valutazione, misurazione, attribuzione di una qualifica o di una posizione all'interno di una pluralità di soggetti misurata secondo parametri dati

Ed in effetti ...

- Il rating di impresa in due parole è ...
- La valutazione della quale l'impresa (che intende rapportarsi alla pubblica amministrazione) goda, in una graduatoria costruita dall'ANAC, sulla base di parametri predeterminati per legge o a cura dell'ANAC stessa.
- Tutte le imprese saranno valutate a differenza del rating di legalità (facoltativo e premiante, ma non obbligatorio, o adozione di un MOG anch'esso facoltativo e premiante, ma non obbligatorio).

Perché l'introduzione del rating di impresa ?

- Le finalità che il legislatore tenta di soddisfare, con l'introduzione del rating di impresa, sono molteplici

Ad esempio ...

- Ovvviare ai problemi particolarmente sentiti dalle imprese operanti nel mercato **secondo criteri di correttezza** nei confronti di quelle che invece **non operano secondo analoghi criteri di correttezza** ...
- **Cercare di correggere gli squilibri economici che alterano le regole concorrenziali che si generano tra imprese che rispettano le “regole” e quelle che non le rispettano**
- Consentire alla p.a. di **potere individuare le imprese che offrano le condizioni soggettive (non oggettive afferendo queste alla valutazione dell’offerta) migliori** per potere portare a corretta (secondo le previsioni cioè) il contratto

- Il rating di impresa è uno **strumento indice quindi di un percorso voluto dal legislatore e avviato per affinare la selezione delle imprese che contrattano con la p.a. (nel suo complesso) individuando quelle “qualitativamente” migliori** ...
- Si inserisce **quindi in una logica selettiva delle imprese e non influisce (o non dovrebbe influire) sulla individuazione del contraente che è sempre lasciata alla valutazione dell’offerta (secondo i criteri che qui non interessano)** ...
- Profondamente sentito e avvertito dalle imprese “sane” nei confronti di quelle che operano in maniera non corretta ...

Quindi il rating di impresa dovrebbe ...

- Servire come strumento che, giunto a regime, sia in grado di comparare tutte le imprese che operano nel mercato italiano e, quindi, per quanto possibile anche di quelle estere che intendano operare nel mercato italiano...
- Per effettuare la comparazione tra imprese, si utilizzeranno una pluralità di indici che diano una rappresentazione quanto più aderente al vero della impresa in relazione ai comportamenti che essa tiene o ha tenuto in precedenti rapporti con la p.a. con altri stakeholders (dipendenti)

Strumenti ed istituti affini

- In questo si registra già una non piccola differenza rispetto a:
- rating di legalità (un sistema che misura una parte del comportamento del rating di impresa che ne tiene conto);
- White list presso le prefetture finalizzate ad accelerare le tempistiche per alcune verifiche.

Quindi ...

- Finalità da raggiungere meritevole di amplissima considerazione perché si propone di raggiungere un obiettivo ambiziosissimo valutare il comportamento complessivo di una impresa premiandola per la correttezza dei comportamenti che essa tiene in relazioni a fatti che vengono valutati significativi disincentivandola, invece, a tenere comportamenti non corretti

Gli estremi del rating ...

- Da un lato le cause di esclusione di cui all'art. 80 del codice: gli elementi indice (alcuni non tutti o non solo quelli utilizzati) sono tali da rendere presuntivamente inidonei i soggetti che siano incorsi in tali situazioni giuridiche dal che deriva una esigenza di coordinamento tra i due istituti ...
- All'altro estremo la possibilità di selezionare i partecipanti tramite questi nuovi istituti (vedi dopo) ...
- Nel mezzo situazioni intermedie: la premialità degli artt. 93 settimo comma (riduzione delle fideiussioni) o 95 tredicesimo comma (valutazione per rating di legalità)

Il dato normativo è contenuto nell'art. 83 comma decimo d.lgs. 50/16

- E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

Chi gestisce il rating

- ANAC quindi (dal materiale di consultazione) deve:
- Individuare l'algoritmo di calcolo del Rating di impresa;
- Individuare gli indici reputazionali (oltre quelli dati per legge) utili al calcolo del Rating di impresa, evitando la sovrapposizione con altri elementi che già incidono sulla qualificazione delle imprese o sono rilevanti ai sensi dell'art. 80 del Codice [cause di esclusione] o che impediscono la qualificazione;
- Predisporre gli strumenti e le modalità con le quali registrare il flusso di dati che deve intercettare tra le stazioni appaltanti e l'Osservatorio per permettere all'ANAC di disporre delle informazioni necessarie al calcolo del rating di impresa;
- Curare l'implementazione del sistema di penalità e premialità mantenendolo adeguato alla evoluzione dei mercati.

L'algoritmo (secondo le linee in discussione)

- Potrebbe prevedere un numero teorico (es. 100) massimo raggiungibile a comporre il quale vengono valutati :
- in positivo elementi premiali (MOG 231 , rating legalità) ,
- In negativo elementi penalizzanti (non ho pagato i contributi).
- L'ANAC propone in alternativa un sistema tipo patente a punti (cioè da cui vengono detratti gli elementi negativi)

I requisiti reputazionali indicati già nell'art. 83 decimo comma

- 1. indici espressivi della capacità strutturale dell'impresa (che dovrà comunque essere lasciata alle SOA) e tale da non impedire (anzi se possibile incentivare) l'avvio di nuove imprese;
- 2. il rispetto dei tempi e dei costi previsti per l'esecuzione (in positivo ed in negativo) ;
- 3. l'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle gare che di esecuzione dei contratti (grandi problemi sul come considerarlo: diritto di difesa ? Sanzione accessoria comminata dalla stessa A.G.?) ;
- 4. il Rating di Legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
- 5. la regolarità contributiva, compresi i versamenti alle casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti;
- 6. la presenza di misure sanzionatorie amministrative per i casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.

Gli ulteriori elementi che possono andare a comporre il rating

- Inevitabilmente (documento di discussione per linee guida) gli ulteriori elementi emergeranno dalle valutazioni sulle condotte tipiche (o maggiormente tipiche) annotate a causa di segnalazione all'osservatorio (condotte art. 80 quinto comma lett. c) Codice)
- Certamente dovrebbero entrare gli elementi fiscali allo stato non ancora entrati nel novero
- Sotto il profilo premiale l'adozione MOG 231 con alcune precisazioni:
 - a. l'individuazione delle aree a maggior rischio di compimento di reati;
 - b. la previsione di idonee procedure per la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente nelle attività definite a maggior rischio di compimento di reati;
 - c. l'adozione di modalità di gestione delle risorse economiche idonee ad impedire la commissione dei reati;
 - d. la previsione di un appropriato sistema di trasmissione delle informazioni all'organismo di vigilanza;
 - e. la previsione di misure di tutela dei dipendenti che denunciano illeciti;
 - f. l'introduzione di strumenti di monitoraggio e verifica volti a valutare l'efficacia delle misure introdotte e l'effettiva utilizzazione del modello attraverso la previsione di appositi organismi deputati allo svolgimento di tali attività.

Elementi di problematicità non chiariti dalla norma primaria

- Peso e ponderazione degli elementi in relazione alla loro importanza
- Criteri di temporalità per tenere conto degli elementi
- Attendibilità delle informazioni (ad es. criteri valutativi per l'efficacia del MOG?)

Altri elementi non considerati dalla norma primaria

- Possibilità di interlocuzione dell'impresa in relazione alla attribuzione del rating
- Necessità per l'impresa di avere **tempestivamente** l'informazione che il suo rating cambia
- Necessità per l'impresa di avere **tutte le informazioni** che concorrono a formare il rating sopperendo alla asimmetria informativa esistente tra ANAC e impresa
- Necessità di avere **uno strumento sottoposto ad una valutazione di un terzo (AGA?) veloce per la soluzione di eventuali controversie e contrasti**

Altri elementi non considerati dalla norma primaria

- Necessità di dare soluzione a questo problema per poi decidere **anche come attuare la modifica del rating**
- **Si deve fornire preventivamente all'impresa la notizia con instaurazione di un contraddittorio?**
- **Il rating cambia ad ogni informazione ?**
- **Cambia a scadenza fissa ?**
- **Le imprese possono interloquire sul rating delle altre imprese? Su tutte? Su quelle che partecipano alla loro stessa gara?**

Le asimmetrie informative tra imprese ed ANAC e possibili effetti delle stesse

- L'ANAC quali fonti può utilizzare per acquisire informazioni rilevanti?
- In particolare possono essere acquisite informazioni da quelle che pervengano dalle procure in adempimento all'art. 32 d.l. 90/2014 e relativi protocolli attuativi ?
- Esiste un obbligo in capo ad ANAC di dare informative di questi elementi?

Lo stato del percorso

- Aprile 2016 adozione della norma primaria
- Inizio giugno 2016 elaborazione da parte di ANAC dei temi oggetto delle linee guida
- Fine giugno scadenza dei termini per le osservazioni e proposte

Le osservazioni ACI al documento di consultazione ...

- Migliore e più rigorosa definizione di cosa si intenda per sola valutazione per la qualificazione dell'art. 83 comma decimo : sino a dove si può estendere
- Limitazione ai fini del calcolo solo degli elementi di fatto a circostanze emerse post adozione del sistema
- Rating da calcolarsi in maniera diversa tra opera e servizi stante una loro diversa oggettivazione
- Applicazione a tutti i livelli di importo

Segue osservazioni ACI

- Il sistema di calcolo deve essere tale da non penalizzare impesi di minori dimensioni
- Indici strutturali dell'impresa valutati temporalmente e in via tendenziale
- Problematicità sugli indici derivanti dal contenzioso
- Problematicità del riferimento all'art. 80 (cause di esclusione) stante il potere che anche arbitrariamente viene attribuito alle s.a.
- Possibile richiamo a schemi organizzativi adottati dalle associazioni datoriali in luogo del MOG 231

Segue osservazioni ACI

- Introdurre elementi premianti per politiche ambientali
- Intervenire per ottenere la maggiore chiarezza nei rapporti tra rating e OEPV (offerta economicamente più vantaggiosa) anche per evitare utilizzi distorti i quanto il rating è **da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese,**
- Introdurre e valutare percorsi di ravvedimento operoso
- Necessità di adottare percorsi di adeguamento che tengano conto del principio di parità di trattamento

Segue osservazioni ACI

- Per quanto riguarda le specificità del sistema cooperativo l'ACI evidenzia la necessità di prestare attenzione allo strumento consortile
- Manca un riferimento alla struttura patrimoniale delle cooperative ai fini degli indici della capacità strutturale