

## BOZZA INTERVENTO AVV. MASSIMO FRONTONI

21 GIUGNO 2018

Il rating di impresa era delineato, nei criteri di delega, alla lett. uu) della legge delega n. 11/2016 che prevedeva: *“la revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un’apposita disciplina generale fissata dall’ANAC con propria determinazione 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”*.

A seguito dei pareri esposti dall’VIII Commissione del Senato e dall’VIII Commissione della Camera la legge delega è stata approvata con alcune modifiche.

L’onere di definire i requisiti reputazionali con i criteri valutativi degli stessi nonché le modalità di rilascio delle certificazioni è stato attribuito all’ANAC.

Le **originarie** Linee Guida sul punto vennero poste in consultazione il 10 giugno 2016, con l’obiettivo di adottarle entro il 18 luglio 2016, il che non è avvenuto alla luce delle criticità emerse a valle della consultazione sul relativo documento .

Criticità che hanno condotto l’ANAC, **all’Atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017**, con la *“Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*

In quella sede, sinteticamente, ANAC osservava che *“ La norma parla di un sistema di indicatori che misurino la qualità della performance contrattuale mediante indici “qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili” tali da esprimere la capacità strutturale dell’operatore economico e la sua affidabilità. La criticità è quella di individuare indicatori che:*

- *operino in maniera automatica, così da evitare spazi di discrezionalità e il connesso rischio di aumento del contenzioso;*
- *non siano già utilizzati ad altri fini (di qualificazione/esclusione, di aggiudicazione, ovvero per la costruzione del rating di legalità).*

Sulla base di tali premesse l'ANAC concludeva esprimendo “ **piena convinzione** che un sistema di rating d'impresa come quello attualmente disciplinato debba essere rivisto in considerazione:

- *sia dell'attuale esclusivo collegamento di quest'ultimo alla qualificazione, in luogo del più opportuno suo inserimento tra gli elementi di valutazione dell'offerta qualitativa;*
- *sia della sua strutturazione, basata su elementi che non possono essere ritenuti, in alcuni casi, chiari indici di past performance, e che, peraltro, recano con sé un aggravio di oneri amministrativi e burocratici al sistema nel suo complesso (imprese, amministrazioni e Autorità);*
- *sia della necessità di coordinarlo correttamente con il diverso istituto del rating di legalità, che presenta precisi limiti soggettivi ed oggettivi di applicazione.*

L'invito veniva accolto dal legislatore che interveniva nel corpo dell'art. 83 e dell'art. 95, dimenticando l'art. 213, comma 7<sup>1</sup>, circostanza che non rileva in queste brevi considerazioni.

E', quindi, venuta meno la limitazione all'utilizzo del rating “ai soli fini della qualificazione” ed, anzi, vi è un espresso riconoscimento dell'utilizzo tra i “criteri

---

<sup>1</sup> L'Autorità collabora con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del “Rating di legalità” delle imprese di cui all'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Il rating di legalità concorre anche alla determinazione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10.

*premiati*” che l’art. 95, comma 10, prevede nella valutazione delle offerte con il criterio dell’OEPV, ormai standard nel codice.

Vediamo come questa novità, certamente rilevante impatta sulla procedure di gara, così da fornire ad ANAC alcuni suggerimenti nell’ambito della consultazione in atto e che si chiuderà il prossimo 29 giugno 2018.

In primo luogo un tema del tutto assente nella bozza di Linee Guida.

**(SLIDE 1)** Al punto 2.5 si legge che “ *La rilevazione del comportamento in fase di esecuzione dell’operatore economico è effettuata sulla base delle schede standard di cui al punto 3.2 redatte dalla stazione appaltante affidante al momento dell’ultimazione della prestazione. La rilevazione riguarda anche il comportamento tenuto dall’operatore economico in fase di aggiudicazione del contratto..*”

*2.8 “Ai fini delle valutazioni di cui al punto 3.8 le stazioni appaltanti rilevano i comportamenti tenuti da tutti gli operatori economici in fase di affidamento e la rilevazione avviene al termine di tale fase.”*

( Norme relative al periodo transitorio)

*5.2 In fase di prima applicazione e fino al definitivo adeguamento dei sistemi informatici dell’Autorità, l’operatore economico che intende acquisire il rating di impresa, nel presentare la domanda all’Autorità allega le schede standard relative alle performance relative all’esecuzione dell’ultimo quinquennio, **rilasciate dalle stazioni appaltanti ad ultimazione del contratto.**”*

La fonte dei dati “reputazionali è, come è logico sia, la **stazione appaltante.**

**(SLIDE 2)** Molto meno logico che le stazioni appaltanti siano circa 36.000 nonostante i proclami ricorrenti di riduzione.

Dalla Relazione ANAC al Parlamento del 14 giugno 2018 :

*La qualificazione delle stazioni appaltanti, di cui all’art. 38 del Codice, risponde a un ampio dibattito nazionale e comunitario sulla estrema numerosità delle stazioni appaltanti, in Italia di numero superiore a 30.000. Se poi si considera che ciascuna stazione appaltante ha più centri di spesa il predetto numero **quasi si triplica.***

*...Gli appalti pubblici, infatti, risentono molto spesso di forti asimmetrie informative legate sia alla selezione del contraente più efficiente (possibilità di adverse selection) sia alla difficoltà di mantenimento dei termini contrattuali inizialmente pattuiti con l’operatore economico selezionato (possibilità di moral hazard).*

*Uno studio afferma in Francia il 69% dei funzionari che si occupano di appalti non ha una formazione legale e che solo il 39% ha una specifica formazione nell’ambito del procurement.*

**SLIDE 3)** A fronte di questo dato *monstre*, c'è il numero delle imprese – e parliamo per un momento solo di lavori, tralasciando servizi e forniture – in riduzione (fonte Relazione Annuale ANAC 2017) dalle 33.159 del 2014 alle 30.662 del 2015 (pari ad una **flessione** del 9,8%), ed in ulteriore riduzione nel 2016, che vede il numero totale delle imprese in possesso di attestati in corso di validità ridursi a 28.146. In termini percentuali, la contrazione registrata nel passaggio 2015-2016 è pari all'8,20%.

La circostanza che diminuisca, **nell'ordine di circa il 9% annuo, il numero di imprese** attestata, mentre resti stabile il numero delle stazioni appaltanti induce a due considerazioni.

- a) Forse la criticità è nel lato della domanda;
- b) Le imprese stanno affrontando – forse subendo- un processo di selezione per il quale già la stessa sopravvivenza, in sé e con valore quasi darwiniano – è una efficace attestazione reputazionale.

La breve digressione è funzionale ad una **PRIMA OSSERVAZIONE**.

In tutta la bozza di Linea Guida in consultazione non si rinviene neppure un accenno alla qualificazione delle stazioni appaltanti. (**SLIDE 4**)

Eppure queste S.A. :

- Redigono le schede di rilevazione del comportamento dell'operatore economico al momento dell'ultimazione della prestazione,
- Rilevano i comportamenti degli operatori economici in fase di affidamento,
- Redigono le schede standard relative alle performance relative all'esecuzione nel ultimo quinquennio)).

Il legislatore ha ben presente l'inadeguatezza di gran parte delle amministrazioni appaltanti, forse anche in ragione dei tagli di spesa che hanno inciso sulla preparazione ed aggiornamento del personale, per carità.

Ed allora, agli artt. 37- 38 del codice ha previsto che le S.A. “, possono **procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro**, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori. Per effettuare procedure di **importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente**, le stazioni appaltanti **devono essere in possesso della necessaria qualificazione** ai sensi dell'articolo 38”.

Tale qualificazione, è il comma 3 dell'art. 38 che lo spiega ha per oggetto (**SLIDE 5**):

“3. ... il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti:

- a) *capacità di programmazione e progettazione;*
- b) *capacità di affidamento;*
- c) *capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.*

il successivo comma 4 prevede che i requisiti di cui al comma 3 sono individuati sulla base dei seguenti parametri:

a) requisiti di base, quali:

- 1) **strutture organizzative stabili** deputate agli ambiti di cui al comma 3;
- 2) **presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze** in rapporto alle attività di cui al comma 3;
- 3) **sistema di formazione ed aggiornamento del personale;**
- 4) **numero di gare svolte nel quinquennio** con indicazione di tipologia, importo e complessità, **numero di varianti approvate, verifica sullo scostamento tra gli importi posti a base di gara e consuntivo delle spese sostenute, rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure di affidamento, di aggiudicazione e di collaudo;**
- 5) **rispetto dei tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori ....;**  
5-bis) assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che alimentano gli archivi detenuti o gestiti dall'Autorità, ..;

b) requisiti premianti, quali:

- 1) **valutazione positiva dell'ANAC** in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità;
- 2) **presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara**, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio;
- 3) **disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara;**
- 4) **livello di soccombenza nel contenzioso;**
- 5) **applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento.**

Ebbene, lo stesso legislatore, e non già le organizzazioni di settore degli operatori economici, ha ben presente che esiste un problema circa :

- a) *capacità di programmazione e progettazione;*

- b) *capacità di affidamento;*
- c) *capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.*

Al punto da prevedere **l'inibizione** , per le S.A. che non risulteranno qualificate al termine di un periodo transitorio, allo svolgimento di procedure di gara per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Ebbene, quello stesso legislatore vorrebbe, **NEL FRATTEMPO (!)**, attribuire a quelle medesime S.A. verso le cui capacità manageriali manifesta una motivata sfiducia, o almeno forte perplessità, il fondamentale compito di rilasciare valutazioni decisive per l'attribuzione e (o meno, oltre che , ovviamente, per il livello di punteggio) del rating di impresa.

E che la qualificazione non sia impresa facile, dimostra di saperlo anche il legislatore che, al comma 6 dell'art. 38 prevede:

*“6. L'ANAC stabilisce le modalità attuative del sistema di qualificazione, sulla base di quanto previsto dai commi da 1 a 5, ed assegna alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza, anche per le attività ausiliarie, un **termine congruo al fine di dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione**. Stabilisce, altresì, modalità diversificate che tengano conto delle peculiarità dei soggetti privati che richiedano la qualificazione.*

**(SLIDE 6, art. 11)** Il “**termine congruo**” è fissato nello schema di DPCM sulla qualificazione delle S.A., art. 11, in **18 mesi** per tutte le S.A. ed in **24 mesi** per le Aziende Sanitarie, in ragione della rilevanza costituzionale delle prestazioni dalle stesse erogate.

Dalla Relazione ANAC al Parlamento del 14 giugno 2018 : *Nel corso del 2017, l'ANAC ha coadiuvato le attività del MIT in una simulazione di amministrazioni potenzialmente qualificabili in base ai contratti svolti nel periodo 2012-2016. Ciò è stato possibile attraverso l'utilizzo delle informazioni presenti nella BDNCP.*

*Dal risultato di detta simulazione, il numero di stazioni appaltanti qualificabili nelle diverse classi si ridurrebbe sensibilmente. **Per i lavori si passerebbe dall'attuale numero, di poco meno di 12.000, a un numero di poco superiore a 3.000, mentre, per i servizi e le forniture, dalle attuali 25.000 si convergerebbe verso circa 5.000 stazioni appaltanti qualificabili.***

*La simulazione effettuata ha altresì riguardato la distribuzione territoriale delle SA potenzialmente qualificabili e la distribuzione per tipologia di amministrazione. Dette analisi sono state svolte per capire come il processo di qualificazione potrebbe impattare a livello geografico e di ambito di amministrazione.*

**(SLIDE 7)**

Quindi, un **primo contributo** in relazione al punto 5 della bozza di Linee Guida .  
“Norme relative al periodo transitorio” è dato :

- i) dalla previsione che soltanto stazioni appaltanti qualificate possano emettere valutazioni reputazionali nei confronti degli operatori economici,
- ii) ovvero, dalla necessaria postergazione dell’avvio delle procedure per l’attribuzione del rating a data successiva alla scadenza dei termini dilatori di cui all’art. 11 dello schema di DPCM, sempre ferma la previsione sub i)

Una **SECONDA OSSERVAZIONE** deriva sempre dall’esame testuale della bozza .

L’art. 83, comma 10, secondo periodo prevede che “ *Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l’affidabilità dell’impresa*” .

**(SLIDE 8)** Nella bozza di Linee Guida, come nella Nota Esplicativa, non si ritrova MAI l’aggettivo “**DEFINITIVO**”, se non nel punto 5 della Nota Esplicativa, ma solo perché è riportato uno stralcio dell’art. 83.

Dimenticanza, ritenuta inutile ripetizione o lapsus freudiano ?

Non è questione, tuttavia, che possa essere lasciata aperta, si pensi ad alcune fattispecie di cui al punto 3.9 della bozza, che portano a decurtazioni, fino a 25 punti, nell’attribuzione del rating :

- c) Esito del contenzioso in fase di gara o di esecuzione,
- d) Risoluzione contrattuale per inadempimento ,
- e) Escussione della cauzione per mancata sottoscrizione del contratto o per false dichiarazioni,
- f) Attivazione della polizza decennale,

Senza ironia, la tesi del lapsus freudiano è certamente la più affascinante ma, con altrettanta certezza dobbiamo dire che non è possibile abdicare alla previsione **normativa** di cui all’art. 83, comma 10, in tema di definitività degli accertamenti.

Anche perché tale definitività è espressamente prevista anche nei **criteri di delega**, alla lett. uu) della legge delega n. 11/2016.

**(SLIDE 9)** Come ben sapete, già nelle Linee Guida n. 6, “*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di*

*esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice*”, ANAC ha scelto di considerare rilevanti già :

- I provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto non contestati in giudizio o confermati con sentenza **esecutiva** all'esito di un giudizio ed i provvedimenti di escussione delle garanzie,
- I provvedimenti di applicazione di penali da ritardo superiori all'1% dell'importo del contratto,
- I provvedimenti **esecutivi** dell'AGCM per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel **medesimo mercato** oggetto del contratto da affidare».
- I provvedimenti sanzionatori **esecutivi** comminati da ANAC nei confronti di operatori economici che abbiano rifiutato o omesso informazioni o documenti richiesti dall'Autorità, non abbiano comprovato i requisiti di partecipazione o abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.

Ora, anche alla luce del chiaro dettato della legge delega e del Codice , non appare tollerabile (quousque tandem... ?) che accertamenti non definitivi, e che tali diverranno dopo anni, in molti casi con sentenze a favore dell'operatore economico, possano costituire elementi di valutazione – in negativo ovviamente – a fini reputazionali.

Questo non è solo il pensiero di chi scrive ma ha il conforto dell'AGCM che, nell'atto di segnalazione **AS 1773 del 13 febbraio 2018** ha evidenziato ad ANAC di non condividere “ *la scelta di collegare gli “effetti escludenti” al provvedimento antitrust **meramente “esecutivo” e non più ai “provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato”, come prevedevano le Linee Guida precedenti (punto 2.1.3 Linee guida n. 6 non aggiornate al D.lgs. 56 del 19 aprile 2017).***2

Questo generico richiamo contrasta con l'art. 80, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, che calcola la durata della causa di esclusione dalla gara pari a **tre anni decorrenti dalla data del suo “accertamento definitivo”**, inteso come accertamento giudiziale definitivo, come specificato nel parere del Consiglio di Stato n. 2286/2016.

Il Parere dell'AGCM precisa che per accertamento “definitivo” dell'illecito *antitrust* deve intendersi o l'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCM o, in caso di impugnazione, la sua “definitiva conferma” da parte del giudice amministrativo. In tale ipotesi, evidenzia il Parere, la “definitività” dell'accertamento non è raggiunta dopo la formazione del “giudicato formale”, ma già nel momento in cui si conclude il “*contenzioso davanti al giudice amministrativo munito di giurisdizione esclusiva in materia, allontanando il rischio che un utilizzo strumentale del ricorso per Cassazione possa posticipare l'effetto di un accertamento ormai confermato dal giudice del ricorso*”.



L'AGCM rileva anche che non sembra corretto ricomprendere tra le cause di esclusione, con riferimento agli illeciti professionali, anche i provvedimenti di condanna “*per pratiche commerciali scorrette*”. Questa tipologia di violazione infatti, secondo l'Autorità, non si identifica quale illecito professionale riferibile alla **contrattualistica pubblica**, “*non inquadrandosi nell'ambito di un rapporto di consumo la condotta posta in essere nella fase di partecipazione dell'operatore economico alla gara*”.

**In conclusione** l'AGCM, e ci associamo convintamente, suggerisce di modificare le Linee Guida nel senso di conferire rilevanza ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara non ai provvedimenti meramente “esecutivi”, ma a quelli “**divenuti inoppugnabili o definitivamente confermati dal giudice amministrativo**”.

Stesso discorso, ovviamente, deve farsi per i “*provvedimenti*” (in realtà atti che spesso non hanno natura provvedimento), come quelli di risoluzione del contratto, sottoposti allo scrutinio del giudice ordinario.

#### **(SLIDE 10)**

Quindi, un secondo contributo, in relazione al punto 3 della bozza di Linee Guida . “i requisiti reputazionali” è dato:

- i) dalla previsione che soltanto provvedimenti definitivi, per non essere stati contestati in giudizio o decisamente accertati con sentenza passata in giudicato possano essere utilizzati per le valutazioni reputazionali nei confronti degli operatori economici,
- ii) l'esecutività dei provvedimenti ricadenti nelle fattispecie del punto 3.9 della bozza di Linee Guida non rileva valutazioni reputazionali nei confronti degli operatori economici.

#### Una **TERZA OSSERVAZIONE**.

Nelle Linee Guida per l'OEPV, nella versione aggiornata ed approvata con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, l'ANAC ribadisce quanto sul punto già scritto nella precedente edizione di tali Linee Guida che : “*Si deve anche considerare che con l'elenco di cui all'art. 95, viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Nella valutazione delle offerte possono*

*essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli; in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione. Naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali.*

**(SLIDE 11)** Quindi, i criteri di che trattasi debbono:

- a) *configurare profili di carattere soggettivo che consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli;*
- b) *riguardare aspetti, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione;*

inoltre:

- c) *la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara,*
- d) *purché ciò non si traduca in un escamotage per introdurre criteri dimensionali*

La Bozza di Linee Guida sul rating sembra andare nella stessa direzione, mentre sembrano, a questo punto, entrambe in direzione “ostinata e contraria” rispetto ad alcune recentissime Delibere della stessa ANAC

In tema di ponderazione, l'ANAC rammenta, nella **Delibera 424/2018** di aver già *“precisato che ai criteri di natura soggettiva deve essere attribuito un peso limitato, ad esempio non più di dieci punti sul totale, considerato che tali elementi non riguardano tanto il contenuto dell'offerta ma piuttosto la natura dell'offerente.*

*Tale impostazione è del tutto coerente con la giurisprudenza consolidata, che indica quale principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione ed elementi oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta”.*

ANAC prosegue osservando che *“Tale impostazione è del tutto coerente con la giurisprudenza consolidata, che indica quale principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la **commistione fra criteri soggettivi di prequalificazione ed elementi oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta.**”*

Coerentemente, ANAC conclude ritenendo che *“i criteri di valutazione di carattere soggettivo dell'offerta tecnica, così come definiti negli atti di gara, non appaiono conformi alla normativa di settore in quanto concretamente non idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti sotto il profilo qualitativo della prestazione offerta”*.

**(SLIDE 13)** Vediamo questi criteri :

sub-criterio A01 (ed analogamente per gli altri due sub-criteri A02 e A03) si prevede che **«saranno considerate migliori le esperienze nelle quali l'operatore ha dimostrato di utilizzare tecniche di intervento innovative in contesti analoghi al presente»**

si richiede la presentazione della documentazione relativa **a massimo due interventi già svolti, che abbiano affinità con quelli oggetto della gara, scelti tra quelli ritenuti maggiormente significativi dal concorrente.**

si prevede che l'elaborato descrittivo illustri i lavori effettuati in modo da poter **«rilevare la qualità delle metodologie e delle tecniche impiegate su tipologie costruttive analoghe a quelle oggetto d'appalto»**. **(SLIDE 12)**

Ad avviso dell'ANAC il dato che sembra emergere con chiarezza dalle richiamate descrizioni dei criteri motivazionali è il **riferimento esclusivo della "esperienza maturata" a precedenti attività analoghe**, senza alcun aggancio alle caratteristiche migliorative dell'offerta sotto il profilo qualitativo della prestazione che si intende fornire nell'esecuzione dell'attuale appalto: le tecniche normalmente impiegate dall'appaltatore non possono infatti essere considerate coincidenti con le modalità offerte per l'esecuzione dell'appalto

ANAC osserva, in conclusione che “non si rileva, in altri termini, alcun elemento direttamente attinente agli aspetti evidenziati dall’art. 95, comma 6, d.lgs. 50/2016 (come sarebbe stato possibile, ad esempio, con l’indicazione della composizione e dell’esperienza del personale effettivamente messo a disposizione per l’esecuzione dell’appalto), bensì **(SLIDE 14)** la semplice presunzione che le abilità dimostrate in precedenti lavori analoghi garantiscano di per sé una determinata qualità della prestazione offerta.

Considerazioni analoghe si rinvencono nella Delibera **n. 426 del 2 maggio 2018** in relazione ad un accordo quadro biennale per lavori di manutenzione edile ordinaria e straordinaria degli immobili di proprietà o in uso all’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini di Roma. **(SLIDE 15)**

ANAC ha ritenuto non conformi all’art. 95 i subcriteri individuati dalla S.A., quali :

- “ l’importo dei cantieri edili terminati e collaudati negli ultimi 5 anni”
- qualifica professionale e curriculum del Direttore tecnico di Cantiere”,
- al numero di laureati a tempo indeterminato
- numero di operai edili specializzati”

in quanto “ *pare recare una commistione tra le caratteristiche oggettive dell’offerta e i requisiti soggettivi dell’impresa concorrente risultando non pienamente conforme con la norma e i principi in materia.*”

Ma se questa è la lettura che ha fornito, pressoché in questi giorni, l’ANAC circa alcuni subcriteri nel caso di OEPV che, sommessamente a me sembrano in gran parte adeguati ad attribuire punteggio in favore di imprese virtuose, come si concilia con la consultazione in ordine al punto 2.b della Note Esplicative :

**(SLIDE 16)** .

“*In sostanza gli elementi su cui si chiede di conoscere l’avviso dei partecipanti alla consultazione sono i seguenti:*

- a) ..;
- b) ...;

c) *la possibilità di utilizzare il rating di impresa ai fini del calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, in caso di risposta affermativa, se occorra attribuire un punteggio differenziato a seconda del valore assunto dal rating;...*

Certamente l'art. 95, comma 13, del Codice prevede che “ *Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente...* ”, ma questo non equivale a consentire l'attribuzione di parte del punteggio “tecnico/qualitativo” in favore di imprese munite di rating.

#### **(SLIDE 17)**

In conclusione, un **terzo contributo**, in relazione al punto 1.2.c) della Bozza di Linee Guida . “Finalità” è dato:

- i) *dalla previsione che il possesso o un determinato livello di rating di impresa non possa costituire un criterio per l'attribuzione di punteggi nel calcolo dell'OEPV*

#### Una **QUARTA OSSERVAZIONE.**

#### **(SLIDE 18)**

Al punto 4.2 della Nota Esplicativa , “Quali contratti considerare”, punto a) “soglia dimensionale”, l'ANAC da conto che ogni anno vengono stipulati **5 milioni di contratti di appalto di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria per l'affidamento diretto, pari a 40.000 euro**, mentre il numero dei contratti di importo superiore è pari a 135.000 nel 2015 e **115.000 nel 2016**, di cui il 40% di importo inferiore a 150.000 euro. Sulla scorta di questa situazione di mercato ed in considerazione della massa di dati da trattare, l'ANC pone in consultazione al

possibilità di limitare, in una prima fase (di durata indeterminata..) l'attribuzione e l'utilizzo il rating di impresa ai soli contratti di importo superiore a 40.000 euro , ridotto a 10.000 euro per imprese subappaltatrici e subfornitrici, pari al 25% della soglia dimensionale dei contratti utili al fine.

Ebbene, se a questa fotografia-proposta accostiamo idealmente la previsione dell'art. 1, comma del DPCM sulla qualificazione delle S.A. (**SLIDE 19**) *"L'iscrizione all'elenco di cui al comma 1 è necessaria per tutte le acquisizioni di servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro).*

Il risultato che si ottiene da queste due, apparentemente innocue, norme è che una porzione enorme del mercato risulterebbe sottratta all'applicazione del rating e, sia consentito, in una fascia che è già oggi assai meno presidiata sia nelle procedure di affidamento, sia nella fase esecutiva sia ai fini antimafia : si rischia di avere da un lato quasi un eccesso di controllo, dall'altro un Far West.

Vi è, inoltre, un problema pratico dato dalla partecipazione in ATI, da parte di imprese che abbiano svolto in precedenza attività negoziale entro le soglie di non rilevabilità, a gare di importo superiore.

Per tali imprese risulterebbe impossibile contribuire, nell'ambito dell'ATI, al raggiungimento degli obiettivi premiali previsti nella lex specialis.

#### **(SLIDE 20)**

Un **quarto contributo**, in relazione al punto 4.2.a) della Nota Esplicativa 1.2.c) "soglia dimensionale" è dato:

- i) dalla previsione che non sia fissata alcuna soglia dimensionale per la rilevazione degli elementi concorrenti al rilascio del rating di impresa, né per l'utilizzo del medesimo rating nelle procedure di affidamento o per l'attribuzione di punteggi nel calcolo dell'OEPV
- ii) in subordine che l'eventuale soglia dimensionale sia rimossa entro 12 mesi dall'avvio del sistema di rilevazione ed utilizzo del rating

Una **QUINTA ED ULTIMA OSSERVAZIONE.**

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte e, anticipando i prossimi interventi, delle complessive criticità che tuttora presenta la bozza di Linee Guida, appare utile recuperare una osservazioni svolta da FINCO Finco (Federazione industrie prodotti impianti servizi ed opere specialistiche per le costruzioni) **nella precedente consultazione, ancora oggi attuale, circa una seconda consultazione**:

**(SLIDE 21)** *“ritiene importante la previsione di un sistema di requisiti reputazionali ad integrazione del più generale sistema di qualificazione, ma mette in guardia dal pericolo che un sistema troppo complesso si trasformi in un ulteriore appesantimento per le micro, piccole e medie imprese e/o che lo stesso venga impropriamente usato quale criterio di selezione del concorrente.*

*Vista la delicatezza del tema si ritiene necessario che questo documento di consultazione venga, anche se pur brevemente, riportato alla consultazione degli stakeholders nel momento in cui sarà anche delineato un sistema di ponderazione delle variabili identificate come idonee a delineare un rating di impresa non essendo possibile, alla luce di un documento fortemente preliminare, comprendere chiaramente come il nuovo sistema dovrebbe funzionare.*