

Novità legislativa

LA VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE CONTRATTUALE MEDIANTE IL *RATING DI IMPRESA* COME GARANZIA DI AFFIDABILITÀ DELL'OPERATORE ECONOMICO: UN NOTEVOLE AGGRAVIO BUROCRATICO PER IMPRESE E STAZIONI APPALTANTI O *BEST PRACTICE* PER L'EFFICIENZA DEL SISTEMA?

Tra le novità introdotte con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16) viene in rilievo il *rating di impresa*, istituito concepito per innescare un opportuno processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici, in un'ottica di efficientamento del sistema e di promozione della qualità degli operatori economici. Ad oltre un anno dall'entrata in vigore, il punto rispetto alla sua concreta applicazione, anche alla luce delle modifiche introdotte con il D.Lgs. 56/17 del 19 aprile 2017 (c.d. decreto "correttivo appalti")

Una delle più significative novità introdotte dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16) è rappresentata dal c.d. *rating di impresa*, istituito pensato per valutare, valorizzare e di riflesso promuovere la *performance* contrattuale degli operatori economici.

A seguito dell'approvazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici e, segnatamente, dell'introduzione nell'ordinamento dell'istituto in questione, l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), essendo affidataria dei compiti di regolazione, certificazione e gestione del sistema di *rating*, ha avviato una serie di attività propedeutiche alla costituzione del sistema stesso e, in particolare, ha predisposto un documento, offerto in consultazione agli operatori economici nel mese di giugno 2016, nel quale ha tra l'altro evidenziato le difficoltà applicative della norma (cfr. art. 83, comma 10, del D.Lgs. 50/16), non risultando chiari taluni aspetti di particolare rilevanza. Le numerose osservazioni pervenute hanno confermato le predette difficoltà, perciò l'ANAC ha organizzato per il 30 settembre 2016 una riunione tecnica con rappresentanti delle imprese ed esperti giuridici in materia, i quali hanno trasmesso i loro contributi scritti.

Il risultato di queste attività, come dichiarato dall'ANAC, "è la difficoltà di costruire un sistema coerente con la ratio della norma (...) che dia certezza agli operatori economici e alle stazioni appaltanti senza introdurre adempimenti eccessivamente onerosi per la raccolta delle informazioni necessarie alla costruzione del sistema e la successiva elaborazione delle stesse, contravvenendo peraltro al divieto di *gold plating*".

Per questo motivo, l'ANAC, condividendo appieno "i principi e le finalità sottese all'introduzione del *rating di impresa* ritenendo l'istituto un elemento idoneo a innescare un opportuno processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici" e avendo tra l'altro rilevato che "si tratta di una svolta epocale per la contrattualistica pubblica idonea a porre l'Italia nella condizione potenziale di sviluppare una *best practice*, cui potrebbero ispirarsi i sistemi di acquisto di altri paesi europei" e che "il *rating di impresa*, così come descritto dalla vigente normativa, vale a dire costruito su un sistema di premialità (e penalità) da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, rischia di risolversi in un notevole aggravio burocratico per le imprese, le stazioni appaltanti e, in ultima analisi, l'Autorità", con atto di segnalazione n. 2 di data

1.2.17 ha sottoposto al Governo e al Parlamento una "proposta di correttivi", rilevando, in particolare, quanto segue: "L'Autorità, pertanto, esprime piena convinzione che un sistema di rating di impresa come quello attualmente disciplinato debba essere rivisto in considerazione: sia dell'attuale esclusivo collegamento di quest'ultimo alla qualificazione, in luogo del più opportuno suo inserimento tra gli elementi di valutazione dell'offerta qualitativa; sia della sua strutturazione, basata su elementi che non possono essere ritenuti, in alcuni casi, chiari indici di past performance, e che, peraltro, recano con sé un aggravio di oneri amministrativi e burocratici al sistema nel suo complesso (imprese, amministrazioni e Autorità); sia della necessità di coordinarlo correttamente con il diverso istituto del rating di legalità, che presenta precisi limiti soggettivi e oggettivi di applicazione".

Il legislatore, sulla base della segnalazione pervenuta dall'ANAC, con D.Lgs. 57/16 ha modificato il Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/16) e, in particolare, l'art. 83, comma 10, il quale attualmente dispone quanto segue: "È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema di rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, **su richiesta**. 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 l'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 della presente disposizione. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa e tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei **precedenti comportamenti dell'impresa**, con riferimento al

mancato utilizzo del soccorso istruttorio, **all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso** sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del **comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione**. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per **comportamenti anteriori** all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa".

Inoltre, ai sensi dell'art. 95, comma 13, del D.Lgs. 50/16 (come modificato dall'art. 60 del D.Lgs. 56/17), "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, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente".

Il rating di impresa, dunque, nell'attuale contesto normativo, rappresenta un elemento di valutazione dell'offerta del quale le imprese possono (facoltativamente) disporre per comprovare la propria affidabilità nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica di scelta del contraente ed aumentare così le chances di ottenere l'aggiudicazione del contratto di appalto, di fornitura o di servizio.

In attesa di conoscere le linee guida che l'ANAC dovrebbe adottare a breve (sulle quali sarà nostra cura pubblicare un'ulteriore newsletter), appare sin d'ora possibile tracciare un primo quadro, alla luce del documento di consultazione dell'ANAC denominato "Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese", degli elementi che concorreranno alla determinazione del rating di impresa:

- a) **rispetto dei tempi e costi**: saranno presi in considerazione, quanto all'attribuzione di penalità, i comportamenti complessivi dell'impresa, in fase di esecuzione, che de-

- terminano un ritardo imputabile all'esecutore ovvero un aumento dell'importo contrattuale dovuto a modifiche che si rendano necessarie per compensare ribassi, offerti in fase di gara, non economicamente sostenibili; quanto invece all'attribuzione di premialità, si potrà tenere in considerazione, ad esempio, la consegna anticipata dei lavori oppure la consegna senza iscrizione di riserve;
- b) incidenza del contenzioso: sulla base di una lettura costituzionalmente orientata che salvaguardi il diritto alla difesa in giudizio ex art. 24 della Costituzione, si prenderà in considerazione il contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrale con esito negativo, nei casi di declaratoria giurisdizionale di manifesta inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire o carenza di interesse, oppure nel caso di accertato abuso del processo, con condanna alle spese per lite temeraria, prevedendo al riguardo una graduazione della penalizzazione in relazione all'inammissibilità del ricorso o alla condanna per lite temeraria ex art. 26, comma 1, c.p.a.; non saranno presi in considerazione ai fini dell'attribuzione di penalità, i comportamenti delle imprese, di fatto soccombenti nella decisione, che si conformano a pareri di precontenzioso vincolanti;
- c) sanzioni per omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive: l'omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive costituisce anche una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. l), del D.Lgs. 50/16 se verificatasi e annotata dall'ANAC nel proprio casellario nell'anno antecedente; conseguentemente, ai fini del *rating di impresa*, rileva la determinazione da parte dell'ANAC di misure sanzionatorie amministrative, che si aggiungono alla sanzione dell'annotazione con effetto escludente: ciò porta a ritenere che ai fini della valutazione del *rating di impresa* possa essere considerato un arco temporale maggiore dell'anno

preso in considerazione ai fini dell'esclusione, fermo restando che deve darsi rilevanza alle sanzioni irrogate dall'Autorità e non anche alla sola annotazione;

- d) regolarità contributiva: la regolarità contributiva incide in termini premiali ai fini dell'attribuzione del *rating di impresa*, nel caso di assolvimento degli obblighi contributivi negli ultimi tre anni; l'eventuale irregolarità contributiva, seppur non grave né definitivamente accertata, rileva in termini di penalità ai fini dell'attribuzione del *rating di impresa*;
- e) ulteriori possibili requisiti reputazionali: secondo l'ANAC occorre fare riferimento, oltre agli elementi già individuati dall'art. 83, comma 10, del D.Lgs. 50/16 (sopra sinteticamente elencati), all'insieme dei comportamenti tenuti dall'impresa in fase di esecuzione, come ad esempio: gli inadempimenti delle operazioni contrattuali da parte dell'appaltatore che portano all'erogazione di penali, all'escussione di cauzioni o fidejussioni o alla risoluzione del contratto, nonché le ulteriori fattispecie che determinano i gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, comma 5, lettera c).

Inoltre, l'ANAC ha già evidenziato come "*deve costituire un ulteriore elemento di **valutazione positiva**, nell'ambito di un sistema di Rating di impresa gestito dall'ANAC, l'**adozione da parte delle imprese di un modello organizzativo idoneo, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 8 luglio 2001, n. 231***".

In conclusione, rinviando ad una prossima newsletter la disamina delle linee guida che l'ANAC approverà per disciplinare nel dettaglio il sistema di *rating di impresa*, appare opportuno che gli operatori economici siano sin d'ora informati, seppure a grandi linee, in ordine all'esistenza e al funzionamento di tale strumento, onde poter essere consapevoli delle conseguenze che il comportamento dell'impresa potrà determinare sull'individuazione del relativo *rating*.

ULTERIORI INFORMAZIONI SU QUESTO ARGOMENTO O SU FATTISPECIE CORRELATE POSSONO ESSERE RICHIESTE A:

avv. Ettore Bertò
+39 0461 23100 - 260200 - 261977
eb@slm.tn.it

DISCLAIMER

Le Newsletter di SLM rappresentano uno strumento di informazione gratuito a disposizione di tutti coloro che siano interessati a riceverle (newsletter@slm.tn.it). Le Newsletter di SLM non possono in alcun caso essere considerate pareri legali, né possono essere ritenute idonee a risolvere casi specifici in assenza di una preventiva valutazione della fattispecie concreta da parte di un legale.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003

Le Newsletter di SLM sono inviate esclusivamente a soggetti che hanno liberamente fornito i propri

dati personali in ragione di rapporti professionali intercorsi con SLM o in occasione di convegni, seminari, master, o eventi di altro genere. I dati forniti sono trattati secondo le modalità indicate dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). A tal fine i dati possono essere trattati

con o senza l'ausilio di mezzi elettronici e/o telematici ed essere comunicati per le medesime finalità ai dipendenti e collaboratori di SLM.

Il titolare dei dati personali ha i diritti previsti dall'art. 7 del "Codice in materia di protezione dei dati personali", tra cui il diritto di ottenere: i) la conferma dell'esistenza dei dati che lo riguardano e la loro comunicazione; ii) l'aggiornamento, la rettifica, l'integrazione e la cancellazione dei medesimi. Il titolare dei dati personali può inoltre opporsi all'ulteriore trattamento dei suoi dati.

Il titolare del trattamento è lo Studio Legale Marchionni & Associati (SLM), con sede in Trento, Viale San Francesco d'Assisi n. 8. Il titolare dei dati personali può rivolgersi, tramite l'indirizzo e-mail rv@slm.tn.it, per esercitare i diritti sopra indicati e per ottenere ulteriori informazioni.

Chi avesse ricevuto o ricevesse le Newsletter di SLM per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro può comunicarlo inviando una email a rv@slm.tn.it oppure cliccando il tasto "annulla iscrizione" posto in calce a ciascuna newsletter.