

Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa

di Luca Galli e Margherita Ramajoli ***

ABSTRACT

The paper analyzes the “company rating”, a legal instrument which affects the dynamic of the public procurement market, emphasizing the prospective contractor’s past performances. The rating is a tool introduced by the Italian public procurement code to allow a better evaluation of candidates and their proposals. If not correctly used, it may generate distortions of the access to the acquisition procedure and of the award decisions. The paper identifies an Italian model of “company rating”, only partially inspired by the American one. It is a reward system, relevant both as a selection criterion of the economic operators, and as a contract award criterion. The research examines the potentialities and the limits of this reputational mechanism, within the boundaries of a legal framework which is still in progress, mostly delegated to the Anac guidelines.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Rating reputazionale e diritto dell’Unione europea. – 3. Rating reputazionale e ordinamenti stranieri. – 3.1. Stati Uniti. – 3.2. Francia e Gran Bretagna. – 3.3. L’originalità del modello italiano: la logica del sistema. – 4. Rating solo premiale oppure anche penalizzante? – 5. Rating rilevante solo nella fase di qualificazione delle imprese oppure anche nella fase di valutazione delle offerte? – 6. I requisiti reputazionali tra indici soggettivi e indici oggettivi: reputazione come giudizio soggettivo e diffuso oppure come semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili?

1. Premessa

Il codice dei contratti pubblici ha introdotto un nuovo istituto giuridico per consentire una migliore qualificazione dei partecipanti alle gare e delle loro offerte: il rating d’impresa. Per rating d’impresa s’intende un indice di misurazione della reputazione di un operatore economico aspirante aggiudicatario, ottenuto valutando le sue pregresse *performances*.

Il rating d’impresa è stato concepito dal codice come strumento in grado di incidere profondamente sulla dinamica dei mercati degli appalti pubblici, tuttavia non è dato ancora sapere con precisione quali caratteri esso possiede. Questo perché gli elementi decisivi e centrali della sua disciplina sono stati delegati a linee guida Anac non ancora emanate. È questa una scelta normativa che, come si avrà modo di sottolineare in seguito, presenta alcune criticità,

* Il presente contributo è frutto della riflessione congiunta degli Autori; tuttavia a Luca Galli si devono attribuire i paragrafi 3.1 e 3.2, a Margherita Ramajoli i paragrafi 1, 2, 3.3, 4 e 5.

** Lo scritto è destinato anche al *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da Riccardo Villata.

specie perché non risulta sufficientemente rispettosa del principio di legalità.

Allo stato attuale una riflessione su questo istituto deve necessariamente fondarsi sull'abbozzo che ne ha dato il legislatore nel codice prima e nel correttivo poi, con la consapevolezza di essere di fronte a un istituto *in fieri*.

L'istituzione di un sistema di rating d'impresa è prevista dall'art. 83, comma 10, del codice dei contratti. Sempre l'art. 83, comma 10, stabilisce poi che la disciplina del rating (intesa come regolazione e gestione del sistema) è demandata all'Anac, tenuta a definire mediante linee guida sia i requisiti reputazionali su cui si fonda il sistema, sia i criteri di valutazione degli stessi, sia le modalità di rilascio della relativa certificazione.

Nel correttivo al codice (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) il sistema del rating d'impresa viene confermato, ma la sua disciplina viene in buona parte modificata, o, meglio, "riscritta completamente", per utilizzare l'espressione impiegata dal Consiglio di Stato nel suo parere al correttivo¹.

È interessante notare come la disciplina del rating d'impresa venga cambiata ancora prima di avere trovato concreta attuazione. La disciplina originaria non è mai divenuta operativa per una serie di difficoltà applicative, in punto di certezza del diritto e di semplificazione procedurale e burocratica. Alcune di queste criticità sono state segnalate dall'Anac, che entro il luglio 2016 avrebbe dovuto emanare le menzionate linee guida per la regolazione, certificazione e gestione del sistema di rating. L'Autorità, anziché emanare le sue linee guida (che comunque ora dovranno essere adottate entro 3 mesi dell'entrata in vigore del correttivo), ha invece preferito, proprio a causa delle accennate problematiche, formulare alcune proposte di modifica normativa. Queste ultime, contenute nel suo atto di segnalazione del 1° febbraio 2017, n. 2, sono state in buona parte accolte dal correttivo².

Prima di analizzare nello specifico la configurazione originaria del rating d'impresa e le sue recenti modifiche è opportuno soffermarsi sulla finalità o sulle finalità ad esso assegnate, nonché sul modello o sui modelli d'ispirazione. Con la consapevolezza che alcune delle problematiche presenti nel sistema del rating d'impresa sono state eliminate a seguito delle modifiche apportate dal correttivo, ma altre, di contro, permangono.

Esse conducono ad alcune domande di senso, le quali si affiancano al quesito già sopra sollevato in ordine al rispetto del principio di legalità da parte della disciplina normativa, visto che elementi decisivi di tale disciplina non sono stati fissati dal codice, ma sono stati delegati a linee guida Anac.

In particolare è dubbio se il rating sia in grado di realizzare la sua finalità istituzionale, e cioè aumentare il tasso di efficienza del mercato dei contratti. Esso infatti rischia di portare con sé più problemi di quanti intenda risolvere, aumentando il già ingente contenzioso in materia e imponendo alle stazioni appaltanti e alle imprese ulteriori oneri burocratici non coerenti con il principio di *gold plating*³, trattandosi di istituto non di diretta derivazione europea. Altre criticità riguardano il pericolo di violazione, insito nei meccanismi reputazionali,

¹ Cons. Stato, Commissione speciale, parere 30 marzo 2017, n. 782, p. 67, in www.giustizia-amministrativa.it.

² Anac, segnalazione 1° febbraio 2017, n. 2, recante Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in www.anticorruzione.it.

³ Ossia il «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*» (art. 1, comma 1, lett. a), della legge delega).

dei principi del *favor participationis*, di parità tra le imprese e di non discriminazione, con particolare riguardo ai nuovi entranti, alle imprese straniere e alle piccole e medie imprese. Inoltre non è immediato come il rating si coordini con altri strumenti già esistenti di verifica della capacità delle imprese partecipanti alle procedure di gara, quale il rating di legalità; né parimenti è evidente quale sia la portata del termine “reputazione”, che (anche in relazione ad ambiti diversi dalla contrattualità, nei quali pure è utilizzato) sembra privilegiare il giudizio soggettivo e diffuso, sulla base di esperienze ripetute nel tempo, in opposizione alla semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili. Infine, sullo sfondo si pone il tema di carattere più generale degli spazi di autonomia contrattuale (o, se si preferisce, di discrezionalità) della stazione appaltante, stretta tra esigenze di flessibilità e di semplificazione, da un lato, ed esigenze di garanzia di un corretto utilizzo delle risorse pubbliche, d'imparzialità, di trasparenza e di lotta alla corruzione, dall'altro.

2. Rating reputazionale e diritto dell'Unione europea

Come accennato, il rating d'impresa è un rating fondato su indici reputazionali che permettono una valutazione e una valorizzazione delle precedenti esperienze maturate dalle imprese che aspirino ad entrare in rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

Il codice dei contratti ha attribuito al rating d'impresa un ruolo chiave nel processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici, tentando di riqualificare questo mercato dal lato dell'offerta.

A livello ordinamentale, il rating è strumento inteso ad assicurare che nel mercato regolato dei contratti pubblici operino solamente soggetti affidabili, in maniera tale da contribuire alla realizzazione dell'efficienza del mercato stesso.

Passando dal piano ordinamentale a quello degli attori del mercato, il rating dovrebbe fornire garanzie anticipate alle stazioni appaltanti in ordine al raggiungimento del risultato finale, prevedendo il rischio di una cattiva esecuzione contrattuale. Infatti l'aumento del tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici dipende dall'abbattimento dei costi di transazione connessi non solo all'affidamento del contratto, ma anche all'esecuzione del contratto stesso.

Infine, il rating serve anche alle imprese, come incentivo ad adottare misure virtuose in considerazione degli effetti premiali che ne derivano⁴.

Dunque obiettivo del rating è di ridurre o, almeno, rendere meglio controllabile il rischio di esecuzione, il rischio cioè che l'aggiudicatario non risulti in grado di realizzare l'oggetto del contratto nei tempi e con le caratteristiche richieste. Questa particolare tipologia di rischio si affianca al rischio di prezzo, ossia il pericolo che vi siano distorsioni nella determinazione del prezzo, e al rischio di corruzione, ossia il pericolo che il processo di selezione dell'aggiudicatario venga distorto a favore di un concorrente⁵.

⁴ Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 2-4. Sulle tante funzioni assolte dal rating d'impresa cfr., oltre alla terminata bibliografia straniera citata al paragrafo successivo, anche A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in www.giustamm.it.

⁵ L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. pp. 29-37.

I rischi di esecuzione sono stati tradizionalmente controllati mediante regole *ex ante*, che permettono la partecipazione alla procedura solamente agli operatori economici in possesso di determinate caratteristiche, sotto il profilo della capacità economico-finanziaria e della capacità tecnico-professionale⁶.

In questo contesto finora la *past performance* dell'impresa non era mai stata utilizzata se non nell'ipotesi estrema di escludere da future procedure quelle imprese che avessero commesso errori o negligenze gravi oppure che si fossero comportate in mala fede. In altri termini, l'affidabilità dell'impresa veniva in rilievo esclusivamente in negativo, elencando il legislatore una serie di eventi tali da escludere la sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa stessa. Tuttavia in questa maniera il patrimonio informativo pregresso non era sfruttato in tutte le sue potenzialità⁷.

In questa logica ora il rating d'impresa s'erge a meccanismo che contribuisce al passaggio da un sistema "statico" dei requisiti formali delle imprese, fondato sui "freddi" parametri di fatturato, organico e attrezzature, a un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale⁸.

Del resto, già l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici aveva da tempo suggerito di introdurre criteri reputazionali nella qualificazione delle imprese, dando la possibilità alle stazioni appaltanti di privilegiare quelle imprese che avessero bene effettuato lavori in passato⁹.

L'attuale sistema di rating d'impresa è una creazione originale del nostro codice dei contratti pubblici, dal momento che le direttive europee in materia non prevedono tale istituto.

Nell'ordinamento europeo, prima del 2014 mancava ogni previsione intesa

⁶ Sui (molteplici, invero) scopi della previsione di norme volte a stabilire i requisiti di partecipazione alle gare e sul sistema di qualificazione dei lavori pubblici cfr. G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., p. 277 ss.; sui requisiti minimi che devono essere posseduti dagli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica ai sensi della nuova disciplina codicistica cfr. R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 1041 ss., 1044.

⁷ Si ricordi che il vecchio codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) all'art. 38, comma 1, lett. f), in tema di requisiti generali di partecipazione, considerava la condotta pregressa degli operatori quale causa ostativa alla partecipazione di future gare (in tal senso si parlava di "reputazione negativa"), mentre l'art. 80 del regolamento di esecuzione al vecchio codice (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), e ancor prima l'art. 19 del regolamento istitutivo del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della legge Merloni (legge 11 febbraio 1994, n. 109), significativamente intitolati *incremento convenzionale premiante*, prevedevano che se l'impresa, oltre al possesso del sistema di qualità, avesse presentato almeno tre dei requisiti ed indici economico-finanziari relativi al patrimonio netto, all'indice di liquidità e all'indice di economicità, avrebbe ottenuto il c.d. "incremento figurativo". Suggestivano una forma sperimentale di rating delle imprese esecutrici di lavori pubblici, sulla base dei dati già in possesso dell'Osservatorio dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 8, comma 6, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, N. PARISI-M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'A.N.AC. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, p. 419 ss.

⁸ Così Cons. Stato, Commissione speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it. Invero il parere del Consiglio di Stato non si sofferma specificamente sul rating d'impresa, ma svolge qualche considerazione di massima in ordine alla materia dei requisiti morali e di capacità tecnica e economica, la quale "ha sinora avuto una disciplina complessa, che ha storicamente costituito una importante percentuale del contenzioso sugli appalti pubblici". Qui s'inserisce il rilievo sul passaggio da un sistema statico di requisiti formali a uno dinamico di requisiti sostanziali di tipo reputazionale, "ponendo le premesse per una revisione del sistema di qualificazione incentrato sulle SOA".

⁹ In tal senso cfr. G. BRIENZA, *Utilizzo dei criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

ad introdurre indici reputazionali degli operatori economici. Il diritto dell'Unione europea è stato fin da subito interessato a rendere trasparente il processo di selezione degli aggiudicatari e a garantire un'uguaglianza di trattamento alle imprese, piuttosto che a valutare i requisiti di accesso e le condotte delle stesse imprese.

Si inizia formalmente a discutere di *past performances* delle imprese con il *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy* del 2011. Tale documento, da un lato, sottolineava come le direttive allora vigenti non prevedessero strumenti adatti a tener conto delle esperienze maturate nel passato dagli offerenti, dall'altro, evidenziava i possibili rischi di pratiche discriminatorie insite nella valorizzazione di criteri reputazionali, principalmente in relazione ai soggetti di recente ingresso nel mercato, privi di esperienza o dotati di esperienza inferiore a quella di operatori attivi già in precedenza¹⁰.

Sullo sfondo vi è la questione del rischio di commistione tra elementi soggettivi attenenti alla fase di qualificazione dell'impresa ed elementi oggettivi riguardanti invece la fase di valutazione qualitativa delle offerte ai fini dell'aggiudicazione. L'individuazione dei soggetti da ammettere alla procedura e la valutazione delle offerte costituiscono, infatti, due momenti distinti; il primo è diretto all'individuazione dei soggetti idonei ad eseguire la prestazione, il secondo è invece diretto all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In proposito la Corte di giustizia, prima dell'entrata in vigore della direttiva 2014/24/UE, aveva ritenuto che, se è vero che, «*in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati*» e quindi spetta alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, tuttavia «*tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa*»; di conseguenza «*sono esclusi come criteri di aggiudicazione criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi*»¹¹.

Deve comunque essere osservato che la giurisprudenza italiana, ancora prima dell'entrata in vigore della nuova direttiva, «*pur dando continuità e riconfermando il fondamento del principio del divieto di commistione tra requisiti soggettivi dell'offerente e requisiti oggettivi dell'offerta*», aveva assunto una posizione maggiormente flessibile in materia, aprendo agli elementi soggettivi nella valutazione delle offerte (nel caso di specie, al *curriculum* del team di lavoro dell'impresa)¹².

¹⁰ «A broad majority of respondents from all stakeholder groups consider that the Directive should explicitly allow contracting authorities to take into account their previous experience with one or several bidders. Again, respondents are aware of the risks and drawbacks of such a suggestion: some critical answers are cautioning against the danger of favouritism and discrimination while others are proposing safeguards to ensure a fair and objective assessment, such as the requirement of a measurable and objective performance control system (to avoid subjective blacklisting), judicial protection and possibly a cap for the weighting of the relevant criterion, to keep the market open for newcomers» (cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf).

¹¹ Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, causa 532/06, *Emm. G. Lianakis AE*, punti 29 e 30; 19 giugno 2003, causa 315/01, *GAT*, punti 63-64; 17 settembre 2002, causa 513/99, *Concordia Bus Finland*, punti 54 e 59; 18 ottobre 2001, causa 19/00, *SIAC Construction*, punti 35 e 36; 20 settembre 1988, causa 31/87, *Bentjées*, punto 19.

¹² Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970; ma cfr. altresì *Id.*, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191. Vedasi altresì la determinazione Avcp, 24 novembre 2011, n. 7, e la giurispru-

Attualmente l'art. 58, comma 4, direttiva 2014/24/UE, sui criteri di selezione relativi alle capacità tecniche e professionali delle imprese, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. In particolare, le stazioni appaltanti possono esigere che «*gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza*»¹³.

Per quanto riguarda invece i criteri di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea prevede la possibile rilevanza della «*esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto*», ma solo «*qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto*» (art. 67, comma 2, direttiva 2014/24/UE)¹⁴.

Altro non è disposto a livello normativo europeo.

3. Rating reputazionale e ordinamenti stranieri

Occorre dunque verificare se il legislatore nazionale abbia tratto ispirazione da qualche modello preesistente di rating reputazionale e in quale misura abbia eventualmente fatte proprie le caratteristiche del modello.

3.1. Stati Uniti

L'ordinamento statunitense è stata sicura fonte di ispirazione dell'evoluzione avvenuta a livello europeo in materia di rilevanza della "reputazione professionale" delle imprese partecipanti alle gare pubbliche.

Ivi, oramai da più di vent'anni, le *past performances* hanno assunto il ruolo di criterio di valutazione fondamentale delle offerte, in quanto ritenute corretto indicatore delle *future performances* delle imprese stesse. Tale convinzione si è concretizzata nell'ambito delle riforme degli anni '90 del secolo scorso, volte all'adeguamento dell'amministrazione statunitense alle dinamiche imprenditoriali e di mercato, nell'ottica di incrementarne efficienza ed economicità¹⁵.

Pertanto, conformemente al senso comune e alle applicazioni che esse trovano nella contrattualistica privata, anche in relazione alla disciplina dei contratti

denza ivi richiamata in relazione all'ammissibilità, in sede di valutazione delle offerte, di criteri soggettivi attinenti all'esperienza degli offerenti.

¹³ Fermo restando che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora quest'ultimo «*ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili*» (art. 57, comma 4, lett. g).

¹⁴ Disposizione recepita nel nostro ordinamento all'art. 95, comma 6, lett e) del codice, che contempla fra i criteri di selezione proprio «*l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto*».

¹⁵ Vedasi in tal senso, A. GORE, *Vice President's Report of the National Performance Review, Creating a Government That Works Better and Costs Less* (Sept. 7, 1993). In dottrina, S. KELMAN, *Buying Commercial*, in 27 *Pub. Cont. L.J.*, p. 249 ss. (1998).

pubblici si è ritenuto verosimile che un contraente con esperienze professionali solide esegua in modo soddisfacente i futuri contratti ¹⁶.

Ancora, l'utilizzo della *past performance* come criterio di selezione è stato considerato uno strumento idoneo a motivare i contraenti a comportarsi diligentemente, potendo una cattiva esecuzione rivelarsi causa della mancata aggiudicazione di appalti futuri.

Da ultimo, ulteriore vantaggio ravvisato è stato quello di consentire alle amministrazioni di fondarsi su dati reali e concreti ai fini della scelta del contraente, non basandosi solamente su proposte tecnico-economiche spesso complesse e lontane dalle reali capacità degli offerenti ¹⁷.

Dal punto di vista dell'evoluzione storico-normativa ¹⁸, l'utilizzo delle *past performances* nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici risale a prima del formale riconoscimento del loro ruolo tramite le summenzionate riforme. Inizialmente, le condotte tenute in relazione ai precedenti contratti potevano assumere rilevanza solo nell'ambito della *responsibility determination*, ossia una valutazione svolta dal *contracting officer* dell'amministrazione aggiudicatrice relativa alla capacità dell'offerente di eseguire correttamente il contratto oggetto della gara, ove fossero tenute in considerazione le risorse finanziarie, organizzative, tecniche ed esperienziali dell'impresa stessa ¹⁹.

Di *past performance* come criterio di selezione delle offerte si è concretamente incominciato a parlare grazie all'intervento dell'*Office of Federal Procurement Policy* (OFPP) ²⁰, tramite la *Policy Letter 92-5* del 30 dicembre 1992. Con essa, il suddetto ufficio fissava nuove linee di indirizzo per i *Federal Departments* e le *Agencies*, volte a migliorare le condotte dei contraenti negli appalti pubblici tramite l'enfaticizzazione delle loro prestazioni passate, nella fase di aggiudicazione. In tal senso, si suggeriva alle *Executive Agencies* di preparare valutazioni delle *performances* dei contraenti per gli appalti superiori alla soglia dei \$100.000, così come, sempre per i medesimi contratti, di tenere in considerazione le *past performances* ai fini della loro aggiudicazione.

I passaggi successivi furono quelli della ratifica da parte del Congresso della stessa *Policy Letter 92-5* tramite l'inclusione di quanto da essa previsto nel *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) del 1994 e l'adozione nel maggio 1995, sempre da parte dell'OFPP, di una guida concernente le *best practices* relative all'utilizzo delle *past performances* ²¹.

¹⁶ Vedasi J.C. GUERRERO-C.J. KIRKPATRICK, *Evaluating contractor past performance in the United States*, in *Public Procurement Law Review*, p. 244 (2001) e S. KELMAN, *Past Performance: Becoming Part of the Solution*, in *30 Procurement Law*, p. 12 (1994-1995).

¹⁷ In tal senso, 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.*, p. 639 (1999-2000).

¹⁸ Vedasi N. CAUSEY, *Past Performance Information*, cit., p. 645 ss.; W.W. GOODRICH JR., *Past performance as an evaluation factor in public contract source selection*, in *47 Amm. U. L. Rev.*, p. 1544 ss. (1997-1998); J.C. GUERRERO-C.J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 247 ss.; K.R. HEIFETZ, *Striking a balance between Government efficiency and fairness to contractors: past performance evaluations in Government contracts*, in *50 Admin. L. Rev.*, p. 235 ss. (1998).

¹⁹ Si tenga presente che la *past performance* è tuttora rilevante anche nell'ambito della *responsibility determination*. Vedasi, FAR § 9.104-1.

²⁰ Ai sensi del Title 41, Chapter 7, Sec. 405, United State Code (U.S.C.), l'OFPP è un ufficio federale che si occupa di «*provide overall direction of procurement policy and leadership in the development of procurement systems of the executive agencies*».

²¹ OFPP, *A guide to best practices for past performances*, (May 1995), seguita da OFPP, *Best practices for collecting and using current and past performance information*, (May 2000).

Fase finale del riconoscimento normativo del ruolo delle *past performances* fu la modifica del *Federal Acquisition Regulation* (FAR), sempre nel 1995²², così da dettare una disciplina specifica circa le modalità di raccolta e uso di questo nuovo indice di valutazione delle offerte.

Chiarite le fondamentali coordinate normative, non resta che ricercare al loro interno una definizione di *past performance*, così da comprendere l'effettiva portata di tale istituto e la sua assimilabilità a un rating reputazionale. Guardando all'ultima delle citate disposizioni, la quale detta ad oggi la disciplina di riferimento in materia, bisogna dare atto di come manchi nel FAR una definizione fra i principi generali. Ad ogni modo, nella *Part 42*, concernente la raccolta dei dati relativi all'esecuzione dei contratti, si fornisce una descrizione di *past performance* sufficientemente ampia, tale da permetterne l'applicazione in relazione a tutti i momenti in cui essa assume rilevanza nell'ambito dei contratti pubblici. Ai sensi del FAR § 42.1501, per *past performances* si intendono le «*relevant information, for future source selection purposes, regarding a contractor's actions under previously awarded contracts. It includes, for example, the contractor's record of forecasting and controlling costs; the contractor's adherence to contract schedules, including the administrative aspects of performance; the contractor's history of reasonable and cooperative behavior and commitment to customer satisfaction; and generally, the contractor's business-like concern for the interest of the customer*»²³. Dunque, ai fini della valutazione delle prestazioni relative a precedenti contratti bisogna tenere conto di elementi quali il rispetto di costi e tempistiche prefissate, la capacità di collaborare con il "consumatore", di soddisfare le sue aspettative nonché di prestare attenzione ai suoi interessi.

Da questa definizione discende poi la distinzione tra *past performance* e *prior experience*, la quale può costituire a sua volta ulteriore criterio di valutazione delle offerte. Se entrambe concernono le esperienze passate dell'offerente, la *prior experience* si riferisce al semplice fatto che il soggetto partecipante alla gara abbia già eseguito contratti pubblici o, in ogni caso, contratti rilevanti ai fini della sua esperienza in relazione all'oggetto della gara stessa. Dall'altro lato, la *past performance* fa riferimento alla "qualità" di queste prestazioni, più che alla loro mera esistenza²⁴. Da ciò traspare, quindi, la natura reputazionale dell'indice in questione.

Guardando alle previsioni normative in concreto, due sono i momenti fondamentali in cui la *past performance* è oggetto di disciplina: uno relativo alla fase di aggiudicazione, ove ricopre principalmente il ruolo di criterio di valutazione delle offerte, e uno alla fase di esecuzione del contratto, quale informazioni da raccogliere così da poter essere valutate in vista di gare d'appalto future.

Partendo da quest'ultimo aspetto, come anticipato, la *Part 42* del FAR fissa le regole e le procedure che devono essere seguite da un'amministrazione per la raccolta e la valutazione dei dati circa le condotte tenute dal contraente privato nell'ambito dell'esecuzione di un contratto pubblico, stipulato con l'*Agency* stessa. In tal modo si danno luogo a giudizi che assumono rilievo, come

²² La modifica fu disposta dal *FAR Council* tramite la *Federal Acquisition Circular* (FAC) 90-26 del 31 marzo 1995.

²³ Si noti come una definizione analoga veniva già elaborata, in via generale, tramite la precedente *OFPP Policy Letter* n. 92-5.

²⁴ N. CAUSEY, *Past Performance Information*, cit., p. 641 ss.

vedremo a breve, quali indici di *past performance* nelle successive procedure a evidenza pubblica cui il privato prenderà parte.

Ai sensi del FAR, le *Agencies* sono tenute a formulare i suddetti giudizi per tutti i contratti di valore eccedente i \$150.000 (c.d. *simplified acquisition threshold*), con cadenza almeno annuale, salvo l'obbligo di redigere una valutazione conclusiva, una volta giunti a piena esecuzione del contratto²⁵. I giudizi devono poi essere sottoposti al contraente, cui sono concessi quattordici giorni di tempo per formulare commenti o presentare informazioni aggiuntive. In caso di disaccordo sulla valutazione delle *performances*, è attribuita al privato la possibilità di presentare "ricorso gerarchico" interno all'amministrazione²⁶, cui in ogni caso è rimessa la decisione finale circa il giudizio in questione. Ad ogni modo, tanto i commenti quanto gli esiti della *review* andranno a formare un allegato necessario del giudizio, così da acquisire automaticamente rilievo qualora esso diventi oggetto di valutazione in successive procedure d'appalto²⁷.

L'amministrazione, ai fini della determinazione del livello delle *performances*, deve tenere in considerazione almeno sei fattori: «(i) *Technical (quality of product or service)*; (ii) *Cost control (not applicable for firm-fixed-price or fixed-price with economic price adjustment arrangements)*; (iii) *Schedule/timeliness*; (iv) *Management or business relations*; (v) *Small business subcontracting* (vi) *Other (as applicable) (e.g., late or nonpayment to subcontractors, trafficking violations, tax delinquency, failure to report in accordance with contract terms and conditions, defective cost or pricing data, terminations)*»²⁸. Ogni fattore, poi, deve ricevere una valutazione conforme al «*five scale rating system*» previsto e specificato nel FAR: "exceptional, very good, satisfactory, marginal, and unsatisfactory"²⁹.

Le *Agencies* devono infine caricare questi giudizi, tramite appositi sistemi informatici³⁰, in un'unica banca dati nazionale (*Past Performance Information Retrieval System* – PPIRS), dove saranno conservate per non più di tre anni dalla piena esecuzione del contratto, così da essere direttamente consultabili da tutte le amministrazioni chiamate a considerare la *past performance* dei privati quale criterio di selezione in successive procedure a evidenza pubblica³¹.

Passando all'altro "momento di rilevanza" della *past performance*, relativo alla fase di aggiudicazione (*Part 15* del FAR), essa ivi svolge il ruolo di criterio di selezione dell'offerta per tutte le *negotiated competitive acquisitions* che superano la soglia dei \$150.000³². Tale valutazione può essere esclusa solo

²⁵ FAR § 42.1502 (a).

²⁶ «*Agencies shall provide for review at a level above the contracting officer to consider disagreements between the parties regarding the evaluation*» (cfr. FAR § 42.1503 (d)).

²⁷ FAR § 42.1503 (d).

²⁸ Cfr. FAR § 42.1503 (b) (2). La OFPP, *Best practices*, cit., fa invece riferimento a soli quattro fattori: *quality, cost control, timeliness, business relations*.

²⁹ FAR § 42.1503 (b) (4), come specificato nelle successive tabelle 42-1 e 42-2.

³⁰ Il FAR fa esplicito riferimento al *Contractor Performance Assessment Reporting System* (CPARS). Sull'esistenza di una pluralità di sistemi di raccolta, vedasi United States Government Accountability Office (GAO), report. n. GAO-09-374, *Report to Congressional Requesters, Better Performance Information Needed to Support Agency Contract Award Decisions*, p. 7 ss. (April 2009), reperibile all'indirizzo <http://www.gao.gov/new.items/d09374.pdf>.

³¹ FAR § 42.1503 (f).

³² FAR § 15.304 (c) (3) (i).

laddove il *contracting officer* dimostri come essa si riveli inappropriata per il contratto in questione³³.

Nello specifico, la valutazione concernerà non soltanto i precedenti contratti pubblici (*Federal, state and local government contracts*), ma anche i contratti interprivati di cui il concorrente è risultato aggiudicatario, spettando *in primis* a quest'ultimo la loro indicazione nell'ambito dell'offerta, senza che però ciò limiti la possibilità dell'amministrazione di procedere alla verifica di tali informazioni nonché di ricercare dati ulteriori e differenti circa le *past performances*³⁴. L'amministrazione dovrà tenere conto della rilevanza delle informazioni, della loro fonte, del contesto in cui sono stati raccolti i dati e dell'andamento generale delle *performances* dell'offerente, cui dev'essere concessa la possibilità di commentare le eventuali difficoltà emerse in relazione agli stessi contratti, sin dal momento della presentazione dell'offerta³⁵.

Quanto al "peso" della *past performance* in relazione agli altri criteri di aggiudicazione, pur in assenza di un'esplicita presa di posizione al riguardo nel FAR, l'*OFPP Guide* raccomanda di attribuirle una rilevanza pari a quella assegnata agli altri fattori, differenti dal prezzo³⁶, tenuti in considerazione dall'amministrazione appaltante, consigliando, in generale, un peso pari o superiore al 25% della valutazione complessiva³⁷.

Inoltre, ai fini di prevenire una possibile discriminazione nei confronti dei soggetti di recente ingresso nel mercato, è lo stesso FAR a prevedere che, in caso di offerente privo del tutto di *past performances* o di *past performances* rilevanti ai fini del contratto oggetto della procedura, egli non potrà essere valutato né favorevolmente né sfavorevolmente in relazione alla *past performance*³⁸.

Ancora, il FAR § 15.306 disciplina le possibilità di comunicazione tra offerente e amministrazione nelle varie fasi della procedura, anche in relazione alla *past performance*, così da fornire chiarimenti in relazione a eventuali valutazioni negative riguardo alle quali il concorrente non ha ancora avuto l'opportunità di esprimersi³⁹.

³³ FAR § 15.304 (c) (3) (iii).

³⁴ Assume rilievo, in questa sede, la possibilità delle amministrazioni di consultare il PPIRS, tanto a verifica delle informazioni fornite dal privato, quanto per ricercarne ulteriori. Oltre all'accesso alla banca dati, le *Agencies* possono acquisire indicazioni sulle *past performances* degli offerenti mediante ulteriori strumenti, quali ad esempio interviste (anche telefoniche) e questionari rivolti alle precedenti controparti contrattuali, pubbliche o private.

³⁵ FAR § 15.305 (a) (2) (i) e (ii).

³⁶ Quanto ai criteri di aggiudicazione diversi dal prezzo, ulteriori rispetto alla *past performance*, il FAR § 15.304 (2) richiama «*compliance with solicitation requirements, technical excellence, management capability, personnel qualifications, and prior experience*».

³⁷ Vedasi OFPP, *Best practices*, cit., ma anche U.S. General Services Administration, *White Paper: Past performance* (December 1997).

³⁸ FAR § 15.305 (a) (2) (iv).

³⁹ Si considerino, prima di tutto, le informazioni raccolte dall'amministrazione in aggiunta a quelle fornite dal privato. Il FAR § 15.306 distingue fra "*clarifications*", "*communications*" e "*discussions*". La possibilità di presentare le prime è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, qualora essa abbia scelto di procedere all'aggiudicazione senza previamente limitare il numero dei concorrenti (c.d. "*establishment of the competitive range*"). Qualora, invece, l'amministrazione decida di restringere fin da subito il numero di partecipanti alla gara, limitando la competizione alle sole "*most highly rated proposals*", deve essere concessa la possibilità di presentare *communications*, prima della fissazione del *competitive range*, ai soggetti la cui inclusione nel *range* sia ancora incerta. Successivamente alla fissazione del *competitive range*, possono invece svolgersi le *discussions*, necessariamente indirizzate a tutti i soggetti seleziona-

Ad ogni modo, avverso una valutazione della *past performance* ritenuta non congrua, l'offerente può esperire gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento statunitense in relazione alle procedure a evidenza pubblica. Oltre ai ricorsi giurisdizionali interni alla pubblica amministrazione aggiudicatrice, sono accordate tutele giurisdizionali – presso la *Court of Federal Claims* – e paragiurisdizionali – innanzi al *Government Accounting Office (GAO)*⁴⁰.

Inquadri i tratti salienti dell'istituto, non può non darsi atto di come, anche nell'ordinamento statunitense, l'utilizzo della reputazione professionale non sia esente da incertezze, critiche e problematiche.

Sin dal *White Paper* sulla *past performance* del 1997⁴¹ si sono evidenziate criticità quali il carattere altamente soggettivo dei giudizi forniti dalle singole amministrazioni sulle prestazioni dei privati nell'esecuzione dei contratti pubblici, così come il problema della discriminazione dei soggetti di recente ingresso sul mercato, privi di precedenti esperienze, ma per ciò non necessariamente incapaci di eseguire con maggiore successo il contratto oggetto della procedura.

Quest'ultimo tema è stato ampiamente dibattuto, considerate le incertezze generate dal testo del FAR laddove afferma che *"In the case of an offeror without a record of relevant past performance or for whom information on past performance is not available, the offeror may not be evaluated favorably or unfavorably on past performance"*⁴². Non è chiaro, ad esempio, se i termini *favorably* e *unfavorably* abbiano valore assoluto o relativo, ossia se impongano una valutazione "media" in relazione al "punteggio" astrattamente attribuibile alla *past performance* (es.: da 0 a 10 punti, quindi 5 punti per l'offerente privo di esperienza) o in relazione ai punteggi concretamente attribuiti ai concorrenti nella singola procedura (es.: concorrente con il minor punteggio per la performance: 0 punti; concorrente con il maggior punteggio: 8 punti; punteggio del concorrente privo di esperienza: 4 punti). Le stesse decisioni del GAO hanno sempre riconosciuto ampia discrezionalità alle *Agencies* in materia di valutazione delle *new firms*⁴³.

ti, nell'ambito delle quali gli offerenti, oltre a poter fornire chiarimenti in relazione ai vari elementi della propria offerta, possono anche modificarla e condurre ulteriori negoziati con l'amministrazione. In materia si rimanda a S. SUBRAMANIAN, *The Implication of the FAR Rewrite for Meaningful Discussions of Past Performance*, in 26 *Pub. Cont. L.J.*, p. 445 ss. (1996-1997).

⁴⁰ Il U.S. Government Accountability Office è un'Agency indipendente che, in materia di *bid protests*, fornisce raccomandazioni non vincolanti circa la conformità delle condotte delle amministrazioni a «*statute and regulation*». Gli incentivi al ricorso a tale forma di risoluzione delle controversie sono dati dalla maggiore celerità del giudizio e dai minori costi, considerata la possibilità di presentare una *protest* anche senza l'assistenza di un avvocato. In caso di mancato adeguamento a una *recommendation* del GAO, l'amministrazione inadempiente è oggetto di segnalazione al Congresso. In materia di tutele avverso le valutazioni della *past performance* si rimanda a J.C. GUERRERO-C.J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 250 ss. e J. CIBINIC, JR.-R.C. NASH, JR., *Formation of Government Contracts*, Washington, 1998, p. 1492 ss. e 1524 ss. Per un approfondimento sulla tutela paragiurisdizionale fornita dal GAO, vedasi U.S. Government Accountability Office, *Bid Protests at GAO: A Descriptive Guide*, reperibile all'indirizzo: <https://www.gao.gov/assets/210/203631.pdf>. Quanto a una disamina delle principali controversie instaurate innanzi al GAO in tema di *past performance*, vedasi N. CAUSEY, *Contractor Challenges to the Government's Evaluation of Past Performance During the Source-Selection Process: "Thou Protesteth Too Much?"*, in 2002 *Army Law*, p. 25 ss. (2002).

⁴¹ U.S. General Services Administration, *White Paper: Past performance* (dicembre 1997).

⁴² FAR § 15.305 (a) (2) (iv).

⁴³ Per una puntuale disamina del problema e delle decisioni del GAO, si rimanda a F. KUSHNIR, *Evaluating offerors without past performance information: the good, the bad and the neutral*, in 35 *Pub. Cont. L.J.*, p. 317 ss. (2005-2006). Vedasi anche il report GAO n. 12-102R, spe-

Tra gli altri problemi, si è lamentata: l'ampia discrezionalità delle amministrazioni nell'individuare quali tra i contratti precedentemente eseguiti dagli offerenti ritenere rilevanti ai fini dell'aggiudicazione⁴⁴; la tendenza delle *Agencies* a limitare le possibilità di chiarimento degli offerenti in relazione a precedenti giudizi negativi sulla *past performance*⁴⁵; il rischio che giudizi negativi in materia di *performance* possano costituire un'ipotesi di esclusione di fatto dai contratti pubblici (c.d. *de facto debarment*), sfornita delle tutele garantite in relazione ai motivi di esclusione normativamente previsti (c.d. *de jure debarment*)⁴⁶. Non può infine trascurarsi la più volte riscontrata distanza tra le previsioni normative, che esaltano il ruolo della *past performance*, e la realtà dei fatti, per cui i *contracting officers* fanno spesso limitato ricorso a tale criterio di selezione, a fronte della scarsa qualità e affidabilità delle informazioni in materia di *performance*, anche tra quelle direttamente reperibili nei *database* pubblici⁴⁷.

3.2. Francia e Gran Bretagna

Volgendo ora lo sguardo ad altri ordinamenti europei, è possibile osservare come essi si siano maggiormente attenuti al testo delle direttive, limitando la portata creativa delle norme di recepimento anche in relazione alla rilevanza da attribuire alla *past performance* nelle procedure a evidenza pubblica⁴⁸.

Sarà quindi brevemente presa in considerazione la disciplina formulata a riguardo negli ordinamenti francese e britannico.

a) La Francia, con l'*Ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015*, ha riformato l'intera materia dei contratti pubblici, sinteticamente recependo quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE. L'art. 51 di tale testo normativo, di fatto confermando quanto già previsto nell'art. 52 del precedente *Code des marchés publics*, ribadisce come la selezione dei candidati debba tenere conto anche delle loro capacità professionali⁴⁹.

Ai presenti fini, poi, assume particolare rilievo il *Décret n. 2016-360 du 25 mars 2016*, attuativo della summenzionata ordinanza. Con il suo art. 44, specificando l'art. 51 ultimo citato, si è confermata la possibilità per l'amministra-

cificamente dedicato alla questione, che indica una pluralità di strumenti utili a favorire l'ingresso nel mercato delle *new firms*.

⁴⁴ W.T. WOODS, *Past Performance: Rules Continue to Develop*, in 34 *Procurement Law*, p. 20 ss. (1998-1999); K.R. HEIFETZ, *op. cit.*, p. 242 ss.

⁴⁵ K.R. HEIFETZ, *op. cit.*, p. 245 ss.

⁴⁶ In materia, N. CAUSEY, *Past Performance Information*, cit., p. 668 ss. e G.M. COBURN, *Unfavorable Past Performance Determinations as De Facto Debarments*, in 31 *Procurement Law*, p. 26 ss. (1995-1996).

⁴⁷ E.M. SINGER, *Competitive Public Contracts*, in 102 *Va. L. Rev.*, 1321 (2016). Nello specifico, vedasi anche P.H. WHITE, *You Can Never Be Too Careful About Past Performance Evaluations: How One Company's Excellent Past Performance Record Was "Misinterpreted" by the Agency*, in 35 *Procurement Law*, p. 5 ss. (1999-2000), e GAO report n. GAO-09-374, *Report to Congressional Requesters*, cit.

⁴⁸ In tema cfr. L. CASTELLANI-F. DECAROLIS, *Appalti pubblici: quanto conta il passato delle imprese*, in *www.lavoce.info*.

⁴⁹ Art. 51, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*: «*Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution*».

zione aggiudicatrice di pretendere che i candidati abbiano un livello di esperienza sufficiente, comprovato attraverso «*références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement*», il tutto in piena corrispondenza con quanto sancito dal già menzionato art. 58, direttiva 2014/24/UE.

I candidati che vogliono provare le proprie precedenti esperienze sono quindi chiamati ad allegare all'offerta una lista dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, accompagnata dalle attestazioni di buona esecuzione per i lavori più importanti⁵⁰.

D'altro canto, l'esigenza che il rilievo attribuito alle precedenti esperienze non pregiudichi i principi di non discriminazione e di piena tutela della libera concorrenza si è concretizzata nell'esplicita previsione per cui l'assenza di riferimenti a contratti pubblici precedentemente eseguiti non possa di per sé giustificare l'eliminazione del candidato⁵¹.

Guardando invece alla valutazione delle offerte, tanto l'art. 52, *Ordonnance n. 2015-899* quanto il relativo art. 62, *Décret n. 2016-360* non fanno esplicito riferimento alle *past performances* delle imprese private ma, riproducendo quanto disposto dallo stesso art. 67, direttiva 2014/24/UE, si limitano a richiamare l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la sua qualità possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione del contratto stesso⁵². Ciò non toglie che, subito di seguito, il *Décret n. 2016-360* introduca una previsione a fattispecie aperta, ammettendo che altri e non specificati criteri di aggiudicazione potranno essere tenuti in considerazione se giustificati dall'oggetto del contratto pubblico o dalle sue condizioni di esecuzione.

È opportuno fare presente, a questo punto, come ai sensi dell'art. 48, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*, in piena rispondenza alle previsioni dell'art. 57, direttiva 2014/24/UE, le carenze gravi o persistenti nell'esecuzione di un contratto pubblico o di una concessione, verificatesi nei tre anni precedenti, possono rilevare quale causa di esclusione facoltativa dell'offerente⁵³.

⁵⁰ In tal senso, art. 3, comma I, n. 1, *Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics* del Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique. Lo stesso articolo fa salva la possibilità di considerare anche contratti antecedenti ai cinque anni, qualora ciò sia necessario ai fini di garantire un livello di concorrenza adeguato.

⁵¹ Art. 44, comma IV, *Décret n. 2016-360*: «*L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat*». In realtà, l'illegittimità di un'esclusione fondata sulla sola mancanza di esperienze precedenti è stata affermata dal Conseil d'Etat già in vigore del precedente *Code des marchés publics* (CE, 17 juin 2015, "société Philip Frères", n. 388596: «*le pouvoir adjudicateur ne peut se borner à constater, pour apprécier si une candidature est recevable, que le candidat ne produit pas de références portant sur des marchés analogues*»).

⁵² Art. 62, comma II, lett. c), *Décret n. 2016-360*: tra i criteri adottabili dall'amministrazione aggiudicatrice, figura anche «*l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public*».

⁵³ Art. 48, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*: «*I. – Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public: 1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur*». Analoga indicazione si ritrova anche fra i motivi di esclusione previsti dall'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, con la "sola" differenza che il comma 5 qualifica le carenze nell'esecuzione di un contratto pubblico come motivo di esclusione necessario («*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione ...*») e non facoltativo.

Tale esplicita previsione non fa altro che confermare quanto ritenuto già implicitamente disposto, dalla giurisprudenza, nell'art. 52, comma I, del vecchio *Code des marchés publics*, in relazione alla verifica delle capacità professionali degli offerenti. Dopo aver affermato per la prima volta questa facoltà⁵⁴, i giudici amministrativi e le amministrazioni francesi l'hanno più volte specificata e limitata. L'esclusione, infatti, non può fondarsi solamente sulle carenze nell'esecuzione di contratti antecedenti, dovendo l'amministrazione appaltante dimostrare che le mancanze siano tali da mettere in dubbio la reale capacità del candidato di eseguire in maniera soddisfacente il contratto oggetto della procedura. In poche parole, l'amministrazione non può aprioristicamente escludere il candidato, ma deve comunque analizzarne l'offerta, così da verificare che non vi siano stati cambiamenti (investimenti, riorganizzazioni, assunzione di nuovo personale) o, in ogni caso, non vi siano altri elementi idonei a compensare le precedenti carenze⁵⁵.

L'aver normativamente riconosciuto, con le riforme del 2015, tale possibilità di esclusione non ha comunque comportato il venir meno dei limiti appena esposti, considerato come l'art. 48, comma II, *Ordonnance n. 2015-899* ribadisce altrettanto espressamente che il concorrente non possa essere escluso senza che gli sia data la possibilità di dimostrare le sue attuali e piene professionalità e affidabilità⁵⁶.

b) Infine, analoghe considerazioni possono essere mosse anche riguardo al modello britannico.

The Public Contracts Regulations 2015, n. 102, infatti, si sono limitate a riprodurre pedissequamente i contenuti della direttiva 2014/24/UE.

Pertanto, l'art. 58 delle *Regulations* prevede a sua volta che, in relazione alla qualificazione tecnico-professionale dei candidati, le amministrazioni possano richiedere l'indicazione dei contratti precedentemente eseguiti, a riprova del sufficiente livello di esperienza del privato⁵⁷.

Allo stesso modo, nei criteri di aggiudicazione si fa solo riferimento all'esperienza del personale⁵⁸, mentre carenze gravi o persistenti nell'esecuzione

⁵⁴ Conseil d'Etat, 27 febbraio 1987, n. 61402.

⁵⁵ In tal senso Ministère de l'Intérieur, *Réponse ministérielle*, 26 marzo 2013, n. 16045. In giurisprudenza, Conseil d'Etat, 10 giugno 2009, n. 334153; Cour administrative d'appel de Nantes, 4 dicembre 2009, n. 09NT00400; Conseil d'Etat, 1 marzo 2012, n. 354159; Cour administrative d'appel de Versailles, 10 ottobre 2013, n. 12VE00585.

⁵⁶ Art. 48, comma II, *Ordonnance n. 2015-899*: «Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement».

⁵⁷ Art. 58, comma 16, *The Public Contracts Regulations 2015*, n. 102: «Contracting authorities may require, in particular, that economic operators have a sufficient level of experience demonstrated by suitable references from contracts performed in the past». Quanto ai mezzi di prova della *past performance*, l'art. 60 delle *Regulations* richiama sempre la già menzionata lista dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, accompagnata dai certificati di corretta esecuzione per i lavori più importanti, analogamente a quanto previsto nell'allegato XII, parte II, direttiva 2014/24/UE e nell'art. 3, comma I, n. 1, *Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics*, ma non dal d.lgs. n. 50/2016, dove il riferimento ai singoli contratti è sostituito dall'unico indice del rating d'impresa.

⁵⁸ Art. 67, comma 3, lett. b), *The Public Contracts Regulations 2015*, n. 102: «... organisation, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff assigned can have a significant impact on the level of performance of the contract».

di un contratto pubblico o di una concessione costituiscono una causa di esclusione facoltativa⁵⁹.

Di maggiore interesse è la *Procurement Policy Note 25 March 2015, n. 4* del *Cabinet office* e del *Crown Commercial Service*, volta a dare concretizzazione alle previsioni in materia di valutazione della *past performance*⁶⁰. Con essa si disciplinano i criteri di valutazione delle esperienze professionali ai fini della qualificazione degli offerenti (*Part A*), nonché gli obblighi di rilascio di certificati e di raccolta di informazioni delle singole amministrazioni, rispettivamente in relazione all'esecuzione dei contratti pubblici o allo svolgimento di procedure concorsuali volte alla loro aggiudicazione (*Part B*).

L'ambito soggettivo della *Procurement Policy Note 25 March 2015, n. 4* è circoscritto a tutti i *Central Government Departments*, alle loro *Executive Agencies* e ai *Non Departmental Public Bodies*, mentre quello oggettivo agli appalti di beni o di servizi di valore pari o superiore ai £ 20 milioni.

Come anticipato, la *Part A* concerne la *past performance* quale criterio di selezione degli offerenti, volta a individuare quelli che appaiono idonei a una corretta esecuzione del contratto, permettendo solo ad essi la partecipazione alla gara. Ai sensi della *Part A*, le amministrazioni devono ritenere "soddisfacenti" – così da consentire la prosecuzione nelle successive fasi della procedura – le esperienze di un'impresa privata che attesti la corretta esecuzione dei propri principali contratti pubblici negli ultimi tre anni, oppure, in caso di riscontrate carenze, dimostri che tali mancanze non si potranno ripresentare in relazione al contratto oggetto della gara. Naturalmente, viene fatta salva la possibilità delle amministrazioni di verificare le informazioni fornite dai privati.

La *Part B*, invece, riguarda prima di tutto la valutazione delle prestazioni degli appaltatori in sede di esecuzione dei contratti pubblici. Le amministrazioni, infatti, sono chiamate a rilasciare appositi *certificates* – di cui l'*Annex F* alla *Policy Note* fornisce un modello – sulla qualità delle prestazioni, per i quali è previsto uno specifico obbligo di motivazione qualora l'esecuzione sia ritenuta non soddisfacente (per ritardi, mancata consegna dei beni o esecuzione dei servizi, mancato raggiungimento dei livelli qualitativi richiesti, ecc.).

Da ultimo, la *Policy Note* prevede l'obbligo in capo alle amministrazioni appaltanti di trasmettere al *Crown Commercial Service* tutti i *certificates* e le altre informazioni raccolte in sede di gara ai fini della valutazione delle *past performance* dei concorrenti, così da permettere la creazione di un apposito database centrale, volto a facilitare la ricerca dei dati per gli appalti futuri.

3.3. L'originalità del modello italiano: la logica del sistema

A seguito della sintetica esposizione appena svolta è possibile evidenziare come il modello d'ispirazione del rating d'impresa sia sicuramente statuniten-

⁵⁹ Art. 57, comma 8, *The Public Contracts Regulations 2015, n. 102*: «*Contracting authorities may exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: ... (g) where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity, or a prior concession contract, which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions*».

⁶⁰ Questa *Policy Note* riprende e sostituisce la *Procurement Policy Note 8 November 2012, n. 9*. Già in base alla disciplina previgente (artt. 25 e 26, *The Public Contracts Regulations 2006, n. 5*) si riteneva, infatti, che le amministrazioni potessero chiedere l'indicazione dei precedenti contratti pubblici e della relativa qualità di esecuzione ai fini della qualificazione degli offerenti.

se. Tuttavia il d.lgs. n. 50/2016 si emancipa dal modello d'origine per disegnarne uno autonomo, il quale intende porsi come vero e proprio "sistema", per utilizzare il linguaggio codicistico.

Nel modello statunitense sono le singole amministrazioni a rilasciare e condividere con le altre amministrazioni i certificati relativi alle *performances* degli aggiudicatari dei vari contratti, di modo che possano essere valutati (con la dovuta rilevanza anche in considerazione della distanza temporale rispetto al momento di svolgimento della gara e anche a fronte delle osservazioni formulate a riguardo dai privati) nell'ambito di nuove procedure concorsuali, in conformità con i criteri fissati nel bando. Di contro il nostro codice dei contratti prevede un indice unico riassuntivo della "qualità" delle esperienze professionali passate, che è regolato e gestito dall'Autorità di settore⁶¹.

Inoltre, come si avrà modo di sottolineare in seguito, il nostro sistema di rating d'impresa è determinato sulla base di fattori ulteriori rispetto alle sole *performances* lavorative. Vengono in rilievo infatti il previo possesso del rating di legalità (ora però soppresso dal correttivo), le pregresse vicende giurisdizionali e l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive. S'obbedisce così a un'ispirazione in parte diversa da quella nordamericana; in particolare l'intera nuova disciplina dei contratti pubblici è pervasa dalla logica della lotta alla corruzione.

Infine, nell'ordinamento statunitense la reputazione incide non solo nella fase di valutazione delle offerte, ma anche nella precedente fase di accertamento dei requisiti delle imprese. Era in parte diversa la costruzione della disciplina italiana. Infatti, originariamente per il codice dei contratti il rating d'impresa era un possibile elemento di valutazione solo ai fini della selezione dei candidati, mentre attualmente il rating è divenuto anche un criterio di aggiudicazione dell'appalto. Pertanto sotto questo profilo, che sarà compiutamente ripreso nel corso della trattazione, il correttivo al codice ha avvicinato il ruolo della *past performance* nel nostro ordinamento a quello dalla stessa giocato nell'ordinamento statunitense.

Per quanto riguarda poi le differenze tra disciplina francese e britannica, da un lato, e disciplina italiana, dall'altro, Francia e Gran Bretagna si sono limitate a trasporre nel proprio ordinamento un testo sostanzialmente identico a quello della direttiva, aggiungendo solamente un limite temporale al periodo entro il quale sono raccolte le informazioni sui comportamenti dell'impresa che chiede di partecipare alla gara. Quindi in questi due Stati membri le *past performances* rilevano solo in relazione alla valutazione dei candidati, per la loro qualificazione o esclusione, senza che possano assumere un valore premiale o penalizzante nell'ambito della considerazione delle offerte.

In secondo luogo, in questi Paesi manca un vero e proprio sistema di rating, ossia un indice unico della reputazione professionale delle imprese. L'aver introdotto nel modello italiano, anziché singole valutazioni rilasciate da ogni amministrazione, un indice unico, è coerente con il sistema complessivo in materia di contratti di lavori pubblici, dal momento che in Italia⁶² vige, almeno negli appalti di lavori di valore superiore ai 150 mila euro, la qualificazione

⁶¹ Secondo l'Anac l'istituto del rating d'impresa costituisce "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" (segnalazione, n. 2/2017, p. 4).

⁶² Come del resto anche in Spagna, ove però la direttiva europea non è stata ancora recepita.

preventiva a carattere obbligatorio, che si contrappone al sistema di qualificazione gara per gara, in uso appunto nel Regno Unito e in Francia.

Invero in occasione del recepimento delle nuove direttive in materia di contratti pubblici si era discusso anche in Italia se sostituire al sistema di qualificazione preventiva obbligatoria un sistema di qualificazione “gara per gara” delle imprese. Era stato infatti osservato che un sistema automatico di qualificazione favorisce controlli formali, incrementa il contenzioso e rischia di creare barriere di accesso al mercato, mentre un sistema di qualificazione “gara per gara” consente un esame sostanziale dei requisiti delle imprese, presupponendo però specifiche competenze e responsabilità in capo alle stazioni appaltanti⁶³. Tuttavia, come è noto, il nuovo codice ha continuato ad adottare un sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, che però è stato revisionato dall’art. 84, in attuazione di quanto disposto dalla legge delega (lett. nn).

4. Rating solo premiale oppure anche penalizzante?

Il modello di rating reputazionale introdotto in Italia dal codice dei contratti si fonda su due distinti articoli della legge delega, concepiti però per segmenti di disciplina molto diversi tra loro e rispondenti a logiche differenti.

Da un lato, la legge delega prevede, nell’ambito di un più generale processo di revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, l’introduzione di “misure di premialità”, regolate da un’apposita disciplina generale fissata dall’Anac, e «*connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili*» e «*su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi*», «nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità» (art. 1, comma 1, lett. uu), legge 28 gennaio 2016, n. 11).

Dall’altro lato, la legge delega prefigura un «*sistema amministrativo ... di penalità e premialità*», sotto la direzione dell’Anac, «*per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici*», con «*uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme codicistiche la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell’Anac*» (art. 1, comma 1, lett. q), n. 5, legge n. 11/2016).

Quindi la legge delega in un articolo fa esclusivamente menzione a “misure di premialità” connesse a criteri reputazionali nel contesto di un processo modificativo del sistema di qualificazione delle imprese, nell’altro articolo invece parla di un vero e proprio “sistema” di penalità e di premialità, in un’ottica di lotta alla corruzione e di garanzia della trasparenza nel settore.

Il codice assembla tutto insieme e disegna un unico istituto all’art. 83, comma 10⁶⁴, prevedendo l’istituzione presso l’Anac, del «*sistema del rating di*

⁶³ Cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Congresso di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 29 ss., spec. p. 43-44.

⁶⁴ Il codice attua la delega inserendo l’istituto del rating all’interno dell’art. 83, norma rubricata come Criteri di selezione e soccorso istruttorio. Questa scelta è stata criticata dal Consiglio di Stato, che ha osservato come «*la previsione del comma 10, relativa al sistema di premialità e penalità, non risulta correttamente inserita nell’ambito dell’art. 83*», suggerendo, inascoltato, la

impresa e delle relative penalità e premialità», «connesso a requisiti reputazionali», definiti mediante linee guida Anac, applicabile «ai soli fini della qualificazione delle imprese», «per il quale l’Autorità rilascia apposita certificazione». Il legislatore inserisce un elemento avulso dalla logica di un rating reputazionale, stabilendo poi che «rientra nell’ambito dell’attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici».

Al rating vengono dunque assegnati scopi eccedenti quelli tipici dei meccanismi reputazionali, in quanto è concepito non solo per assicurare l’affidabilità dell’operatore economico e la qualità della prestazione finale, ma anche per contrastare la corruzione nel settore degli appalti. Non solo dunque a garanzia della qualità, ma anche a garanzia della legalità, in un contesto in cui sono crescenti le richieste di garanzie di legalità ai destinatari di risorse pubbliche (dal rating di legalità ai protocolli di legalità).

La duplice funzione originariamente assegnata al rating spiega anche perché allo stesso vengano collegate sia premialità, sia penalità: si premiano le imprese offerenti maggiori garanzie di affidabilità e si puniscono coloro che non lottano contro la corruzione, non avendo denunciato o avendo tardivamente denunciato richieste estorsive e corruttive.

Tuttavia ora l’art. 52 del correttivo al codice ha modificato profondamente il rating d’impresa trasformandolo da premiale e penalizzante ad esclusivamente premiale. In questa maniera esso assume una sua più precisa individualità, venendo affiancato da un secondo, nuovo, non ben definito, strumento misto premiale/penalizzante di lotta alla corruzione.

Più precisamente, il rating diviene solo premiale in quanto il correttivo prevede a sopprimere il riferimento originario alle penalità. Siffatta soppressione è motivata espressamente, come emerge dal Dossier di accompagnamento al correttivo, con l’intento di conformarsi alla legge delega, che aveva previsto il rating di impresa come misura non penalizzante ma di premialità, connessa a criteri reputazionali. Il legislatore delegato del correttivo fonda dunque il sistema del rating solo ed esclusivamente su uno dei due criteri di delega, con una scelta di campo chiarificatrice che pone rimedio all’ambiguità pregressa e che sopprime ogni possibile aspetto sanzionatorio e punitivo⁶⁵.

Che al rating sia ora attribuita una connotazione esclusivamente premiale risulta, oltre che dal nuovo testo dell’art. 83, anche da altre due modifiche introdotte dal correttivo, che contemporaneamente hanno ampliato l’ambito della rilevanza del meccanismo reputazionale: l’art. 93, comma 7, stabilisce, nei contratti di servizi e forniture, che l’importo della garanzia per la partecipazione alle procedure di gara sia ridotto del 30% per gli operatori economici in possesso del rating d’impresa; inoltre il nuovo art. 95, relativo ai criteri di aggiudicazione dell’appalto, dispone che anche il rating d’impresa costituisca criterio premiale per la valutazione dell’Oepv⁶⁶.

collocazione dell’istituto in un separato articolo; in questo senso Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 855/2016, p. 109.

⁶⁵ Anche se, come si avrà modo di constatare al paragrafo finale, permangono nel rating d’impresa germi della pregressa impostazione, dovuti probabilmente a una tecnica redazionale del correttivo non particolarmente limpida.

⁶⁶ Per un’analisi di queste due disposizioni, così come modificate dal correttivo, in virtù delle quali il rating non serve più solo ai fini della qualificazione delle imprese, ma viene inserito tra gli elementi di valutazione dell’offerta qualitativa, cfr. *infra*, par. 5.

A chiusura di queste complessive modifiche che hanno trasformato il rating d'impresa in uno strumento meramente premiale, il già menzionato art. 52 del correttivo, non potendo non dare attuazione alla legge delega, affianca al rating d'impresa un non altrimenti determinato «*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*». L'istituzione di questo sistema di premialità e penalità è demandata alle stesse linee guida Anac intese a disciplinare il rating d'impresa, le quali dovranno altresì prevedere «*uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia*».

Questo ulteriore sistema di lotta alla corruzione, che è tutto da costruire, mal s'innesta nel complessivo contesto di disciplina.

Infatti l'omessa e la tardiva denuncia rilevano già ai fini di valutazione della moralità delle imprese e costituiscono una possibile causa di esclusione per grave illecito professionale, così come stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. I), del codice. In secondo luogo il legislatore attribuisce all'Anac un potere non rispondente al principio di legalità, in quanto il codice non interviene a circoscrivere il potere dell'Anac in ordine alla tipologia delle sanzioni e i relativi limiti edittali, nonostante la legge delega avesse imposto al legislatore delegato di individuare le norme codicistiche la cui violazione avrebbe determinato la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell'Anac. In terzo luogo, anche il rating d'impresa, così come ridisegnato dal correttivo, si fonda su requisiti reputazionali che tengono conto, tra l'altro, «*dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento ... all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive*»; esiste dunque il rischio di introdurre, in maniera non sufficientemente meditata, un duplicato oneroso e complicato di strumenti. Inoltre il nuovo "sistema amministrativo" anticorruzione necessita pure di essere coordinato con altro rating avente finalità di lotta alla corruzione e cioè con il rating di legalità, sul quale qualche parola dovrà essere detta in seguito.

Da ultimo, il correttivo provvede a trasformare il rating d'impresa da obbligatorio a facoltativo. Esso infatti ha base volontaria, in quanto viene rilasciato «*su richiesta*» (nuovo testo dell'art. 83, comma 10).

Sotto questo profilo il testo originario del codice era elusivo, con conseguenti problemi di certezza del diritto, anche se l'art. 84, comma 4, lett. d), faceva propendere nel senso della obbligatorietà del rating con lo stabilire che le SOA «*attestano ... il possesso di certificazione del rating d'impresa*».

Le due modifiche d'impostazione apportate dal correttivo sono tra loro collegate, nel senso che l'aver reso il rating solo premiale comporta anche la sua facoltatività.

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 penalizzarlo⁶⁷.

⁶⁷ Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 4. Sulle ragioni per cui la «*reputazione è ... spesso preferita alla soluzione delle penali, che vengono raramente applicate perché creano tensioni in quel matrimonio tra fornitore e stazione appaltante*» cfr. G. PIGA, *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 75 ss., spec. p. 82.

5. Rating rilevante solo nella fase di qualificazione delle imprese oppure anche nella fase di valutazione delle offerte?

Per quanto riguarda l'ambito operativo del rating d'impresa, esso nasce espressamente «*a fini di qualificazione delle imprese*» (art. 83, comma 10). Dunque inizialmente il rating serve solo per l'ammissione degli operatori economici alla partecipazione a singole gare attraverso il rilascio di una certificazione ad opera dell'Anac.

Con il sistema di rating viene attribuita rilevanza a requisiti non più solo formali, ma anche sostanziali, posseduti dalle imprese: la qualità della *performance* contrattuale è il quarto elemento da valutare ai fini dell'accesso alla gara, a fianco dei requisiti di moralità previsti all'art. 80, alla capacità tecnico-professionale ed economico-organizzativa di cui all'art. 83 e alla certificazione di qualità contemplata dall'art. 84, comma 4⁶⁸.

Questo specifico elemento è espressamente previsto solo per i lavori pubblici di importo pari o superiore ai 150 mila euro, in cui la qualificazione delle imprese è affidata alle SOA (Società Organismo di Attestazione). Infatti l'art. 84, comma 4, lett. d), stabilisce che i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro dimostrano il possesso dei requisiti di qualificazione mediante attestazione da parte delle SOA. Tale attestazione comprova, oltre all'assenza di motivi di esclusione, al possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecniche e professionali, di certificazioni di sistemi di qualità, anche «*il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'ANAC*»⁶⁹.

Nulla invece dispone il codice per i lavori pubblici di importo inferiore a 150.000 euro e per i servizi e forniture, in cui la qualificazione delle imprese è affidata alle stazioni appaltanti. Così l'Anac, nel suo atto di segnalazione, ha suggerito di introdurre nel codice una norma speculare all'appena menzionato art. 84 pure per quanto riguarda i servizi e le forniture, «*al fine di tener conto del rating di impresa anche nella qualificazione in gara ... prevista in tali due settori del public procurement*»⁷⁰. Tale proposta però non ha trovato accoglimento espresso in sede di correttivo al codice.

È stata invece recepita un'altra proposta proveniente dall'Anac, che aveva

⁶⁸ Sui requisiti speciali di qualificazione cfr. S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 82 ss.

⁶⁹ Si ricordi poi che l'Anac è anche chiamata a vigilare, tramite poteri ispettivi e sanzionatori, sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti di lavori pubblici (art. 213, comma 3, lett. f).

⁷⁰ Così Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 4, per la quale il collegamento dell'istituto del rating di impresa all'accesso alla gara soltanto per la qualificazione dei lavori costituisce «*una limitazione irragionevole*», in considerazione delle «*dimensioni dei mercati dei servizi e delle forniture*» e delle «*numerose criticità riscontrate nel tempo proprio in ordine alla qualità esecutiva dei relativi affidamenti*». Sempre l'Anac nel suo documento di consultazione, in www.anticorruzione.it, p. 1-2, ha sottolineato che il sistema del rating deve valere in ogni caso, «*prevedendosi un diverso impatto sul rating in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi e forniture), al fine di non violare il principio di parità di trattamento*». Precisa il documento che, nell'ipotesi in cui la valutazione sia effettuata dalla SOA, il rating dovrebbe funzionare analogamente al già citato incremento convenzionale premiante previsto dal D.P.R. n. 207/2010, in vigore fino alla riforma del sistema di qualificazione di lavori; nel caso invece in cui la qualificazione in gara avvenga da parte della stazione appaltante, quest'ultima potrebbe prevedere un sistema di compensazione attraverso il rating, «*superiore ad una certa soglia, in ordine alla carenza di requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari stabiliti nel bando per l'accesso alla gara*» (p. 11).

criticato l'impiego del rating solo ai fini di qualificazione delle imprese. A detta dell'Autorità, il rating, se limitato quanto a campo di applicazione, si riduce in un "aggravio burocratico" per gli operatori economici, per le stazioni appaltanti e per l'Anac stessa, tenuta alla gestione e alla comunicazione di una serie di dati, con «*limitati effetti incentivanti al miglioramento della performance*», perché «*al meccanismo dell'incremento convenzionale premiante ... non può riconoscersi una forza propulsiva sufficiente a far evolvere il sistema*». Così l'Anac ha suggerito che il rating, su base volontaria, se «*riferito espressamente ai tre settori (lavori, servizi e forniture)*», venga utilizzato anche «*in sede di offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo*»⁷¹.

Accogliendo questa sollecitazione, il correttivo al codice, come già accennato, ha modificato il testo dell'art. 95, comma 13, sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, per cui ora anche il rating d'impresa, come già il rating di legalità, costituisce criterio premiale per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁷². Si stabilisce quindi che, «*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*».

In secondo luogo, il correttivo ha riformulato anche l'art. 93, comma 7, per cui nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia per la partecipazione alla procedura e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento per gli operatori economici in possesso del rating d'impresa (e non solo più di quello di legalità, come invece prevedeva il testo originario del codice)⁷³.

Attualmente quindi il rating d'impresa consente di premiare le imprese maggiormente affidabili per il committente pubblico non solo nella fase dell'ingresso, ma anche in termini di entità della cauzione richiesta al momento della partecipazione alla gara e in sede di valutazione dell'offerta. Tuttavia le due modifiche ampliative apportate dal correttivo rischiano di configurare un

⁷¹ Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 5 ss.; sulle ragioni della prevalenza nel codice del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sul criterio del prezzo più basso cfr. R. DE NICOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e ap.*, 2016, p. 503 ss.

⁷² Nel caso di cumulo delle riduzioni, il correttivo stabilisce che «*la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente*». La più volte menzionata segnalazione n. 2/2017 dell'Anac aveva proposto di sostituire il rating di legalità con quello d'impresa, dal momento che il primo «*non solo non può ritenersi proprio pertinente con il mercato degli appalti pubblici – in cui, peraltro, l'affidabilità morale è già ampiamente garantita dalle previsioni dell'art. 80 del codice dei contratti – ma rischia di creare problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione in tema di appalti, se si considera che l'unica apertura che la direttiva ammette in ordine all'inserimento di requisiti soggettivi dell'offerente in seno agli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta riguarda organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto (art. 67, par 2, lett. b), direttiva 2014/24/UE*». Avuto riguardo alla novella normativa introdotta dalla direttiva sul punto, appare molto più coerente, sotto il profilo dell'esperienza, dare rilievo al rating di impresa e non a quello di legalità in sede di offerta economicamente più vantaggiosa» (segnalazione, n. 2/2017, p. 5). Parimenti il parere del Cons. Stato n. 855/2016, p. 122, aveva criticato l'inserimento del rating di legalità fra gli elementi volti a comporre il criterio dell'Oepv, perché «*si tratta di un elemento che attiene alla sfera soggettiva dell'impresa (la cui valenza è limitata all'ammissione alla gara), sicché non sembra che lo stesso possa essere utilizzato anche ai fini valutativi*», mentre il successivo parere del Consiglio di Stato sul correttivo al codice, n. 782/2017, p. 79, aveva formulato il suggerimento, poi accolto dal legislatore, di considerare entrambi i tipi di rating, disciplinando l'eventuale cumulo di benefici.

⁷³ Anche in questa ipotesi il correttivo specifica che in caso di cumulo delle riduzioni la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo risultante dalla riduzione precedente.

eccesso di delega, dal momento che la legge delega ha espressamente previsto il rating d'impresa solo ai fini di qualificazione degli operatori economici, come più volte qui sottolineato⁷⁴.

Vi è così il rischio che la disposizione normativa attualmente disciplinante il rating possa essere dichiarata illegittima per violazione dell'art. 76 Cost., con ricadute pesanti in termini di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento degli operatori economici.

6. I requisiti reputazionali tra indici soggettivi e indici oggettivi: reputazione come giudizio soggettivo e diffuso oppure come semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili?

L'efficacia del rating d'impresa si fonda su una corretta individuazione degli requisiti reputazionali.

Anzitutto gli indici fondanti il rating non dovrebbero essere già utilizzati ad altri fini, ad esempio costituendo specifiche cause di esclusione, né tantomeno riguardare elementi ultronei rispetto alle *performances* lavorative, quali, ad esempio, i profili più propriamente "etici" dell'impresa. Inoltre, l'utilizzo di indicatori di natura soggettiva potrebbe scontrarsi con l'obiettivo di fondo del codice di garantire la più ampia partecipazione alle piccole e medie imprese, violando così i principi di parità tra le imprese e di non discriminazione con particolare riguardo ai nuovi entranti, alle imprese straniere e alle piccole e medie imprese (come si è visto accadere nell'ordinamento statunitense).

La scelta compiuta dal nostro legislatore è di attribuire il potere di determinazione dei requisiti e dei relativi criteri di valutazione e delle modalità di rilascio della certificazione all'Anac, che esercita siffatto potere tramite apposite linee guida da emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore del correttivo al codice. Tuttavia sia la legge delega sia il decreto legislativo sono intervenuti nel porre alcuni vincoli all'attività normativa dell'Autorità, per evitare che gli spazi di discrezionalità alla medesima demandati non sconfinino nell'arbitrio.

La legge delega ha previsto che gli indicatori costitutivi del rating debbano essere oggettivi, facilmente misurabili ed effettivamente espressivi della *past performance* dell'impresa.

L'art. 1, comma 1, lett. *uu*), parla di misure di premialità «*connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili*» e «*su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi*». Da parte sua, l'art. 83, comma 10, del codice dispone che i requisiti reputazionali debbano essere valutati sulla base di «*indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili*» e di «*accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa*».

Il codice si spinge a dettare una disciplina maggiormente di dettaglio, precisando (alcuni de)gli elementi da tenere presenti quali requisiti reputazionali. Sul punto si registra un'evoluzione, dal momento che il correttivo al codice è intervenuto in senso profondamente modificativo rispetto al testo originario.

Attualmente i requisiti reputazionali su cui si fonda il rating non sono più riferiti anche a caratteristiche soggettive dell'impresa quale, ad esempio, la capacità strutturale. Infatti quest'ultima, se declinata come capacità tecnica e

⁷⁴ In tal senso cfr. Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 782/2017.

professionale ed efficiente struttura organizzativa, è già considerata vuoi ai fini della qualificazione SOA, vuoi tra i requisiti speciali per la partecipazione alle gare nei servizi e forniture.

L'attribuzione di rilevanza alle sole *past performances* propriamente intese spiega anche la scomparsa del riferimento al rating di legalità, che è inteso a valutare la moralità degli operatori economici ⁷⁵.

Sia il Consiglio di Stato, nel suo parere alla bozza del codice, sia l'Anac, nella sua segnalazione, avevano mosso critiche all'inserimento del rating di legalità tra gli indici reputazionali. Più precisamente si era osservato che: nel settore degli appalti pubblici l'affidabilità morale è già garantita dall'art. 80 del codice, relativo ai motivi di esclusione; il rating di legalità applicato in materia di contratti pubblici crea problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea, che, come detto, è restio a valorizzare l'inserimento di requisiti soggettivi dell'offerente all'interno degli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta; si profila un problema di rispetto del principio nazionale di uguaglianza e del principio europeo di non discriminazione, dal momento che la normativa circoscrive il novero dei soggetti che possono ottenere il rating di legalità ⁷⁶; il conseguimento del massimo punteggio dipende da alcune condizioni precluse a determinati operatori per cause esogene e non connesse con l'eticità della condotta ⁷⁷.

Espunto il riferimento al rating di legalità, allo stato però sussiste un mancato coordinamento tra disposizioni di legge, perché è rimasto invariato il testo dell'art. 213, comma 7, del codice, secondo cui «*il rating di legalità concorre anche alla determinazione del rating di impresa*», disposizione che quindi dovrebbe parimenti essere soppressa. Resta poi 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. Non si dimentichi poi che il sistema del rating d'impresa, nella sua nuova configurazione dovuta al correttivo, è affiancato da altro sistema amministrativo anticorruzione, i cui connotati sono ancora tutti da definire, e che rischia di sovrapporsi al rating di legalità.

Tornando agli indici reputazionali attualmente riconosciuti, essi devono tenere conto unicamente «*dei precedenti comportamenti*» dell'impresa. Vari aspetti delle precedenti condotte sono idonei ad assumere rilevanza, su indicazione del legislatore delegato. Anzitutto dovrà essere considerato il «*rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti*», ad esempio, concedendo premialità per la consegna anticipata dei lavori o senza iscrizione di riserve ⁷⁸.

⁷⁵ Il rating di legalità, introdotto art. 5-ter, d.l. n. 1/2012, è rating etico e non prestazionale e il compito di elaborarlo e attribuirlo alle imprese su istanza di parte è affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cfr. Delibera Agcm 14 novembre 2012, n. 24075, recante Regolamento attuativo in materia di rating di legalità). Esso è di tipo premiale per imprese che adeguano la propria organizzazione allo scopo di prevenire gli illeciti ed eventualmente si autoimpongono standard di condotta più virtuosi da quelli normativamente fissati e assume rilevanza essenzialmente in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle amministrazioni e in sede di accesso al credito bancario.

⁷⁶ L'impresa deve avere la propria sede operativa nel territorio nazionale, avere raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'ultimo esercizio chiuso nell'anno precedente alla richiesta di rating e, alla data della richiesta di rating, deve risultare iscritta nel registro delle imprese da almeno due anni (cfr. Delibera Agcm n. 24075/2012).

⁷⁷ Si pensi all'avere denunciato determinati reati commessi a danno dell'imprenditore, condizione che può essere soddisfatta solo da imprese vittime di reato.

⁷⁸ Di contro, poiché il rating attualmente possiede solo una funzione premiante, nessuna attribuzione di penalità sarà dovuta per i ritardi imputabili all'esecutore.

Il correttivo inoltre modifica in parte i precedenti comportamenti dell'impresa da considerare come un indizio della virtuosità dell'impresa e dunque come un elemento valutabile ai fini del rating di impresa. Tra le pregresse condotte valutabili sono ora inclusi anche il mancato ricorso alla procedura di soccorso istruttorio⁷⁹, l'applicazione delle disposizioni (purtroppo non specificamente indicate) sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive⁸⁰, mentre è stato soppresso l'originario riferimento alla valutazione della regolarità contributiva, in quanto già autonoma causa di esclusione.

Altro indice reputazionale, molto controverso, su cui è intervenuto il correttivo riguarda non una condotta virtuosa, bensì una mancanza di condotta non virtuosa, ossia l'elemento della litigiosità giudiziaria dell'impresa.

Questo indice ha già conosciuto una pluralità di riscritture, a testimonianza della sua delicatezza e della sua problematicità. La legge delega parlava genericamente di «*gestione dei contenziosi*», mentre la bozza originaria del codice degli 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) del testo). Tuttavia il parere del Consiglio di Stato al codice 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 giudizio⁸¹.

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.

Tuttavia, nonostante la nuova formulazione, il criterio non risulta ancora rispettoso dell'art. 24 Cost., in quanto parimenti troppo generico e vago. Sarebbe meglio specificare che l'indice va a colpire liti emulative e condotte processuali dilatorie, considerando solo il contenzioso con esito negativo per inammissibilità per carenza di legittimazione ad agire o per carenza d'interesse, o per abuso del processo accertato con condanna alle spese per lite temeraria. In ogni caso l'indice di litigiosità è eccentrico rispetto alle performance lavorative e quindi non dovrebbe rientrare tra gli elementi da valutare all'interno del rating.

⁷⁹ Mostrando così di recepire sul punto il parere al correttivo del Cons. Stato, n. 782/2017, p. 65, che aveva suggerito di «*considerare la non necessità di ricorso alla procedura di soccorso istruttorio un indizio della virtuosità dell'impresa, e dunque un elemento valutabile ai fini del rating di impresa*».

⁸⁰ Con il che pare riemergere, in maniera non sufficientemente meditata, l'originaria ambigua natura del rating d'impresa, strumento a garanzia non solo dell'affidabilità, ma anche della legalità. Infatti, da un lato, il correttivo stabilisce che l'Anac dovrà affiancare al rating d'impresa «*un sistema amministrativo ... di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici*» e quindi, come sopra evidenziato, restituisce al rating d'impresa la sua vera anima di valutazione delle sole *past performances*; dall'altro, però lo stesso correttivo prevede che «*i requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento ... all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive*». La pur giusta preoccupazione per la lotta alla corruzione nel settore dei contratti pubblici ha dunque portato a una superfetazione indebita e foriera di complicazioni.

⁸¹ Cons. Stato, Commissione speciale, n. 855/2016, p. 111. In tema cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 503 ss.

Il correttivo stabilisce poi l'arco temporale di riferimento per la valutazione dei requisiti reputazionali. La normativa originaria taceva sul punto e l'Anac aveva suggerito che la misurazione della performance dovesse avvenire con riferimento ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del codice, «*in quanto non si potrebbe differenziare il trattamento degli operatori economici sulla base di elementi che il quadro normativo vigente al momento dell'esecuzione o non prendeva in considerazione o stimava ad altri fini*»⁸². Anche questo suggerimento è stato recepito e così il correttivo precisa che il calcolo del rating tiene conto della condotta delle imprese nelle procedure d'affidamento avviate dopo l'entrata in vigore del correttivo stesso (art. 83, comma 10). Tuttavia, dal momento che i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi devono essere individuati puntualmente da linee guida Anac (limitandosi il legislatore a fornire indicazioni di massima, come sopra sottolineato), sarebbe stato opportuno ritenere che il periodo di riferimento per la rilevazione dei dati significativi ai fini del rating d'impresa fosse decorso dalla data di adozione delle relative linee guida.

È poi stato previsto un meccanismo che consente di considerare l'esperienza passata degli operatori economici già presenti sul mercato, la quale quindi non viene considerata del tutto irrilevante e azzerata. Più precisamente, per le condotte anteriori all'entrata in vigore del correttivo conformi a quanto previsto per il rilascio del rating il correttivo attribuisce con un'ampia delega all'Anac (anche qui dietro suggerimento dell'Anac stessa⁸³) il potere di attribuire «*elementi premiali*» alle imprese (sempre art. 83, comma 10).

Infine viene in rilievo un aspetto più volte evidenziato nel corso della trattazione, visto che si tratta di un aspetto nevralgico: i meccanismi reputazionali pongono il delicato problema del trattamento da riservare alle imprese c.d. nuove entranti. Si deve evitare che esse, non avendo ancora potuto accumulare premialità, non siano svantaggiate indebitamente. Del resto, è contrario ai principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici porre barriere all'entrata, specie per gli operatori più giovani, piccoli o innovativi, che spesso non possono vantare esperienze significative in termini di contratti già eseguiti. Così, facendo tesoro delle già rodate esperienze straniere sopra illustrate, le imprese nuove entranti dovrebbero essere valutate in ragione del loro livello di innovatività, oppure si dovrebbero introdurre meccanismi *ad hoc* nei loro confronti⁸⁴.

Per quanto riguarda poi il rispetto del principio di non discriminazione delle imprese estere, il rating d'impresa potrebbe essere autocertificato per tali imprese, sottoponendo a verifica in collaborazione con le rappresentanze diplomatiche dei Stati di appartenenza i requisiti necessari e autocertificati dalle imprese⁸⁵.

A conclusione del quadro tracciato, è indubbio che buona parte della disci-

⁸² Anac, segnalazione n. 2/2017, p. 6.

⁸³ Anac, segnalazione n. 2/2017, pp. 6-7.

⁸⁴ «*We find that a well calibrated reputational mechanism, in which new entrants with no history of past performance are awarded a moderate or high reputation score – as is often the case in the private sector or, e.g., with point systems for drivers' licenses – actually fosters entry and, at the same time, delivers a substantial increase in high quality goods provisions*» (J. BUTLER-E. CARBONE-P. CONZO-G. SPAGNOLO, *Reputation and entry in procurement*, in www.cepr.org/pubs/dps/DP9651.php).

⁸⁵ In tal senso si vedano le osservazioni riportate nel documento di consultazione Anac, in www.anticorruzione.it, p. 2 ss.

plina sia ancora tutta da scrivere mediante le linee Guida Anac, secondo un'opzione di politica normativa caratterizzante l'attuale materia dei contratti pubblici e che pone problemi dal punto di vista della sistematica tradizionale delle fonti del diritto, della certezza del diritto e della tutela giurisdizionale⁸⁶.

Il legislatore tace su alcuni aspetti essenziali della disciplina, specie, come visto, in materia di denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive. Ma la disciplina non risulta sufficientemente rispettosa del principio di legalità anche sotto altri profili nevralgici.

Ad esempio, il codice pare attribuire all'Anac una delega in bianco in ordine alle modalità di rilascio della certificazione del rating e dei soggetti competenti a rilasciarla. Non è chiaro così se verranno a tal fine utilizzate le SOA che già qualificano gli esecutori di lavori pubblici oppure il potere venga riconosciuto ad altri diversi soggetti. Parimenti è demandata all'Anac la determinazione delle ipotesi in cui debba essere richiesto il rating di impresa da parte delle stazioni appaltanti e i criteri con i quali queste ultime attribuiranno rilevanza al certificato e ai valori ivi riportati. Trattasi di segmento della disciplina molto delicato, come emerge dallo sguardo comparatistico, il quale ha anche evidenziato come giudizi non positivi in materia di *past performance* debbano necessariamente portare con sé la possibilità da parte delle imprese di fornire chiarimenti ed eventualmente di adire le vie para-giurisdizionali e giurisdizionali a tutela della loro reputazione.

Alla luce di tutto ciò è sicuramente opportuno che il sistema del rating d'impresa vada incontro a una fase di sperimentazione limitata e ad ulteriori correttivi. Infatti, come evidenziato da alcuni *stakeholders* nelle consultazioni promosse dall'Anac, il sistema «*non può non prevedere un naturale margine di errore o inaccuratezza dei singoli dati*»: esso dovrà essere «*compensato non solo attraverso l'utilizzo di dati, alla base del modello, corretti e derivanti da eventi oggettivi e dimostrati oltre ogni ragionevole margine di dubbio, quanto anche attraverso una base statistica sufficientemente ampia, accumulabile solo nel tempo, e un algoritmo di calcolo testato e solido*»⁸⁷.

Altrimenti si rischia di introdurre uno strumento che, se non correttamente utilizzato, può produrre distorsioni nell'accesso e nell'aggiudicazione delle gare e che diminuisce, anziché aumentare, il tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici, imponendo ulteriori oneri burocratici e ampliando il già significativo contenzioso in materia.

Infine, non si può fare a meno di rilevare una certa ambiguità di fondo nell'utilizzo normativo del termine "reputazione". Reputazione può essere intesa come un giudizio soggettivo e diffuso, sulla base di esperienze ripetute nel tempo, oppure come semplice certificazione di dati oggettivamente verificabili.

Il termine "reputazione" è impiegato dal legislatore non solo nel settore dei contratti pubblici, ma anche (e da tempo) in altri ambiti. Si pensi al giudizio di rating nei mercati finanziari, che possiede le caratteristiche di un'opinione soggettiva qualificata in ordine alla capacità di un emittente di ripagare il suo debito. Le società di rating non certificano le condizioni finanziarie dei soggetti

⁸⁶ Cfr., in generale su questa tematica, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, n. 2, p. 72 ss.; sui tanti poteri attribuiti all'Anac in materia di contratti pubblici cfr. E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, p. 504 ss.

⁸⁷ Documento di consultazione Anac, in www.anticorruzione.it, p. 2 ss.

interessati, né offrono garanzie in relazione ai crediti sottoscritti dagli obbligazionisti sulla base dei giudizi formulati. Esse esprimono una *opinion* eminentemente soggettiva, che per lungo tempo non è stata neppure ritenuta sindacabile o fonte di responsabilità verso i terzi che vi avessero fatto riferimento. Tant'è che negli Stati Uniti il rating è stato addirittura considerato manifestazione della libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento della Costituzione, anche se quest'inquadramento è ormai ampiamente in discussione⁸⁸. Da segnalare poi che nei mercati finanziari il ruolo del rating ha subito un'evoluzione: da opinione idonea ad indirizzare le scelte degli investitori è divenuto strumento di regolazione (*regulating by rating*), dal momento che i *rating investment grade* forniti dalle agenzie consentono di adeguarsi ai requisiti legali richiesti dai regolatori, acquisendo un valore definito come "*force of law*"⁸⁹.

Nel settore dei contratti pubblici solo con l'introduzione del rating d'impresa è stata attribuita rilevanza giuridica alla "reputazione", ma già da tempo la "fiducia" ha assunto un ruolo fondamentale nelle dinamiche dell'evidenza pubblica; ciò sotto il particolare profilo delle cause di esclusione, come si è ricordato nei paragrafi iniziali. A tal riguardo le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota sentenza n. 2312/2012, hanno fornito importanti precisazioni sui caratteri del "deficit di fiducia" nel rapporto committente-appaltatore che sia tratto da dati esterni al rapporto contrattuale (mala fede, colpa grave, serie carenze di professionalità) e che giustifica una causa di esclusione. In tal caso, venendo in linea di conto un «*elemento a carattere squisitamente soggettivo, quello della affidabilità*», e stante gli «*scarni parametri offerti dal legislatore a riguardo*»⁹⁰, è chiara «*la scelta di riconoscere in capo all'appaltante un ampio spazio di apprezzamento circa la permanenza del requisito della affidabilità*», o, in altri termini, «*la scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*»⁹¹.

Siffatto riconoscimento di una riserva amministrativa in ordine alla valutazione della affidabilità dell'impresa, sia pure con riferimento ai soli motivi di esclusione, dovrà ora armonizzarsi in un quadro coerente con l'analizzata disciplina in materia di rating d'impresa. A tal proposito gli *stakeholders* consultati in vista della formazione delle linee guida hanno evidenziato l'opportunità

⁸⁸ Cfr. sul punto A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 183 ss.; L. AMMANNATI, *Il valore del "rating" nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del rating o superare il rating?*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 23 ss., nonché, per i riflessi in tema di responsabilità civile delle agenzie di rating nei confronti degli investitori, P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 413 ss.

⁸⁹ L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 24, 2010, p. 213 ss.; L. AMMANNATI, *Il valore del "rating"*, cit.

⁹⁰ La decisione fa riferimento al previgente art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, ma le considerazioni sono ben estensibili all'attuale disciplina dei motivi di esclusione, contemplati all'art. 80 del codice vigente.

⁹¹ Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1583 ss., con note di B. SASSANI e M. ALLENA; in particolare, la sentenza ha precisato che «*in presenza di una ragionevole scelta legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'Impresa – esemplificativamente indicate in ipotesi di mala fede o colpa grave emerse nella esecuzione del pregresso rapporto o di serie carenze di professionalità emerse dal passato aziendale – il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto debba prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*».

di specificare i casi in cui debba essere richiesto il rating d'impresa da parte delle stazioni appaltanti e i criteri con cui queste ultime debbano attribuire rilevanza al certificato e ai valori ivi riportati, allo specifico scopo di ridurre il rischio di "eccesso di discrezionalità" da parte delle stazioni stesse⁹².

Il tema della reputazione dei potenziali contraenti mostra dunque come sia in realtà troppo generalizzante l'affermazione ricorrente secondo cui la nuova disciplina dei contratti pubblici ha effettivamente spinto in direzione di un'aumentata autonomia delle stazioni appaltanti: il legislatore nazionale non ha introdotto un «*univoco e predeterminato bilanciamento*» tra esigenze di flessibilità e di semplificazione, da un lato, ed esigenze d'imparzialità, di trasparenza e di lotta alla corruzione, dall'altro, ma ha adottato soluzioni diverse a seconda del segmento di disciplina in rilievo, ciascuna espressione di uno specifico equilibrio in concreto⁹³.

⁹² Così le osservazioni di Consip al documento di consultazione Anac, in *www.anti corruzione.it*, p. 7.

⁹³ Per questa osservazione cfr. P. CLARIZIA-K. PECI, *Il mercato dei contratti pubblici*, in L. TORCHIA (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 191 ss.; sulla differenza di approccio tra il diritto europeo e il diritto nazionale, che, a sua volta, è una conseguenza del diverso grado di fiducia riposta nell'operato delle stazioni appaltanti e delle imprese da parte del legislatore europeo e di quello nazionale, cfr. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *www.giustamm.it*; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.