

Gli speciali Amministrativo

La rilevanza del concetto di reputazione nel nuovo Codice degli Appalti

di Vincenzo Candido Renna e Maria Luisa Bilico (*)

06 Novembre 2023

NT+ Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

Il Legislatore conferma anche nel **nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.lgs. 36/2023** (il “Codice”) l’approdo ormai irreversibile ad una **qualificazione e selezione dei contraenti** da un sistema di tipo “**statico**” basato, esclusivamente, sulla valutazione di requisiti formali degli operatori economici **verso un sistema di tipo “dinamico”**, che sposta l’attenzione sui **requisiti sostanziali, di tipo reputazionale**.

Del resto, tutto il Titolo I dedicato ai “*Principi generali*”, seppure indirettamente, rappresenta un elemento fondante la **rilevanza del concetto di reputazione** nel mercato dei lavori, servizi e forniture pubbliche.

In particolare il **principio di “risultato”** (art. 1) e della “**fiducia**” (art. 2) segnano una sorta di **transizione dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata** restituendo il primato alla “*decisione amministrativa*”, che costituirà e costituisce l’approdo della **discrezionalità amministrativa della P.a.** all’esercizio efficace di una delicata azione di bilanciamento (balancing) orientata sulla specialità infungibile del caso concreto.

Ecco che **l’art. 109 del Codice** riprende, innovandola, l’originaria disposizione in tema di **rating d’impresa**, contenuta nel *comma 10 dell’art. 83 del d.lgs. 50/2016* (Vecchio Codice).

Il legislatore, dunque, ha deciso di dedicare una **norma solo ed esclusivamente al tema della reputazione** dell’impresa, **sganciandola dalle disposizioni inerenti agli specifici criteri di selezione e aggiudicazione e a soccorso istruttorio** (art. 83 d.lgs. 50/2016).

Le previsioni già contenute nel precedente *comma 10 dell’art. 83 d.lgs. 50/2016* sono state, nella sostanza, sinteticamente ribadite dal **nuovo art. 109**, il quale, però, innova la disciplina della reputazione dell’impresa in termini di **semplificazione e informatizzazione del sistema di monitoraggio delle prestazioni istituito presso l’ANAC**.

Facendo un piccolo passo indietro, sia la disposizione previgente che quella attualmente in vigore prevedono l’istituzione presso l’ANAC del sistema del Rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese. L’art. 109, in particolare, conferma **l’attribuzione all’ANAC della disciplina e della gestione del sistema di Rating dell’impresa** collegandolo al fascicolo informatico dell’operatore economico, introdotto *dagli artt. 22 e ss.* del nuovo codice dei contratti pubblici.

Nel dettaglio, **il comma 1 dell’art. 109** prevede l’istituzione di un **sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni degli esecutori dei contratti pubblici**. 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 in fase di esecuzione del contratto, il rispetto della **legalità** e l’impegno sul **piano sociale**: tutti requisiti, oltre a quelli di selezione, necessari ai fini dell’aggiudicazione della gara.

Il Codice, infatti, dedica per la prima volta un'intera sezione (*Sezione III; artt. 19-36*) alla **digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici**, che si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione, richiamando i principi sanciti dal codice dell'amministrazione digitale (*decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*). La scelta del legislatore di introdurre nel nuovo codice un'intera sezione dedicata alla digitalizzazione risponde all'esigenza di **accelerare e semplificare le procedure** attraverso tecniche di **interoperabilità e interconnettività**, garantendo i principi di **neutralità tecnologica, trasparenza e la protezione dei dati personali e di sicurezza informatica**.

Come anticipato, *l'art. 22 e ss. del Codice* disciplina l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, il c.d. **"e-procurement"**, composto da **piattaforme telematiche certificate**, che assicurano l'interoperabilità dei servizi svolti e la confluenza delle informazioni sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. Tutte le gare, dunque, devono necessariamente svolgersi attraverso le piattaforme abilitate.

Nell'ambito di tale sistema, divengono centrali il **Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico**, già reso operativo dall'ANAC, e l'Anagrafe dell'Operatore Economico.

Il Fascicolo virtuale, in particolare, è utilizzato per accertare in capo agli operatori economici **l'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95** e dei **requisiti di cui all'articolo 103** per i soggetti esecutori di lavori pubblici. I dati e i documenti contenuti nel fascicolo virtuale sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità e sono utilizzati in tutte le procedure di affidamento cui l'operatore partecipa.

All'interno del suddetto **fascicolo virtuale dell'operatore economico** sono raccolti anche i dati relativi alla **reputazione** dell'impresa che partecipa alla gara.

Tornando *all'art. 109*, l'esigenza di utilizzare anche criteri reputazionali ai fini dell'aggiudicazione nasce dalla percezione di inadeguatezza del previgente sistema di qualificazione a garantire l'affidabilità dell'operatore economico e assicurare la qualità della prestazione finale, specialmente rispetto al fenomeno dilagante della corruzione. Proprio allo scopo di **arginare il fenomeno della corruzione** nell'ambito degli appalti pubblici, il legislatore ha avvertito l'urgenza di imporre alle Amministrazioni pubbliche l'adozione di adeguati **meccanismi di prevenzione** e, allo stesso tempo, di richiedere ai soggetti privati, che vengono in contatto con la pubblica amministrazione e che sono destinatari di risorse pubbliche, **maggiori garanzie di legalità** (**Rating di Legalità** introdotto dal d.l. n.1/2012 e i protocolli di legalità previsti dalla legge 190/2012 nonché i protocolli di legalità richiesti dalla legislazione antimafia vigente D.lgs. n. 159/2011 e smi).

Al comma 2 dell'art. 109, invece, il legislatore ha attribuito all'ANAC anche il compito di definire gli elementi di **monitoraggio**, le modalità di **raccolta dei dati** e il meccanismo di **applicazione del sistema**, al fine di incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato (di cui *all'art. 1 del nuovo codice*), **buona fede e affidamento** (di cui *all'art. 5 del nuovo codice*).

Al comma 3, da ultimo, il legislatore ha espressamente previsto che alla stessa disposizione deve essere data **attuazione entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore del Codice**, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione.

Detto questo, **il c.d. rating d'impresa è da applicarsi ai fini della qualificazione delle imprese**, pertanto deve ricollegarsi *all'attuale art. 100* del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale individua i **requisiti di ordine speciale**, ossia **idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali**.

La qualificazione, quindi, deve essere intesa in senso ampio come valutazione della **capacità delle imprese di**

poter accedere alla gara.

Nel documento redatto dall'ANAC, relativo alle Linee Guida attuative del codice degli appalti di cui al d.lgs. 50/2016, proprio in ordine ai criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese (si veda pag.3), si precisa che i requisiti reputazionali considerati ai fini dell'attribuzione del **Rating d'impresa** consistono in **elementi positivi** (come ad es. *il Rating di Legalità e gli adempimenti ex lege n. 231/2001*) ovvero **negativi** (*sanzioni, illeciti, inadempimenti contrattuali, ecc.*), espressi, nel primo caso, da un valore numerico di segno positivo e, nel secondo caso, da un valore numerico di segno negativo.

Il suddetto meccanismo incentiva **l'impresa ad adottare misure virtuose** quali, ad esempio, quelle di cui al *decreto legislativo n. 231/2001 ovvero il Rating di Legalità*, in considerazione degli **effetti premiali** che ne derivano. L'obiettivo è la creazione di un sistema che *in modo equo e trasparente premia le imprese* che risultano maggiormente affidabili per il committente pubblico.

Sempre nelle citate Linee Guida si deduce che il **sistema del Rating di impresa** è costruito dal legislatore come **obbligatorio e non opzionale**, come è, invece, quello di legalità. Tuttavia, dal momento che ai sensi del previgente art. 83, comma 10, il Rating di impresa tiene conto anche di quello di legalità, vi è un incentivo per le singole imprese a richiedere anche quest'ultimo al fine di incrementare il proprio livello reputazionale.

Come già anticipato, il sistema di premialità e penalità richiamato e innovato *dall'art. 109 del nuovo codice dei contratti pubblici* 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 in fase di esecuzione del contratto, il rispetto della legalità e l'impegno sul piano sociale. La *ratio* della norma è quella di **evitare che il sistema reputazionale** possa essere **influenzato da valutazioni discrezionali delle stazioni appaltanti**, che sono tenute ad inviare una parte consistente dei dati su cui il sistema è basato, con il rischio di generare contenzioso e di provocare alterazioni dovute a fenomeni di collusione tra operatori economici e stazioni appaltanti.

Tra questi vengono indicati, a titolo di esempio:

- 1. indici espressivi della capacità strutturale dell'impresa;**
- 2. il rispetto dei tempi e dei costi** previsti per l'esecuzione;
- 3. l'incidenza del contenzioso** sia in sede di partecipazione alle gare che di esecuzione dei contratti;
- 4. il Rating di Legalità rilevato dall'ANAC** in collaborazione con **l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;**
- 5. la regolarità contributiva;**
- 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 requisiti reputazionali che possono essere considerati al fine di valutare l'affidabilità di una impresa afferiscono al **comportamento assunto dalla stessa in sede di esecuzione del contratto**, ossia gli inadempimenti delle **obbligazioni contrattuali** che hanno determinato l'erogazione di **penali**, l'escussione di cauzioni o fidejussioni o la risoluzione del contratto.

Inoltre, tra gli indici quali-quantitativi favorevoli in ordine al giudizio reputazionale di una impresa dovranno rientrare, le **certificazioni di qualità specifiche** quali *UNI ISO 9001, 45001, 14001*, (qualità, ambiente e sicurezza) – *ISO 37001* (anticorruzione), *ISO 27001* (Sicurezza dei dati), *ISO 30415* (Gestione delle risorse umane – Diversità e Inclusione), *PdR 125* (Parità di genere) ecc.

Non vi è chi non veda l'importanza dell'inserimento tra gli **indici di valutazione espressivi della capacità strutturale** dell'impresa **le certificazioni rilasciate da Enti terzi** e riconosciuti dal Legislatore quali enti di certificazione di standard organizzativi di impresa sia rispetto all'organizzazione tout court sia rispetto a settori specifici quali la sicurezza sui luoghi di lavoro, l'ambiente, la parità di genere, la prevenzione della corruzione ecc.

Orbene, i 18 mesi di sperimentazione concessi dal legislatore all'Anac consentiranno a quest'ultima di affinare un metodo di valutazione obiettivo agevolato dalla **gestione digitale delle informazioni**, che costituisce un valore aggiunto anche sotto il profilo della registrazione tempestiva delle revisioni riguardanti i singoli operatori economici valutati.

L'Anac dovrà, quindi, pervenire ad **un metro di valutazione degli assetti organizzativi e della capacità strutturale** (saranno individuati indicatori della capacità dell'impresa), del rispetto *dei tempi e dei costi* (saranno valutati i comportamenti in fase di esecuzione), dell'incidenza del *contenzioso* (sarà considerato il contenzioso con esito negativo), della presenza del *rating di legalità*, del *Modello Organizzativo 231*, della *regolarità contributiva e contrattuale*, delle sanzioni per *omessa denuncia di richieste estorsive e contributive*.

Accanto a questi dovranno essere valutati tutti i comportamenti tenuti in fase di esecuzione, potenzialmente idonei a configurare una **causa di esclusione dall'appalto**.

Per ognuno di questi elementi sarà determinato **il valore massimo di premialità e penalizzazione**, graduando poi la penalizzazione stessa sulla base di una serie di fattori. Ad ogni indice, poi, dovrà essere attribuita una valenza temporale.

Verificheremo se l'Anac riproporrà l'algoritmo di calcolo del Vecchio Codice, ovvero quel sistema di punteggi nel quale far confluire come risultato finale il rating di impresa.


La soluzione sin qui praticata in prima battuta è caduta su un "**unico punteggio finale**", capace di sintetizzare in un dato numerico tutte le informazioni che lo compongono e, più nello specifico, il meccanismo della **somma ponderata dei vari elementi che rientrano tra i requisiti reputazionali**. Ogni impresa viene, pertanto, sottoposta obbligatoriamente a una valutazione e ottiene un punteggio pari a un massimo di cento.

Nel corso della vita dell'operatore economico, poi, questo rating può crescere o diminuire, in relazione a una serie di parametri.

Si tratta di un **meccanismo che richiama la c.d. "patente a punti"**, che oltre al monitoraggio continuo favorito dalla digitalizzazione, consente alla P.a. di esercitare il c.d. **balancing nell'affidamento dei contratti pubblici** sul presupposto di operare con potenziali contraenti aventi una adeguata reputazione.

La reputazione, sul mercato dei contratti pubblici, sembra, pertanto, destinata ad assumere un ruolo sempre più centrale, oltretutto, orientandolo conformemente al disposto dell'art. 41 della Costituzione a valorizzare la dimensione sociale delle imprese, chiamate a tale scopo a garantire assetti organizzativi e standard minimi di qualità nell'ottica di impedire e/o limitare fenomeni corruttivi, di violazione dei diritti umani, di uso inappropriato delle risorse e di danneggiamento del paesaggio e dell'ambiente e di garantire per quanto possibile di conseguire il miglior risultato possibile nel rispetto di tempi e condizioni economiche contrattuali.

(*) A cura dell'Avv. Vincenzo Candido Renna Partner 24 ORE e Avv. Maria Luisa Bilico

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

