



ITALIAN CONFERENCE **V** CONVEGNO NAZIONALE

**AAI**  
ASSOCIAZIONE ANTITRUST  
ITALIANA

**23 - 24** MAGGIO / MAY 2019

I PRINCIPALI SVILUPPI  
NEL DIRITTO DELLA  
CONCORRENZA DELL'UNIONE  
EUROPEA E NAZIONALE

*MAIN DEVELOPMENTS  
IN EUROPEAN  
AND ITALIAN  
COMPETITION LAW*

## Programmi di *compliance*, sanzioni e *self-cleaning*

*Relazione introduttiva*

**Enrico Fabrizi**

## Perché adottare un programma di *compliance antitrust*: in generale

- Un programma efficace consente di prevenire l'insorgere di criticità *antitrust* e, quindi, **riduce i rischi** connessi ad eventuali infrazioni
- In caso di accertamento di un'infrazione grave da parte dell'AGCM, l'adozione e il rispetto di un programma di *compliance* (adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali) può essere valutato come circostanza attenuante, con possibile **riduzione della sanzione** altrimenti applicabile fino al **15%**

## Perché adottare un programma di *compliance antitrust*: le imprese che partecipano a gare pubbliche

Per le imprese che operano in *bidding markets* la *compliance antitrust* riveste **rilevanza particolare**, innanzi tutto in chiave preventiva, per due ordini di ragioni:

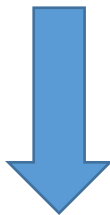
- Elevato rischio di coinvolgimento in procedimenti istruttori
- Ulteriori conseguenze derivanti dall'accertamento di un grave illecito *antitrust*

## La *compliance antitrust* nei *bidding markets*

- *Focus* dell'Autorità sulle gare, che espone tutte le imprese che partecipano (anche occasionalmente) a gare pubbliche a un **rischio** di coinvolgimento in procedimenti istruttori **statisticamente più elevato**:
- Negli ultimi anni, l'AGCM ha concentrato gran parte della propria attività di *enforcement* sul settore delle gare pubbliche
- Il 70% delle istruttorie avviate dall'AGCM nel 2018, per intese restrittive della concorrenza, ha riguardato comportamenti posti in essere dalle imprese in occasione della partecipazione a procedure di evidenza pubblica

## La *compliance antitrust* nei *bidding markets* (segue)

Alle **conseguenze** tipicamente derivanti da una violazione della normativa *antitrust* (sanzioni amministrative pecuniarie, azioni di risarcimento del danno, ecc.) se ne aggiunge un'altra **particolarmente gravosa** per le imprese che partecipano a gare pubbliche



Rischio di **esclusione dalle gare future**

## Le conseguenze della violazione nei *bidding markets*

Art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici (recepimento dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera g), della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 38, paragrafo 7, lettera f), della direttiva 2014/23/UE), contempla tra le (possibili) cause di **esclusione** dalla partecipazione ad una procedura d'appalto l'ipotesi in cui l'operatore economico si sia reso colpevole di «**gravi illeciti professionali**, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»

## Le conseguenze della violazione nei *bidding markets* (segue)

Linee Guida ANAC n. 6: annoverano tra le situazioni suscettibili di porre in dubbio l'affidabilità e l'integrità di un operatore economico «*i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*»

## Le Linee Guida ANAC

**L'esclusione** dell'impresa, che sia stata destinataria di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, non è **automatica**; è previsto l'«*obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto (...) all'esito di un **procedimento in contraddittorio** con l'operatore economico interessato*»

Tra gli elementi a favore delle imprese, da valutare nel contesto di tale procedimento, figurano anche eventuali **misure di self-cleaning**, adottate dall'operatore, idonee a dimostrare la sua integrità o affidabilità nell'esecuzione del contratto, nonostante l'esistenza di una causa ostativa

## Le Linee Guida ANAC (*segue*)

**Nel novero delle misure di *self cleaning***, indicate al par. 7.3 delle Linee Guida ANAC, su cui possono fare leva davanti alle stazioni appaltanti le imprese che abbiano subito un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, **rientra** anche l'aver adottato un **efficace programma di *compliance antitrust***

## Le conseguenze della violazione nei *bidding markets* (segue)

E' evidente come, in questo contesto, la **compliance** assuma un ruolo ancora più significativo:



alla sua funzione preventiva tipica, si aggiungono i benefici che ne possono derivare in occasione della partecipazione a gare pubbliche **successivamente all'accertamento di un'ipotesi infrattiva**

## Trattamento premiale e sua possibile valenza in chiave di *self cleaning*

Un programma di *compliance*, ritenuto adeguato dall'AGCM nella decisione di chiusura istruttoria, potrà rivestire una particolare valenza davanti alle stazioni appaltanti in occasioni di future gare

**Quid iuris** nell'ipotesi in cui il programma venga adottato (o integrato, se già esistente) dopo la decisione sanzionatoria dell'AGCM, senza passare al vaglio dell'Autorità?

**Minor valenza davanti alle stazioni appaltanti?**

## Decreto Sblocca Cantieri

La materia è in evoluzione:

- Le Linee Guida ANAC n. 6 sono state sottoposte a revisione (e il Consiglio di Stato ha già espresso il suo parere sul documento aggiornato)
- Nel frattempo è stato adottato il c.d. Decreto Sblocca Cantieri (D.L. 32/2019, entrato in vigore lo scorso 19 aprile)

Art. 216, comma 27-*octies* del D.L.: prevede l'emanazione di un **Regolamento** unico (da adottarsi - entro 180 giorni - con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni), che potrebbe riguardare anche alcuni aspetti affrontati dalle **Linee Guida ANAC**

## Considerazioni conclusive

Nel prossimo futuro, quindi, la disciplina potrebbe subire **significant** modifiche; interessante vedere se verranno raccolti alcuni spunti offerti dall'AGCM nelle sue segnalazioni sulle Linee Guida ANAC

In particolare, in tema di *self cleaning*, cfr. Segnalazione AGCM AS1474, del 13 febbraio 2018, in cui l'Autorità indica, nel novero delle misure che dovrebbero essere prese in considerazione dalla stazione appaltante, anche «*l'adesione a **programmi di clemenza** che hanno consentito l'accertamento dell'illecito o che consentano l'accertamento di altri illeciti*»