

30 DICEMBRE 2020

Il rating di impresa: disciplina, criticità
e prospettive di un istituto mai
applicato

di Martina Cardone

Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa
Università LUISS Guido Carli



Il rating di impresa: disciplina, criticità e prospettive di un istituto mai applicato*

di Martina Cardone

Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa
Università LUISS Guido Carli

Abstract [It]: Il rating di impresa è un indice di misurazione della reputazione delle imprese che partecipano alle gare pubbliche. La ratio sottesa a tale istituto è quella di promuovere l'efficienza nel nostro ordinamento e di far sì che le imprese siano le prime ad assicurare il rapporto di fiducia con le stazioni appaltanti. La finalità del rating di impresa, diversamente da quello di legalità, è dunque quella di instaurare un sistema di filtraggio delle imprese volto a garantire la sicurezza nel mercato, tenendo conto nella fase di aggiudicazione non solo dei requisiti economici validi e conformi all'oggetto del contratto, ma anche della "reputazione" dell'impresa in base ai precedenti appalti eseguiti. Il fondamento legislativo è rinvenibile nell'art. 83, comma 10, d.lgs. 50/2016, modificato dal d.lgs. 56/2017 e da ultimo dal d.l. 124/2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157. Le diverse modifiche apportate alla disciplina di tale istituto, tuttavia, sono state una chiara conseguenza delle difficoltà applicative riscontrate anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione. Il presente contributo, pertanto, sollevando alcune criticità che interessano l'istituto in esame, cerca di esaminare se e in che misura possa trovare applicazione lo strumento reputazionale senza ledere il diritto alla concorrenza, nel rispetto della natura premiale dell'istituto stesso.

Abstract [En]: The past performance evaluation (company rating) is an index of measuring the reputation of companies participating in public procurement. The reason behind this institution is to promote efficiency in our system and to ensure that companies are the first to ensure the relationship of trust with the contracting authority. The purpose of this instrument, unlike the legality rating, is to establish a company filtering system aimed at guaranteeing market security, taking into account in the award phase not only the valid economic requirements that comply with the object of the contract, but also of the "reputation" of the company, based on previous contracts executed. The legislative basis can be found in art. 83, co. 10, Legislative Decree 50/2016 amended by Legislative Decree 56/2017 and most recently by Legislative Decree 124/2019, converted with amendments by Law 19 December 2019, n. 157. The various changes made to the discipline of this institution were a clear consequence of the application difficulties encountered also by the National Anti-corruption Authority. This contribution, raising some critical issues affecting the institution in question, sought to examine whether and to what extent the reputational tool can be applied without affecting the right to competition, in compliance with the reward nature of the institution itself.

Sommario: **1.** Premessa. **1.1.** Brevi cenni sul *rating* di legalità e sulla lotta alla corruzione. **2.** Dalla legalità all'efficienza: il *rating* di impresa. **2.1.** Il rapporto tra la discrezionalità delle stazioni appaltanti e il perseguimento dell'efficienza. **2.2.** Ambiti di applicazione, criteri reputazionali e modalità di rilascio. **2.3.** Algoritmo di calcolo. **3.** Criticità e prospettive del nuovo indicatore reputazionale.

1. Premessa

Questo lavoro tenta di offrire una prima ricognizione sullo strumento del *rating*¹ così come si è venuto a configurare in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, che ha previsto il nuovo strumento di

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il termine "*rating*" dall'inglese "*to rate*" significa valutare o classificare. Tale terminologia ha trovato origine in ambito finanziario, infatti con la parola *rating*, precisamente, si fa riferimento ad un giudizio espresso dalle agenzie di *rating* (*credit*

classificazione. Il *rating*, all'interno del quadro della contrattualistica pubblica, rappresenta un indicatore a cui fa corrispondere determinati benefici a determinate condizioni, stimolando i soggetti – nel caso di specie le imprese – a possedere dei requisiti, fissati dal sistema e prevalentemente riconducibili a comportamenti virtuosi al fine di promuovere la legalità e l'efficienza.

L'intento principale della ricerca, dunque, è quello di capire se e in che modo l'istituto del *rating* di impresa possa essere in grado di realizzare la sua finalità istituzionale, quale sia la sua natura e quali siano le ragioni per le quali non ha ancora mai visto applicazione, nonostante sia stato oggetto di modifiche legislative che più volte hanno interessato il Codice dei contratti pubblici.

Il *rating* rappresenta uno strumento la cui finalità consiste nell'aumentare il tasso di efficienza del mercato dei contratti, instaurare un sistema di selezione delle imprese a garanzia dell'interesse alla corretta gestione dei contratti pubblici², tenendo conto, nella fase di aggiudicazione, non solo dei requisiti economici validi e conformi all'oggetto del contratto ma anche della "reputazione" dell'impresa, in base ai precedenti appalti eseguiti. L'esigenza della pubblica amministrazione di dare peso anche al corretto adempimento delle prestazioni precedenti degli operatori economici nella fase di stipulazione dei contratti e/o accordi con gli stessi, deriva anche dal rischio di comportamenti opportunistici di quest'ultimi, i quali – alle volte - ottenuto l'appalto non hanno alcun incentivo ad eseguirlo in maniera efficiente.

Tali atteggiamenti si verificano spesso anche a causa della poca regolamentazione della fase esecutiva³: in questa fase la stazione appaltante si comporta diversamente rispetto alle fasi di gara o di definizione del contratto, in quanto, nella maggior parte dei casi, per ragioni legate al costo, alla durata o all'incertezza dell'esito dei contenziosi, rinuncia a risolvere il contratto per grave inadempimento, o per ritardo nell'adempimento da parte delle imprese aggiudicatrici, stipulando talvolta dei "patti taciti" con quest'ultime⁴.

rating agencies, CRAs), soggetti esterni e indipendenti, in relazione alle capacità di un emittente di riuscire a far fronte ai propri debiti. Per un chiarimento sulla definizione di *rating*, V.C. RENNA, *Rating di impresa – Etica dell'algoritmo!* in *Amministrativamente*, n. 7-8/2016, p. 4.

² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Mulino, III ed., p. 434.

³ Il primo rapporto sull'anticorruzione (COM 2014/38), nella parte dedicata all'Italia e nel capitolo relativo agli Appalti Pubblici, presentato al Consiglio e al Parlamento europeo il 3.02.2014, ha messo in luce un punto nevralgico fondamentale, secondo il quale «in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi. La Corte dei conti ha più volte constatato la correttezza della gara, il rispetto delle procedure e l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta più vantaggiosa, anche se in compenso la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione. Più che rivelare la presenza di pratiche corruttive, queste irregolarità, (...) mettono a nudo i punti deboli dei dispositivi di controllo in vigore, in particolare nella fase di realizzazione dell'appalto pubblico». Cfr. Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (ITACA), «audizione sull'esame del disegno di legge n. 1678 recante "delega recepimento direttive appalti e concessioni"», 23 febbraio 2015, p. 3.

⁴ In tal senso, G. GAVAZZI, *Rating di legalità e rating di impresa nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2017, p. 923.

Un'ulteriore causa di asimmetria che si riscontra in tale fase deriva dalla struttura organizzativa delle stazioni appaltanti. Gli uffici preposti alla vigilanza sull'esecuzione del contratto sono composti per la maggior parte da ingegneri ed architetti, al contrario dei soggetti competenti a controllare le fasi precedenti che possiedono invece una formazione prevalentemente giuridica. Questo squilibrio porta spesso ad una situazione tale che i primi si focalizzano soprattutto sull'efficacia del contratto, i secondi sulla legittimità e sull'economicità della stipula dello stesso⁵.

Ai fini di una maggiore completezza è necessario rimarcare anche la sostanziale differenza degli obiettivi che muovono i privati rispetto alla stazione appaltante nel settore del *public procurement*: mentre quest'ultima dovrà contemperare la ricerca dell'offerta più efficiente, economica ed efficace perseguendo i diversi fini ritenuti meritevoli dall'ordinamento⁶, quali ad esempio la tutela dell'ambiente, la tutela del lavoratore, la trasparenza dell'azione amministrativa, etc., i privati mirano esclusivamente alla massimizzazione del proprio profitto. In tal senso, per la realizzazione di lavori, opere, prestazioni di servizi e fornitura di beni, la PA ogniqualvolta opera nelle vesti di acquirente è soggetta ad una procedura ad evidenza pubblica, cioè ad una serie procedimentale finalizzata alla scelta del contraente piuttosto vincolata⁷.

Il nostro ordinamento riconosce due tipi di *rating*: il *rating* di legalità e il *rating* di impresa, entrambi disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016 e possono essere considerati, anche se in relazione ad esigenze profondamente diverse, una evoluzione normativa pubblicista del *credit rating*.

I due tipi di *rating* sono diversi sul piano ontologico: infatti, mentre il *rating* di legalità è un indicatore che valorizza la reputazione dell'impresa, esaltando il valore etico della stessa, il *rating* di impresa misura la reputazione di un operatore economico attraverso le sue *past performances* nell'ambito dei contratti pubblici⁸.

In questa sede ci soffermeremo in particolare sul *rating* di impresa, ma un cenno va dedicato anche al *rating* di legalità.

⁵ Cfr. G. GAITO, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. Le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, in *Appalti e contratti*, n. 7/2011, pp. 12-13. Attraverso uno studio della Consip S.p.A., è stato riscontrato che nell'ambito delle convenzioni disciplinate dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, le penali per mancato o ritardato adempimento del contratto sono state applicate solo nel 3,66% dei casi di inadempimento contrattuale accertato. Per una puntuale ricognizione, cfr. G. L. ALBANO – F. DINI – G. SPAGNOLO, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in *Quaderni CONSIP*, n. 1/2008, p. 43.

⁶ In tal senso, G. MORBIDELLI – M. ZOPPOLAZTO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI – M. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 2007, p. 424 e ss., nella parte in cui rilevano che la normativa nazionale è nata al fine di garantire i principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

⁷ Per un approfondimento sui contratti delle pubbliche amministrazioni, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, p. 345 e ss.

⁸ R. BERLOCO, *Gli istituti di premialità nelle gare d'appalto: uno sguardo al rating d'impresa e al rating di legalità in lavoripubblici.it*, 3 luglio 2018.

1.1. Brevi cenni sul *rating* di legalità e sulla lotta alla corruzione

Il *rating* di legalità è stato introdotto con il d.l. n. 1/2012, cd. «decreto liberalizzazioni»⁹, al fine di frenare e prevenire l'illegalità nel settore dei contratti pubblici. La *ratio* della previsione, infatti, è quella di coinvolgere le imprese private nella tutela della legalità.

La logica di tale *rating* deve essere analizzata considerando anche l'aspetto etico del diritto¹⁰: difatti, questo è un indicatore tipicamente incentivante che lega premi a comportamenti, spingendo gli operatori economici che adottano comportamenti virtuosi a diventare i primi garanti della legalità.

Ciò è frutto di un percorso che pone al centro la lotta alla criminalità e alla corruzione, “parassiti” che divorano le risorse economiche e morali della democrazia¹¹. La corruzione, in particolare, è un problema di vaste e diffuse dimensioni e negli ultimi anni ha suscitato non poche riflessioni sull'inadeguatezza degli strumenti tradizionali di carattere giurisdizionale. A fronte di ciò, si è cercato di attuare una politica di prevenzione sia a livello legislativo che amministrativo.

Si è assistito in tal modo ad una espansione notevole della lotta alla corruzione, passando dalla tradizionale repressione penale ad una politica di prevenzione mediante l'ausilio di strumenti amministrativi¹² previsti dalla Legge Anticorruzione, n. 190/2012¹³. Questa crescita esponenziale di adozione di presidi amministrativi ha portato inevitabilmente ad un processo di burocratizzazione eccessivo in capo alla PA. Da qui, si possono rintracciare le radici del *rating* di legalità: il legislatore, infatti, ha deciso di spostare parte del “costo” amministrativo della prevenzione della corruzione dalle pubbliche amministrazioni alle imprese virtuose¹⁴.

⁹ Decreto-legge, 24 gennaio 2012, n. 1 «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività». Convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁰ Per una disamina sul ruolo dell'etica nella pubblica amministrazione, v. R. MAIONE, *L'etica a servizio della Pubblica Amministrazione*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, n. 3/2018, pp. 75 e ss.

¹¹ La corruzione rappresenta il «peccato capitale della democrazia» perché sgretola le basi della convivenza e mina fortemente la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, suscitando un diffuso sentimento di ingiustizia. Cfr. R. CANTONE – G. DI FEO, *Il male italiano, liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, 2015, p. 7 e ss.

¹² L'idea di fondo della prevenzione è quella di mettere in campo un sistema di anticorpi all'interno delle amministrazioni, articolato in un piano della prevenzione congiunto alle regole della trasparenza: queste infatti inevitabilmente svolgono una funzione di promozione alla cultura della legalità. Per una lettura in chiave costituzionale relativa all'adozione di misure di prevenzione dei fenomeni corruttivi, si veda I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016, pp. 38 e ss.

¹³ Con la L. 6 novembre 2012 n. 190 prende corpo e si rafforza l'organizzazione amministrativa della prevenzione e degli strumenti di lotta alla corruzione e, a livello più generico, alle forme di illegalità nella pubblica amministrazione. Dunque, i principali strumenti attraverso cui opera la legge Anticorruzione sono: la Commissione per la valutazione, trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche, il Piano Nazionale Anticorruzione, il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, il Responsabile della Prevenzione della Corruzione, gli obblighi di pubblicazione e il codice di comportamento.

¹⁴ M. FRONTONI, *Contratto e antimafia: il percorso dai Patti di legalità al rating di legalità*, Torino, 2015, pp. 136 e ss.

Il carattere premiale del *rating* di legalità costituisce il dato originale della misura, che lo contraddistingue dagli altri strumenti amministrativi: in tal modo il nostro ordinamento premia chi, di sua spontanea volontà, adotta misure positive di contrasto all'illegalità e contrasta coloro che non si conformano agli *standard* individuati dalla legge o che assumono comportamenti illegittimi¹⁵. Inizialmente, l'Autorità ritenuta competente al rilascio del *rating*, richiesto facoltativamente dalle imprese operanti nel territorio nazionale era l'Autorità della concorrenza e del mercato. Questa aveva il compito di certificare che sull'impresa o sull'imprenditore non gravassero particolari carichi pendenti, come ad esempio: condanne o azioni penali, un eventuale commissariamento dell'impresa, una responsabilità per illeciti amministrativi o *antitrust*, provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici o, ancora, dei provvedimenti dell'ANAC. Da ciò si evince che le finalità di contrasto alla corruzione perseguite dalle recenti normative, attraverso un meccanismo coordinato di misure chiamate tra loro a "fare sistema"¹⁶, mirano ad intersecarsi con quelle volte a favorire l'instaurazione di una sana concorrenza per il mercato nell'ambito delle procedure di gara.

La disciplina dell'istituto in esame, inizialmente, faceva riferimento a due ambiti: la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e l'accesso al credito bancario. Nel tempo, tuttavia, è stato permesso alle imprese di beneficiare di tale *rating* anche nei contratti di servizi e forniture nella fase dell'aggiudicazione, inserendo la sua previsione nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, all'art. 95, comma 13¹⁷.

2. Dalla legalità all'efficienza: il *rating* di impresa

Sulla falsariga del *rating* di legalità, con il nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, viene introdotto all'art. 83, comma 10 il *rating* di impresa.

Tale disposizione prevede l'introduzione nel nostro ordinamento di un nuovo indicatore reputazionale, il cui fine è quello di ammettere a partecipare alle gare pubbliche, a seconda delle tipologie di attività e degli importi, solo le imprese ritenute più affidabili. In tal senso, si cerca di instaurare un rapporto di fiducia tra le imprese e le stazioni appaltanti, attraverso il quale quest'ultime, oltre a tenere conto dei

¹⁵ Quest'ultima, per converso, conformemente alle finalità special-preventive tipiche della normativa anticorruzione, L. 190/12 e del d.lgs. 33/2013, ha l'interesse ad incentivare e premiare gli operatori economici destinatari di risorse pubbliche sotto qualsiasi forma (sovvenzioni/contributi ovvero corrispettivi di contratto) che si dimostrano più attenti e virtuosi nell'applicare adeguati meccanismi di prevenzione e che offrono maggiori garanzie di legalità. T. TOMASI, *Il rating di legalità come premio per le imprese virtuose*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2015, p. 136.

¹⁶ I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit, p. 34.

¹⁷ Art. 95, comma 13, D.lgs. 50/2016, da ultimo modificato con l'articolo 49, comma 1-bis del decreto-legge n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157 (c.d. Decreto fiscale) pubblicato in GU, Serie Generale n. 301 del 24 dicembre 2019.

requisiti tecnici, organizzativi e finanziari delle imprese¹⁸, senza i quali queste non potrebbero nemmeno accedere alle gare, considerano anche il comportamento tenuto dalle stesse nei precedenti appalti aggiudicati.

Si passa in questo modo dal piano della tutela della legalità a quello del perseguimento dell'efficienza.

Tale strumento rappresenta un'evoluzione normativa che coinvolge la selezione e la qualificazione dei contraenti privati, tenendo conto della "reputazione" dell'impresa: si evidenzia così il passaggio da un approccio meramente "statico", basato esclusivamente sulla valutazione dei requisiti formali di un'impresa, ad uno di tipo "dinamico", basato su requisiti sostanziali di tipo reputazionale¹⁹.

Invero, suddetta novità deriva dalla volontà del legislatore di dare attuazione ad un ulteriore strumento amministrativo volto a contrastare il problema dell'inefficienza del *public procurement*. La inefficienza, come già sopra anticipato, spesso è dovuta ad atteggiamenti opportunistici messi in atto dagli operatori economici, i quali alcune volte ottenuto l'appalto non hanno nessun incentivo ad eseguirlo nel modo più efficiente ed economico possibile. In altri termini, si cerca di mettere in risalto – sia nella fase di qualificazione delle imprese, sia in quella della valutazione delle offerte - non solo le loro caratteristiche al momento dello scambio, ma anche il comportamento tenuto in precedenza e quindi la loro reputazione²⁰. Le *performance* passate, dunque, acquisiscono una particolare importanza nella scelta dei soggetti con cui stringere accordi. Il *rating*, in sede di valutazione di gara, offre la preferenza in graduatoria a parità di punteggio o l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo rispetto a concorrenti sprovvisti di *rating* e una riduzione del 30% rispetto al valore della garanzia prestata²¹.

Alla stregua del *rating* di legalità, pertanto, anche il *rating* di impresa ha un duplice carattere: discriminante, in quanto differenzia i vari operatori economici durante la fase di aggiudicazione della gara, e premiale poiché concede taluni premi alle imprese virtuose che per tutta la durata dell'esecuzione rispettano i requisiti presentati ai fini dell'ottenimento del *rating*.

La gestione di tale indicatore, ad oggi, è affidata interamente all'Autorità Nazionale Anticorruzione. L'Autorità è l'organo deputato a definire i requisiti reputazionali, i criteri di valutazione degli stessi e i

¹⁸ Tali requisiti, infatti, pur rappresentando indicatori dell'affidabilità di un'impresa dal punto di vista tecnico, organizzativo e finanziario, sono irrilevanti ai fini della valutazione della sua lealtà¹⁸. A tal proposito: N. DONI, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, n. 2/2005, p. 310.

¹⁹ Consiglio di Stato, parere n. 855, 1° aprile 2016.

²⁰ ANAC, *Atto di segnalazione recante la «Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50»*, in www.anticorruzione.it, n. 2/2017, p. 5. e ss. Cfr. L. GALLI – M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2017, p. 84. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 503 ss.

²¹ L'art. 103, d.lgs. 50/2016, recante «*Garanzie per l'esecuzione*», disciplina le tipologie di garanzie che l'appaltatore deve costituire per la sottoscrizione del contratto. A tal riguardo, sulla scorta della disciplina già prevista nel 2006, l'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia fideiussoria di natura accessoria pari al 10% dell'importo contrattuale.

criteri relativi alla valutazione dell'impatto generato alla stregua di quelli utilizzati per le società *benefit*²². Inoltre, si occupa di rilasciare le apposite certificazioni agli operatori economici che dimostrano di possedere tali requisiti, così da poter ottenere dalle stazioni appaltanti le rispettive premialità. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi, quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa²³.

Per comprendere a pieno la disciplina attuale è necessario anticipare a grandi linee il processo partecipativo al quale è stato sottoposto il *rating* di impresa rispetto all'individuazione dei suoi criteri: è stata prevista infatti la necessità di adottare delle Linee Guida per offrire un quadro dettagliato dei requisiti e delle premialità²⁴. Tuttavia, data la complessità della materia, l'ANAC non ha ancora provveduto ad emanare tali atti di *soft law*, ma sta procedendo allo svolgimento delle consultazioni propedeutiche all'adozione delle stesse, ipotizzando di avviare un periodo di sperimentazione circa l'applicazione del *rating* in ragione anche delle ulteriori modifiche apportate dal decreto-legge n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157²⁵. Il cd. decreto fiscale ha previsto come novità che l'Autorità dovrà individuare altresì i criteri relativi alla valutazione di impatto generato così come previsto dalla normativa che disciplina le società *benefit ex* articolo 1, comma 382, lettera *b*), della legge 208/2015, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso da tali società. In sintesi, il rilascio di apposita certificazione agli operatori economici che ne fanno richiesta sarà subordinato pertanto anche

²² La Legge 28 dicembre 2015 n. 208, co. 376-384 promuove la costituzione di società *benefit*, cioè società che nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, *perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di portatori di interessi rilevanti*.

²³ V.C. RENNA, *Rating di impresa – Etica dell'algoritmo*, cit., p. 17.

²⁴ Le Linee Guida, secondo le modifiche apportate dal decreto sblocca-cantieri, d.lgs. 56/2017, erano da emanare entro il 20 agosto 2018. Queste, sono state precedute da un documento di consultazione «*Linee Guida recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità"*» dell'11 maggio 2018. Prima ancora era stato pubblicato dall'ANAC un altro documento di consultazione avente ad oggetto «*Linee Guida attuative del nuovo Codice degli Appalti. Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*», del 10 giugno 2016, il quale istituiva altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione della stessa 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 anche uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. Successivamente con il d.lgs. 56/2017, decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici *ex* d.lgs. 50/2016, si è riformata la disciplina eliminando eventuali penalità nel caso di non possesso del *rating* di impresa, rendendolo a sua volta facoltativo. Tale soluzione è stata giudicata favorevolmente dal Consiglio di Stato, nel parere n. 782 reso il 30 marzo 2017 sullo schema di decreto correttivo. I giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato, infatti, come il nuovo comma 10 dell'art. 83 sia ora «*conforme al criterio di delega di cui alla lett. uu) della L. 11/2016, che ha ipotizzato il rating di impresa come misura di premialità, e non penalizzante*». Tuttavia, con le modifiche apportate dal decreto-legge n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157, la disciplina si è complicata e l'ANAC ha avviato le consultazioni al fine di comprendere in che modo sia possibile coordinare le norme che sembrano in contrasto tra loro, cercando di applicare una disciplina che non leda le garanzie della libera concorrenza tra le imprese.

²⁵In tal senso, si v. ANAC, *Documento di consultazione «Linee Guida recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità"»*, in www.anticorruzione.it, 11 maggio 2018.

alla valutazione degli impatti generati dall'attività di impresa, indipendentemente dalla qualifica giuridica o meno di società benefica.

2.1. Il rapporto tra la discrezionalità delle stazioni appaltanti e il perseguimento dell'efficienza

Per comprendere nel dettaglio la *ratio* di tale strumento, è doveroso soffermarsi brevemente sulla discrezionalità della stazione appaltante, in quanto - a seguito del recepimento delle direttive n. 23, 24 e 25 del 2014, dalla legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016 e con l'introduzione del nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016 - vi è stato un mutamento radicale della precedente impostazione, che prevedeva come unico modo per abbattere la corruzione quello di ridurre al massimo i margini di discrezionalità della PA²⁶.

Il binomio discrezionalità-efficienza attualmente viene riconosciuto come condizione necessaria per il perseguimento degli interessi della pubblica amministrazione e per la lotta alla corruzione. In effetti l'esercizio della discrezionalità strumentale da parte della PA, in materia di appalti, risponde ad una duplice esigenza: selezionare il migliore contraente al fine di assicurare una corretta esecuzione dell'appalto e garantire la massima trasparenza del procedimento di selezione dei concorrenti da parte della stazione appaltante, con conseguente rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità.

Sulla stregua di ciò, si può confermare che l'inserimento della reputazione nelle procedure di scelta dei contraenti delle stazioni appaltanti, non può non presupporre il riconoscimento di un certo margine di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, al fine di consentire alle amministrazioni di non basarsi solo su proposte tecnico-economiche spesso complesse e lontane dalle reali capacità delle imprese²⁷. Il *rating* accresce l'efficienza del mercato dei contratti pubblici nel suo complesso, sia "depurando" il novero dei potenziali appaltatori dagli offerenti inaffidabili, sia fornendo alle stazioni appaltanti una previa garanzia sull'operatore economico con il quale stipula il contratto.

²⁶ Con la Legge Merloni, L. n. 109/1994 prima, e d.lgs. 163/2006 poi, le cui *ratio legum* prevedevano come unico modo per abbattere la corruzione quello di ridurre al massimo i margini di discrezionalità della pubblica amministrazione, si è assistito ad un netto irrigidimento delle procedure amministrative, con una conseguente imposizione di soli atti vincolati. Approfondiscono questo aspetto M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2016, p. 749; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2015, pp. 330-333.

²⁷ Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312. Note di B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le sezioni unite riscrivono l'art. 111 cost.* - M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, pp. 1583 ss., V. anche, N. CAUSEY, *Past Performance Information, De facto Debarments, and the Due Process: Debunking the Myth of Pandora's Box*, in *29 Pub. Cont. L.J.*, 1999-2000, p. 639.

2.2. Ambiti di applicazione, criteri reputazionali e modalità di rilascio

Alla luce delle considerazioni sopra riportate, possiamo ora analizzare nel dettaglio l'ambito di applicazione del *rating* di impresa, nonché i criteri reputazionali e le modalità con le quali viene (o meglio, dovrebbe essere) rilasciato.

Innanzitutto, il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recependo le indicazioni fornite dall'ANAC nell'atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017²⁸, ha modificato un elemento procedurale. Prima del correttivo, il *rating* era obbligatorio con conseguenze sanzionatorie e premiali. Ad oggi, invece, è facoltativo, su istanza di parte e ha assunto una funzione esclusivamente premiale²⁹.

Il legislatore, però, sembrerebbe non aver chiarito in che ambito di applicazione agisce il *rating* in esame, infatti, secondo la collocazione sistematica nel Codice, pare sia rilasciato sia ai fini della qualificazione delle imprese³⁰ che nella fase di aggiudicazione. Con riguardo a tale ultima fase però, alla stregua del *rating* di legalità, rimane ancora aperto il problema circa il divieto di commistione tra i requisiti di ammissione, relativi agli offerenti, ed i criteri di aggiudicazione, inerenti alle offerte³¹. Invece, in ordine alla qualificazione, non sarebbe utilizzabile dalle imprese che già ne hanno una elevata, con la conseguenza che tale istituto potrebbe non incidere su una ampia fascia di mercato. Inoltre, vi è ancora l'esigenza di coordinare le modifiche volute dal correttivo rispetto alla disciplina previgente, in quanto l'art. 213, co. 7, del Codice continua (erroneamente) a prevedere che il *rating* di legalità concorre anche alla determinazione del *rating* di impresa³².

Con riferimento alle premialità, queste possono sintetizzarsi in brevi punti: punteggi premianti nella valutazione dell'offerta presentata in gara; incremento premiante ai fini dell'attestazione SOA; sconto sulle garanzie richieste in gara; utilizzo del punteggio del *rating* ai fini del calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, la modifica apportata dal correttivo del 2017 all'art. 93, comma

²⁸ ANAC, *Atto di segnalazione*, cit. p. 5.

²⁹ Le due modifiche d'impostazione sull'aver reso il *rating* solo premiale e facoltativo sono collegate. Infatti, come evidenziato dalla segnalazione ANAC, un sistema di *past performance* basato esclusivamente su misure di premialità «dovrebbe essere per tale ragione su base volontaria», mentre un sistema che contempla penalità è necessariamente obbligatorio perché nessuno chiederebbe una valutazione che potrebbe penalizzarlo. ANAC, *Atto di segnalazione*, cit., p. 4. Relazione conclusiva della Commissione Parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, nella seduta del 7 febbraio 2018, p. 182.

³⁰ Previsto dall'art. 83, co.10, d.lgs. 50/2016, rubricato «criteri di selezione e soccorso istruttorio», in cui prevede che il *rating* viene rilasciato ai fini della qualificazione

³¹ Secondo l'art. 95, comma 13, d.lgs. 50/2016, 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.

³² Resta del tutto inattuata la previsione dell'art. 1, comma 1, lett. *uu*) della legge delega che richiede l'assicurazione di opportuni raccordi tra il sistema del *rating* d'impresa e la normativa in tema di *rating* di legalità. V. ANAC, *Atto di segnalazione*, cit., p. 5.

7, del Codice, ha introdotto nei confronti degli operatori economici in possesso del *rating*, la riduzione del 30% dell'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo nei contratti di servizi e forniture.

Sui requisiti reputazionali, come già anticipato, oltre alla valutazione della *performance* dell'operatore economico nella fase di esecuzione, l'articolo 83, comma 10, del d.lgs. 50/2016 ne individua di ulteriori, da considerare ai fini del rilascio del *rating*. Tali requisiti sono valutati sulla base di diversi indici, *Reputational Key Performance Indicators (RKPIs)*, quali: oggettivi, misurabili, qualitativi e quantitativi e che inoltre si basano sull'affidabilità dell'impresa³³. Questi sono individuati pedissequamente dal Codice dei contratti pubblici³⁴ e possono essere divisi in due gruppi: 1) i requisiti relativi alla fase di esecuzione o all'esecutore, che riguardano i comportamenti tenuti dall'affidatario nella parte di esecuzione del contratto; e 2) i requisiti preclusivi, che prevedono il mancato rilascio del *rating* di impresa o l'impossibilità di raggiungere determinati punteggi³⁵. Alcuni dei requisiti preclusivi al rilascio della certificazione possono essere: l'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto³⁶, il mancato utilizzo del soccorso istruttorio³⁷, il mancato utilizzo o l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive, nonché il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti.

Una volta attribuito il punteggio attraverso un sistema di calcolo, le modalità di attribuzione del *rating* avvengono attraverso il rilascio dell'attestato o della certificazione da parte della stazione appaltante con

³³ La legge delega e il decreto legislativo sono intervenuti nel porre alcuni vincoli all'attività normativa dell'Autorità, per evitare che gli spazi di discrezionalità alla medesima demandati sconfinino nell'arbitrio.

³⁴ Indici reputazionali considerati dalla nuova versione dell'art. 83, comma 10, del d.lgs. 56/2017, avvenuta con l'articolo 49, comma 1-*bis* del decreto-legge n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157 pubblicato in GU, Serie Generale n. 301 del 24 dicembre 2019.

³⁵ ANAC, *Documento di consultazione*, cit., p. 20.

³⁶ Altro indice reputazionale su cui è intervenuto il correttivo riguarda l'elemento della litigiosità giudiziaria dell'impresa. Questo indice ha già conosciuto una pluralità di riscritture, infatti la legge delega parlava genericamente di «*gestione dei contenziosi*», mentre la bozza originaria del Codice dei contratti si esprimeva nei termini di «*assenza di contenzioso*» sia con riferimento alla fase di gara che a quella di esecuzione del contratto (art. 84, comma 4, lett. *d*) d.lgs. 50/2016). Per uno sguardo critico, L. GALLI - M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, cit., p. 79. Tuttavia, il parere del Consiglio di Stato del 21 marzo 2016, sullo schema di decreto legislativo recante «*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*», aveva evidenziato il rischio di violazione del «*diritto costituzionale di azione in giudizio (art. 24 Cost.)*», ferma restando la «*giusta esigenza di requisiti reputazionali*». Infatti, la disciplina del *rating* non può essere punitiva degli operatori che esercitano in modo legittimo e non emulativo o pretestuoso il diritto di difesa in giudizio. Cons. Stato, Commissione speciale, n. 855/2016, p. 111. Sul tema cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 503 ss. La versione definitiva del Codice ha recepito, sia pure in parte, il suggerimento e ha fatto riferimento non più all'assenza di contenzioso, bensì alla «*incidenza*» del contenzioso stesso «*sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto*». Il termine impiegato non è stato ancora ritenuto sufficientemente adeguato ed è stato ora sostituito dal correttivo: oltre alla «*incidenza*» dovranno essere valutati gli «*esiti*» del contenzioso.

³⁷ In merito al mancato utilizzo del soccorso istruttorio ci sarebbero maggiori approfondimenti da fare e si potrebbero dare alcune interpretazioni distinte: 1. l'esecutore verrebbe premiato perché per la valutazione della sua offerta la stazione appaltante non ha dovuto attivare il soccorso istruttorio; 2. si penalizzerebbero quelle imprese, decurtando ad esempio punti del *rating*, che non hanno dato seguito all'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante; 3. si penalizzerebbero quelle imprese per le quali l'incidenza del soccorso istruttorio è superiore ad una certa soglia.

il relativo punteggio; ovvero nel caso di alcune premialità, risulta che non sia necessario un punteggio definito³⁸, ma semplicemente il possesso del *rating*.

2.3. L'algoritmo di calcolo

Per comprendere come utilizzare questo strumento di classificazione, l'ANAC ha individuato un algoritmo di calcolo, ossia un «*sistema di punteggi nel quale far confluire il rating di impresa*³⁹».

In via preliminare è da considerare però che le modalità di tale sistema di calcolo ancora non sono state decise, invero nel documento di consultazione delle «*Linee Guida recanti "Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità"*» dell'11 maggio 2018, l'Autorità invita ad esprimere la propria opinione in merito a varie opzioni proposte.

Tra queste si è ipotizzato un «sistema della patente a punti», attraverso il quale si riconosce a favore dell'operatore economico che richiede il *rating* una soglia massima in base ai requisiti esibiti, soggetta a monitoraggio periodico e suscettibile di revisione nel caso si verificano determinate circostanze volte a modificare il corredo reputazionale⁴⁰.

Tuttavia, questo meccanismo non soddisfa a pieno le esigenze tipiche del *rating*. Dunque, si è valutato di effettuare il calcolo considerando la presenza di requisiti preclusivi al rilascio del *rating*. Successivamente vengono fissati i punteggi ottenuti dalle singole schede di valutazione dell'esecuzione e si procede con una media semplice, ovvero con una media ponderata, tenendo conto di diverse variabili, quali il valore degli affidamenti, la complessità dell'esecuzione, etc.

Ai fini del calcolo, in ultimo, le stazioni appaltanti inviano all'ANAC le schede di valutazione della *performance*, sollecitate dall'operatore economico in caso di vizio e/o anomalia.

Alla fine, il *rating* viene rilasciato con l'indicazione del punteggio ottenuto: unico, indipendentemente dal settore di attività in cui l'impresa opera. Tale tipo di *rating*, inoltre, può essere utilizzato per le finalità di cui all'articolo 93, comma 7, del Codice dei contratti pubblici se il punteggio ottenuto è pari o superiore a 60 punti⁴¹.

³⁸ Ad esempio, ai sensi dell'articolo 93, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, per i servizi e le forniture è prevista una riduzione del 30% non cumulabile con altre riduzioni per chi è in possesso del *rating* di impresa o del *rating* di legalità o di altre certificazioni specificamente individuate. Poiché in questo caso si richiede solo il possesso del *rating* di impresa, si può ipotizzare che non sia necessario indicare l'esatto punteggio ottenuto, purché si superi un certo livello ritenuto minimo. Quindi, se il solo utilizzo previsto per il *rating* di impresa fosse quello della riduzione dell'importo della cauzione non avrebbe senso differenziare lo stesso per i valori ottenuti. Inoltre, fondamentale è stato eliminare il sistema che oltre alle premialità comportava eventuali penalità per le imprese, qualora sarebbero mancati di determinati requisiti: ne è un esempio la documentazione circa il possesso del modello organizzativo ex d.lgs. 231 del 2001.

³⁹ RENNA V.C., *Rating di impresa – Etica dell'algoritmo*, cit., p. 16.

⁴⁰ RENNA V.C., *op. ult. cit.*, p. 7

⁴¹ L'art. 93, co. 7, d.lgs. 50/2016 prevede, per coloro che possiedono il *rating* di impresa, la garanzia fideiussoria ridotta del 30% non cumulabile per la partecipazione alla procedura di gara.

3. Criticità e prospettive del nuovo indicatore reputazionale

Iniziando a tirare le fila del ragionamento, alla luce delle osservazioni sin qui fatte, è possibile sostenere – anche se solo in linea teorica - che il *rating* di impresa potenzialmente appare come uno strumento in grado di garantire e promuovere la legalità e l'efficienza nell'ambito della contrattualistica pubblica. Può costituire l'occasione per ridisegnare i rapporti che si costituiscono tra le imprese e le stazioni appaltanti. È evidente infatti il processo di progressiva “privatizzazione” del contrasto all'illegalità, messo in moto anche da altri strumenti precursori del *rating*, come ad esempio i protocolli di legalità o le *white list*.

Attraverso l'introduzione di questi presidi, si è palesata la volontà del legislatore di coinvolgere le imprese alla lotta alla corruzione e farle collaborare con le autorità pubbliche. Però, diversamente dagli altri strumenti, il sistema del *rating* di impresa gode di una caratteristica singolare: mira a sensibilizzare le imprese ad assumere comportamenti efficienti e corretti, instaurando altresì un rapporto di fiducia con la stazione appaltante.

Questo nuovo indice di misurazione si fonda quindi essenzialmente su tre punti principali: sulla reputazione guadagnata con le precedenti aggiudicazioni, sulla valutazione della *performance* durante l'esecuzione e sul rispetto dei tempi e dei costi nell'attività senza contestazioni. Si potrebbe ritenere, dunque, che questa evoluzione, oltre che ad una manifestazione del successo sempre più incisivo dell'azione di contrasto nei confronti della pervasività e della potenza del fenomeno corruttivo, porta ad innalzare anche il livello qualitativo delle imprese che operano nel mercato pubblico.

Tuttavia, le novità che sembrano potersi accogliere favorevolmente, prestano il fianco ad alcune considerazioni. L'indice reputazionale, sin dal suo ingresso all'art. 83, comma 10 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016 è stato oggetto di animate discussioni, tali da subire modifiche sostanziali prima dal decreto correttivo d.lgs. 56/2017 e poi dal decreto fiscale, d.l. 124/2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157, senza mai aver trovato attuazione.

Tali modifiche sono state una chiara conseguenza delle difficoltà applicative riscontrate dall'ANAC, la quale in mancanza di una disciplina precisa non ha voluto assumersi il rischio e la responsabilità connessa alle decisioni che il *rating* implica. Invero, alla luce di un approfondimento della disposizione previgente, l'Autorità, attraverso i suoi poteri di *soft regulation*⁴², ha sollecitato il Governo a prendere delle misure idonee per un generale ripensamento dell'istituto del *rating* che, inoltre, così come delineato potrebbe correre il rischio concreto di contravvenire al divieto del *gold plating*⁴³.

⁴² A tal proposito, si rinvia a I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 33 ss.

⁴³ Il divieto del *gold plating* mira ad evitare l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive dell'Unione Europea, 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. V. Part. 49, comma 1, lett. d) dello schema di decreto correttivo n.56 del 2017. Inoltre, nella relazione illustrativa di accompagnamento allo schema del decreto, il

Infatti, l'evoluzione normativa è coerente col fatto che le stazioni appaltanti si orientino sempre più a diventare garanti dell'applicazione dei principi di legalità delle organizzazioni che interagiscono con esse, a tutela e garanzia del buon utilizzo del denaro pubblico e quindi del buon andamento della PA e della trasparenza⁴⁴. Tuttavia, il processo di codificazione non può considerarsi ancora terminato.

In questo panorama normativo frastagliato, si possono intravedere alcune aree di criticità: in primo luogo, circa la natura dell'istituto, è fondamentale riflettere sul fatto che nonostante nasca come uno strumento premiale, tale *rating* rischia di diventare uno strumento punitivo. Le imprese che non riescono ad ottenere la certificazione potrebbero subire una penalità: si pensi, ad esempio, alle imprese collettive ed individuali che per la prima volta appaiono sul mercato o alle imprese che non hanno mai avuto un affidamento e dunque non hanno i requisiti per ottenere punteggi elevati. In tali casi, vi potrebbe essere un pericolo di violazione, insito nei meccanismi reputazionali, dei principi del *favor participationis*, della parità tra le imprese e della non discriminazione, con particolare riguardo ai nuovi entranti, alle imprese straniere e alle piccole e medie imprese. È evidente che la costruzione del meccanismo del *rating* potrebbe non essere neutrale rispetto a questa scelta: come garantire, dunque, la natura premiale dell'istituto senza ledere il diritto alla concorrenza?⁴⁵

In secondo luogo, il legislatore, per quanto riguarda i premi, ha ristretto notevolmente l'ambito di applicazione del *rating*: ad esempio, il richiamo delle SOA per la verifica del possesso dei certificati sul *rating* di impresa (art. 84, co. 4, lett. d) esclude di fatto l'applicazione dell'istituto per le gare di valore inferiore a 150.000 euro, per le quali nulla dispone il Codice. L'ANAC pertanto, in riferimento ai lavori pubblici di importo inferiore a 150.000 euro, per le quali la qualificazione delle imprese è affidata alle stazioni appaltanti, nel suo atto di segnalazione, aveva proposto di inserire una norma speculare all'art. 84. Questo suggerimento però non è stato accolto in sede di correttivo al Codice⁴⁶.

Governo ha spiegato che «le proposte di modifiche tengono conto anche dell'esigenza di evitare qualunque possibile distonia con il divieto di gold plating e sono volte, in particolare, a rivedere l'attuale esclusivo collegamento del sistema di rating di impresa alla qualificazione, in luogo di un suo inserimento tra gli elementi di valutazione dell'offerta qualitativa». Secondo l'ANAC è necessario costruire un sistema che dia certezza agli operatori economici e alle stazioni appaltanti senza introdurre regole più severe rispetto a quelle fissate dal legislatore europeo. V. ANAC, *Atto di segnalazione*, cit., p. 3.

⁴⁴ Approfondiscono questo tema: L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, pp. 819 ss; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, p. 1; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 118; Cons. St., Sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3864; Cons. St., Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191.

⁴⁵ Sarebbe interessante uno sguardo al modello statunitense, fonte di ispirazione dell'evoluzione avvenuta a livello europeo in materia di rilevanza della "reputazione professionale" delle imprese partecipanti alle gare pubbliche. In caso di offerente privo del tutto di *past performances* o di *past performances* rilevanti ai fini del contratto oggetto della procedura, è lo stesso *Federal Acquisition Regulation* (FAR) che specifica che egli non potrà essere valutato né favorevolmente né sfavorevolmente in relazione alla *past performance*. Sul punto, v. L. GALLI - M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, cit., p. 68.

⁴⁶ ANAC, *Atto di segnalazione*, cit., p. 4. Cfr. L. GALLI - M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 82.

Ancora, circa i requisiti reputazionali, considerare il mancato utilizzo del soccorso istruttorio come criterio per ottenere il *rating*, trasforma questo elemento da strumento di semplificazione del procedimento amministrativo, che consente di rimediare ad eventuali omissioni o incompletezze di documenti utili ai fini della partecipazione alle gare, in elemento di punizione per l'impresa.

In ultimo, l'ulteriore modifica apportata dal d.l. 124/2019 in merito alla valutazione degli impatti generati dall'attività delle imprese⁴⁷, ha accresciuto notevolmente la difficoltà di applicare la normativa sul *rating*. In particolare, all'ANAC è stata attribuita la competenza di individuare anche i criteri relativi alla valutazione dell'impatto generato alla stregua di quelli utilizzati per le società *benefit*, nonostante questa non abbia gli strumenti necessari. Si dovrebbero utilizzare, invero, dei criteri che valutino qualitativamente e quantitativamente sul breve, medio e lungo periodo gli effetti delle attività svolte dalle imprese sulla comunità di riferimento (utenti, collettività, soci, fornitori, clienti), che però sono di difficile individuazione, in quanto l'attività valutativa, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, potrebbe essere legata inevitabilmente alla sensibilità soggettiva dell'interprete, presentando margini di opinabilità elevati.

In conclusione, vi è da dire che tali osservazioni sopra riportate sorgono attraverso un'analisi strettamente normativa, sarà possibile risolvere tali distonie solo una volta che lo strumento del *rating* troverà una reale applicazione. Infatti, dopo averlo sperimentato realmente e aver testato le reazioni delle stazioni appaltanti, e – soprattutto – delle imprese, si potranno fare i conti con i problemi applicativi ed eventualmente ripensare a nuove modifiche che possano riguardare le diverse disposizioni che disciplinano l'istituto.

Rimaniamo pertanto in attesa dell'emanazione delle Linee Guida dell'ANAC, recanti l'«*Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità*», essendo già dall'11 maggio 2018 pubblicato un documento di consultazione, articolato in uno schema di Linee Guida e in una nota esplicativa in cui sono rese le ragioni delle scelte proposte dell'Autorità in merito al *rating* e contenute domande rivolte ai partecipanti alla consultazione⁴⁸.

⁴⁷ Art. 95, comma 13, D.lgs. 50/2016, da ultimo modificato con l'articolo 49, comma 1-*bis* del decreto-legge n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con modifiche dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157 pubblicato in GU, Serie Generale n. 301 del 24 dicembre 2019.

⁴⁸ In data 28 gennaio 2020 è stata tenuta presso l'ANAC una giornata di studio con 20 *stakeholder*, in rappresentanza di amministrazioni pubbliche, istituzioni e associazioni di categoria, per giungere alla definizione di un sistema reputazionale di *rating* di impresa. L'incontro, infatti, è stato finalizzato a raccogliere spunti, suggerimenti e criticità in vista della redazione delle Linee Guida. Inoltre, la proroga del termine per l'adozione delle stesse è stata giustificata dal Governo, nella Relazione illustrativa dello schema del decreto correttivo n. 56/2017, sul rilievo che «*si tratta di attività particolarmente complessa e che richiede una indagine articolata, coinvolgente diversi soggetti a livello istituzionale*», www.camera.it. Tuttavia, con il decreto-legge del 18 aprile 2019, n. 32, si è inteso superare il sistema delle Linee Guida ANAC (in particolare, quelle vincolanti) a favore di un ritorno al Regolamento Unico. Circa il *rating* di impresa, però, il decreto sblocca-cantieri non dispone nulla in materia del potere dell'Autorità di predisporre Linee Guida non vincolanti, *ex art.* 213, comma 2,



In attesa di ciò, è evidente di come questi presidi amministrativi adottati dal legislatore - a fronte di una forte esigenza di tutela e prevenzione alla lotta alla corruzione - riescano ad essere un primo tassello per arginare concretamente tale problema in ambito della contrattualistica pubblica. Invero, si è tracciato oramai un percorso irreversibile finalizzato a valutare gli assetti organizzativi di ciascuna impresa, in relazione alla tutela del mercato e del sistema economico fondamentale per la crescita del Paese. Ci si augura, pertanto, che dopo la sua reale applicazione, le criticità emerse possano essere sanate direttamente dalla prassi.

d.lgs. 50/2016, allo scopo di garantire *«la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche»*.