



Gestione del rischio e capacità di competere

Ginevra Bruzzone

Assonime

Roma, 21 novembre 2014

A monte dell'analisi dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ...

Una buona gestione del rischio a livello aziendale ha un impatto sulla capacità dell'impresa di competere

➡ Accesso al mercato dei contratti pubblici

➡ Accesso a meccanismi premiali (rating di legalità)

Inoltre:

- modelli di compliance e rischio di sanzioni: le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in tema di sanzioni

Il rischio di esclusione dal mercato dei contratti pubblici (1)

Le direttive europee del 2004 sugli appalti pubblici indicano una serie tassativa di cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione. Alcune sono cogenti, altre facoltative, nel senso che spetta allo Stato membro decidere se avvalersene (cfr. art. 45 della direttiva 2004/18/CE)

Il Codice dei contratti pubblici (art. 38) include anche cause facoltative

Le nuove direttive europee su appalti e concessioni (n. 23, 24 e 25 del 2014) ampliano sia l'elenco delle cause cogenti che quello delle cause facoltative di esclusione. Tra le cause facoltative, ad esempio, violazioni in materia ambientale, conflitto di interessi, carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale di un precedente contratto pubblico che hanno causato gravi conseguenze, ipotesi in cui la partecipazione dell'operatore alla preparazione della procedura può distorcere la concorrenza, "indicazioni plausibili" di accordi restrittivi della concorrenza

Il rischio di esclusione dal mercato dei contratti pubblici (2)

- In sede di recepimento e attuazione, occorre che le cause di esclusione siano utilizzate rispettando il principio di proporzionalità
- Le direttive prevedono la possibilità di un ravvedimento (art. 57, par. 6 della direttiva 2014/24/UE): l'operatore altrimenti escluso può dimostrare di avere adottato misure sufficienti a garantire la sua affidabilità, di avere risarcito o essersi impegnato a risarcire i danni, di avere chiarito fatti e circostanze collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. L'amministrazione valuta se le misure sono sufficienti

L'accesso ai meccanismi premiali: il rating di legalità (art. 5-bis, d.l. 2012)

Meccanismo premiale per i soggetti che si astengono da gravi violazioni, adeguano l'organizzazione dell'impresa per prevenire gli illeciti e eventualmente si autoimpongono standard di comportamento più virtuosi di quelli imposti dalla normativa

Attribuito su istanza di parte dall'AGCM

Requisiti e procedure fissati nel regolamento AGCM 14 novembre 2012 (già modificato due volte, prevista ulteriore modifica)

Valenza premiale (decreto ministeriale n. 57 del febbraio 2014):

- impatto reputazionale
- accesso ai finanziamenti pubblici (benefici ex art. 7, comma 1, d.lgs. n. 123/1998): riduzione oneri informativi, priorità a parità di altre condizioni
- accesso al credito bancario: accelerazione dell'istruttoria, considerazione nella valutazione del merito di credito. Obbligo di reporting annuale alla Banca d'Italia sui casi in cui il rating non avuto impatto sui due profili

Requisiti necessari per il rating di legalità (1)

A carico di amministratori, direttore generale, direttore tecnico, rappresentante legale e soci persone fisiche titolari di partecipazione di maggioranza anche relativa:

- non siano state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non sia 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 n. 231/2001 e per i reati tributari di cui al decreto legislativo n. 74/2000 e successive modifiche (è sufficiente anche provvedimento non definitivo);
- non sia stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 del codice di procedura penale per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge n. 152/1991.
- Prevista inclusione di altre fattispecie relative ai rapporti con la PA (reati del codice penale che non sono nella 231 quali millantato credito, traffico di influenze illecite, inadempimento di contratti di pubbliche forniture ecc) e con lavoratori (omesso versamento di contributi)

I requisiti necessari per il rating di legalità (2)

- Assenza di sentenze di condanna/adozione di misure cautelari a carico dell'impresa ai sensi del d. lgs n. 231/2001. Sufficienti anche provvedimenti non definitivi.

Per queste ipotesi sono previste deroghe per favorire la continuazione dell'attività di imprese sottoposte a sequestro o confisca. Passati 5 anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna (se non sono sorti ulteriori problemi) si può tornare a chiedere il rating

- Assenza di condanne **definitive** da parte dell'AGCM o della Commissione europea per illeciti antitrust gravi. Dopo due anni torni ad avere accesso.
- Assenza di condanne **definitive** da parte dell'AGCM per pratiche commerciali scorrette (art. 21, commi 3 e 4 – rischi per salute e sicurezza e tutela dei minori) e di condanne per inottemperanza in quest'ambito. Dopo due anni torni ad avere accesso
- Assenza di accertamenti definitivi del mancato rispetto all'obbligo di pagamento di imposte e tasse (esclusi i casi di pagamento a seguito di adesione o quiescenza). Dopo due anni, torni ad avere accesso

I requisiti necessari per il rating di legalità (3)

- Assenza di accertamenti definitivi per violazioni delle norme relative a salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e violazioni in tema di obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e pre ritenute fiscali concernenti i lavoratori
- Violazioni delle disposizioni sull'utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili per gli importi superiori a 1000 euro
- Assenza di provvedimenti definitivi di revoca di finanziamenti pubblici per i quali non siano stati assolti gli obblighi di restituzione
- Assenza di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive

I sette requisiti per ottenere punteggio aggiuntivo

- Rispetto del Protocollo di legalità di Confindustria e altri protocolli sottoscritti dal Ministero interno o dalle prefetture con associazioni di imprese
- Tracciabilità dei pagamenti oltre quanto richiesto dalla legge
- Adozione di una funzione o struttura organizzativa di compliance, anche in outsourcing, o di un modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001
- Adesione a programmi di corporate social responsibility (nel Formulario sono menzionati esempi quali linee guida OCSE per le imprese multinazionali)
- Iscrizione in una white list delle imprese non soggette a tentativi di infiltrazione mafiosa (l. n. 70/2011, l. n. 190/2012; cfr. anche dPR 18 aprile 2013)
- Adesione a codici etici di autodisciplina adottati dalle associazioni di categoria o previsione di clausole di mediazione nei contratti con i consumatori o adozione di protocolli tra associazioni di consumatori e associazioni di imprese per l'attuazione di conciliazioni paritetiche
- Denuncia all'autorità giudiziaria o alla polizia di reati previsti dal regolamento commessi a danno dell'imprenditore, dei familiari o dei collaboratori (subordinato all'esercizio dell'azione penale)

Avvertenze per evitare impatto reputazionale negativo

Il rating è pubblicato sul sito dell'Autorità e dura due anni. La revoca, la riduzione o anche la sospensione del rating può avere un impatto reputazionale negativo

Revoca:

- nel caso di dichiarazioni false o mendaci
- se viene meno uno dei requisiti essenziali

Riduzione del rating:

- se viene meno uno dei requisiti aggiuntivi

Sospensione del rating:

- rinvio a giudizio o adozione di misure cautelari personali o patrimoniali per uno dei reati previsti dall'art. 2 (sino alla pronuncia di primo grado o nel perdurare della misura cautelare)
- adozione di un provvedimento non definitivo per illeciti antitrust gravi ecc.

Modelli di compliance e sanzioni: le linee guida dell'AGCM (1)

Da tempo le imprese chiedevano che, come avviene nel Regno Unito, l'autorità di concorrenza italiana in sede di irrogazione delle sanzioni per violazione delle disposizioni antitrust considerasse come fattore attenuante l'adozione di un serio programma di compliance da parte dell'impresa, così da incentivare la prevenzione degli illeciti

Da pochi giorni l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha adottato le [“Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie”](#) da essa irrogate per le violazioni delle norme, nazionali o europee, a tutela della concorrenza, ampiamente ispirate agli orientamenti della Commissione europea

Modelli di compliance e sanzioni: le linee guida dell'AGCM (2)

La quantificazione della sanzione viene articolata in due momenti:

- individuazione dell'importo di base (percentuale del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto della violazione - da determinare in funzione della gravità di quest'ultima, fino a un massimo del 30% - moltiplicata per il numero di anni di partecipazione di ciascuna impresa all'illecito), eventualmente integrato mediante l'inserimento di un ammontare supplementare per assicurare l'effettiva deterrenza nei casi relativi alle più gravi restrizioni della concorrenza
- adeguamenti dell'importo base per tenere conto di specifiche circostanze aggravanti o attenuanti (per ciascuna delle quali è prevista un'incidenza sull'importo base fino al 15%, con un massimo del 50%; l'importo base potrà essere aumentato fino al 100% nei casi di recidiva)

Modelli di compliance e sanzioni: le linee guida dell'AGCM (3)

Tra le circostanze attenuanti, figura “l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali”. Non è sufficiente la mera esistenza di un programma di *compliance*: occorre dimostrare un “effettivo e concreto impegno” al rispetto di tale programma.

Al riguardo, l'Autorità fornisce alcune indicazioni: un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing

E' un ulteriore incentivo per le imprese, oltre all'obiettivo di prevenire efficacemente le violazioni, a dotarsi di programmi di compliance seri, non formali e modellati su standard elevati

Cfr. ad esempio *ICC Compliance Toolkit*