

RATING DI IMPRESA: OPPORTUNITÀ, PROSPETTIVE E RISCHI

REQUISITI PRECLUSIVI: SPUNTI E RIFLESSIONI

di Avv. Gianluca Luzi

Il rating d'impresa è un rating fondato su indici reputazionali tesi a fornire una valutazione e valorizzazione delle precedenti esperienze maturate dalle imprese che aspirino ad entrare in rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni, con lo scopo finale di riqualificare l'offerta nell'ambito del mercato pubblico.

In pratica tramite il rating d'impresa il legislatore ha inteso passare da un sistema "statico" di valutazione dei requisiti formali posseduti dalle singole imprese, quali i parametri di fatturato, organico e attrezzature, a un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali, desunti dalle performance poste in essere dalle imprese nella fase ante e post contratto.

Sicura ispirazione dell'attuale sistema di rating d'impresa, che, almeno nella impostazione data dal legislatore italiano, non è contemplato dalle direttive europee, è stato l'ordinamento statunitense, ove 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, demandato alla valutazione delle singole stazioni appaltanti, tramite un giudizio reso, sulla base di specifici criteri, all'esito di un contraddittorio con l'operatore economico, che viene esperito con cadenza annuale e al termine di esecuzione del contratto¹.

¹ In base alla disciplina ivi prevista 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 contratto. 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'amministrazione, 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'appalto. 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)*» 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*»

Le *Agencies* devono infine caricare questi giudizi, tramite appositi sistemi informatici, in un'unica banca dati nazionale (*Past Performance Information Retrieval System – PPIRS*), dove saranno conservate per non più di tre anni dalla piena

Muovendo dall'esperienza d'oltreoceano il legislatore ha istituito un sistema di rating, demandandone la gestione all'ANAC, che definisce i requisiti reputazionali ed i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione.

Ebbene l'ANAC – andando a nostro avviso anche oltre la delega ricevuta dal legislatore – ha coniato accanto alla figura dei requisiti prestazionali, quella dei c.d. requisiti preclusivi, che costituiscono una assoluta novità rispetto le scelte del legislatore, ponendosi anzi in contrasto con esse.

Non vi è, infatti, cenno nel codice dei contratti. Non vi era cenno nelle linee guida adottate da ANAC a seguito del codice 50/2016. Alcun cenno era contemplato nelle osservazioni e contributi ricevuti dagli operatori economici e associazioni di categoria. Né ANAC aveva fatto alcun riferimento a tale ipotesi allorquando aveva trasmesso al legislatore la propria segnalazione di modifica del testo legislativo nell'atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017. E tantomeno il legislatore vi ha fatto riferimento nel correttivo.

Trattasi, dunque, di una scelta unilaterale di ANAC, che è stata giustificata sul presupposto che la norma legislativa individuerebbe accanto ai requisiti propri della performance dell'operatore economico anche ulteriori requisiti che prescindono dalla esecuzione del contratto, e che anzi connotano l'operatore che non risulti affidatario, per i quali occorrerebbe fare ragionamenti diversi e che descrivendo situazioni patologiche potrebbero avere natura inibitoria per il rilascio del rating ovvero di riduzione del punteggio di rating, indipendentemente dal comportamento nella fase di esecuzione, secondo quella che sarebbe una evidente esigenza di moralizzazione del sistema².

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 pubblica

La *past performance*, così accertata, nella fase di aggiudicazione, svolge il ruolo di criterio di selezione dell'offerta per tutte le *negotiated competitive acquisitions* che superano la soglia dei \$150.000. Tale valutazione può essere esclusa solo laddove il *contracting officer* dimostri come essa si riveli inappropriata per il contratto in questione ed ha comunque un peso non inferiore al 25% del totale prevedendo una specifica tutela per le nuove imprese che non devono essere discriminate per tale fattore. 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. Anche se va detto che nella realtà dei fatti, il ricorso a tale criterio di selezione è notevolmente limitato a fronte della scarsa qualità e affidabilità delle informazioni in materia di performance, anche tra quelle direttamente reperibili nei database pubblici (da *“Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa”* di Luca Galli e Margherita Ramajoli, in Rivista della Regolazione dei mercati Fascicolo 1|2017, pag. 63).

² Così l'ANAC nella nota esplicativa *“Per tali elementi occorre effettuare ragionamenti diversi rispetto a quelli relativi alla misurazione della performance in fase di esecuzione. Poiché i suddetti requisiti reputazionali si riferiscono a comportamenti che dovrebbero avere connotazione di occasionalità, descrivendo situazioni patologiche, si potrebbe pensare che detti requisiti possano avere natura inibitoria per il rilascio del rating di impresa o di riduzione del punteggio del rating di impresa, indipendentemente dal comportamento nella fase di esecuzione. Come indicato in dettaglio nel paragrafo 6.2 e proposto al punto 3.1 delle Linee guida, si può ipotizzare di attribuire un punteggio pari a*

Senonchè una simile impostazione corre il rischio di porsi in contrasto con la norma di riferimento. Si consideri infatti che a seguito del correttivo il legislatore ha fatto riferimento alle sole premialità (“E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità”), mentre è scomparso il riferimento alle penalità previsto nella precedente versione della norma (E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità), che è stato mantenuto solo per il sistema amministrativo afferente la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive³.

Dunque il rating di impresa è solo premiale essendo stato soppresso il riferimento originario alle penalità. La applicazione di elementi penalizzanti è stata infatti mantenuta solo per il sistema amministrativo inerente la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive, quale strumento di lotta alla corruzione, che, almeno nelle intenzioni del legislatore, sarebbe dovuto

60 punti per la performance in fase di esecuzione e un punteggio pari a 40 punti per i cosiddetti criteri preclusivi. Tale soluzione potrebbe permettere, come mostrato nel paragrafo 7, di fornire una risposta al problema del rating di impresa per i nuovi entranti sul mercato e per premiare gli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della disposizione sul rating di impresa conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa stesso (ultimo periodo dell'articolo 83, comma 10, del codice dei contratti pubblici).”

³ Di seguito il testo dell'art. 80, comma 10, del d.lgvo 50/2016 come modificato in sede di correttivo: ~~“E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. 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, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa.”~~

essere uno strumento complementare e comunque separato e distinto dal sistema di rating, nel quale invece è stato fatto confluire dall'ANAC, con ulteriori criticità che esamineremo nel prosieguo.

E la soppressione del riferimento alle penalità nell'ambito del sistema di rating di impresa è coerente con quanto previsto in sede di legge delega dall'art.1, co.1, lett. uu), della legge n. 11/2016 che assegnava al legislatore delegato il compito di procedere alla: *«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»*.

Di fatti nel dossier di accompagnamento al correttivo⁴, la modifica in questione è stata proposta proprio nell'intento di conformarsi alla legge delega, che aveva previsto il rating di impresa come

⁴ Dal Dossier – XVII Legislatura marzo 2017: *“**degli aspetti sanzionatori e punitivi**: nella riscrittura del primo periodo del comma 10 viene soppresso il riferimento alle “penalità”, di conseguenza all'ANAC spetta la gestione del sistema del rating di impresa e delle relative premialità. Viene altresì abrogato il quarto periodo del comma 10 che fa rientrare, 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, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi;*

Con riferimento all'eliminazione della parola “penalità”, si fa notare che in effetti la stessa non compare nel criterio di delega di cui alla lettera uu), ove si fa riferimento solamente a “misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali”. Come evidenziato in precedenza, nell'atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017, l'ANAC auspica l'eliminazione del riferimento alle penalità, in quanto un rating di impresa concepito come sistema obbligatorio basato anche sulle penalità rischia, secondo la stessa Autorità, “di risolversi in un notevole aggravio burocratico per le imprese, le stazioni appaltanti e, in ultima analisi, l'Autorità, tenute alla gestione e alla comunicazione di una serie di dati rilevanti, con limitati effetti incentivanti al miglioramento delle performance”.

Si fa notare che il succitato criterio di delega di cui alla lettera q), n. 5), dell'art. 1 della L. 11/2016 prevede “un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme del codice la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell'ANAC”.

L'abrogazione in questione è necessaria secondo quanto affermato dall'ANAC nell'atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017, ove si legge che “non è chiaro il riferimento al potere sanzionatorio dell'ANAC nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. L'ANAC già annota tali fattispecie ai fini della valutazione della moralità delle imprese, rappresentando le stesse una possibile causa di esclusione per grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. l), del Codice. Poiché l'omessa o tardiva

misura non penalizzante ma di premialità, connessa a criteri reputazionali, come peraltro suggerito dalla stessa ANAC nell'atto di segnalazione n. 2 del 2017.

Il legislatore delegato del correttivo ha fondato 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 punitivo.

Del resto la stessa ANAC, nel sopra richiamato atto di segnalazione n. 2/2017, affermava che *“A differenza di quanto previsto nella legge delega (art. 1, co.1, lett. uu), legge n. 11/2016), che fa esclusivamente menzione di “misure di premialità”, l’art. 83, co.10, del Codice, prevede che il rating di impresa sia basato su un sistema di “penalità e premialità”. In disparte ogni considerazione in ordine alla coerenza tra il decreto delegato e la legge delega, ciò che rileva nell’economia della presente segnalazione è evidenziare come un sistema di past performance che sia basato esclusivamente su misure di premialità dovrebbe essere per tale ragione su base volontaria. Viceversa, un sistema che contempla penalità deve necessariamente essere obbligatorio, in quanto nessuno chiederebbe una valutazione che possa penalizzarlo.....A tal proposito si ritiene opportuno segnalare che il rating di impresa, così come descritto dalla vigente normativa, vale a dire costruito su un sistema di premialità (e penalità) da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, rischia di risolversi in un notevole aggravio burocratico per le imprese, le stazioni appaltanti e, in ultima analisi, l’Autorità, tenute alla gestione e alla comunicazione di una serie di dati rilevanti, con limitati effetti incentivanti al miglioramento delle performance se si considera che al meccanismo dell’incremento convenzionale premiante delle classifiche cui la singola impresa può aspirare in base ai requisiti strutturali posseduti non può riconoscersi una forza propulsiva sufficiente a far evolvere il sistema.”*

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

denuncia costituisce già una possibile causa di esclusione, per le ragioni sopra indicate, la stessa non dovrebbe essere inclusa nel rating di impresa. Peraltro, non si può sottacere che la norma sembra introdurre un nuovo potere sanzionatorio in capo all’Autorità, senza definire la tipologia delle sanzioni e i limiti edittali delle stesse”.

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'o.e..

Il riferimento alla penalità dunque è rimasto solo in relazione al sistema amministrativo inerente la disciplina per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, che tuttavia la legge delega aveva contemplato sotto un diverso comma (art. 1, comma 1, lett. q), n. 5, legge n. 11/2016) rispetto a quello istitutivo del sistema di rating di impresa e anche il codice, come modificato in sede di correttivo, pur avendolo accorpato nella disposizione (art. 80, comma 10) istitutiva appunto del rating di impresa, ha comunque mantenuto separato e distinto, salvo poco dopo, con una invero infelice disposizione, avere comunque ricondotto tra i requisiti reputazionali alla base del rating di impresa anche l'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, da cui la scelta di ANAC di assemblare tale istituto nell'ambito del sistema di rating di impresa.

E allora, alla luce di quanto appena esposto, viene lecito domandarsi se a fronte di tale modifica legislativa la individuazione di elementi penalizzanti, quali sono di fatto i requisiti preclusivi, sia conforme alla ratio della norma.

Peraltro esaminando i requisiti individuati ci si accorge che in realtà ANAC si è soffermata sempre sui fatti inerenti la esecuzione del contratto, assistendosi ad una sovrapposizione e/o commistione con i requisiti reputazionali, che rischia di condurre ad una doppia valutazione della stessa fattispecie.

Oltretutto si attribuisce rilevanza a fatti nemmeno certi e definitivi, laddove la stessa ANAC era ben consapevole (v. precedenti linee guida) che la ratio della norma è quella di evitare che il sistema reputazionale possa essere influenzato da valutazioni discrezionali delle stazioni appaltanti, che sono tenute ad inviare una parte consistente dei dati su cui il sistema è basato, con il rischio di generare contenzioso e di provocare alterazioni dovute a fenomeni di collusione tra operatori economici e stazioni appaltanti.

Inoltre alcune fattispecie rischiano di sovrapporsi alle cause di esclusione tipizzate dall'art. 80 del Codice. E anche in questo caso era la stessa ANAC - nelle precedenti linee guida - ad avvertire l'esigenza del *“l'individuazione degli indici reputazionali da utilizzare per il calcolo del Rating di impresa, evitando la sovrapposizione con altri elementi che già incidono sulla qualificazione delle*

imprese ovvero hanno rilevanza ai sensi dell'art. 80 del Codice, quali cause di esclusione o che impediscono la qualificazione”.

Per cui anche gli indici individuati andrebbero rivalutati e semmai, onde evitare tale rischio di sovrapposizione, ricondotti nell'ambito dei requisiti reputazionali, il che ridurrebbe anche le altrimenti inevitabili difficoltà nei flussi informativi.

Passando all'esame dei singoli requisiti preclusivi, si deve anzitutto osservare che la norma di legge contempla i seguenti requisiti reputazionali:

- 1) Mancato utilizzo del soccorso istruttorio, che in effetti riguarda la fase antecedente della gara;
- 2) Applicazione delle disposizioni della denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive, che attiene più propriamente alla fase esecutiva;
- 3) Esito ed incidenza del contenzioso in fase di partecipazione alla gara e nella fase esecutiva.

Muovendo da tale disposizione ANAC ha proposto di basare il rating di impresa su:

- a) requisiti relativi alla valutazione della performance dell'esecutore, con un punteggio massimo pari a 100;
- b) requisiti di carattere generale, che impattano sulla valutazione complessiva dell'operatore economico non necessariamente esecutore del contratto, con un punteggio massimo pari a 40.

In tale ambito sono poi ricompresi i c.d. requisiti preclusivi che consistono nell'assenza degli elementi penalizzanti, la presenza dei quali comporta la riduzione del punteggio di 25 punti attribuito a tutti gli operatori economici, che sono elencati dettagliatamente al punto 3.9 e 3.10 delle linee guida.

I restanti 15 punti vengono invece assegnati per gli anni di attività secondo quanto indicato al successivo punto 3.12 (ovvero un punto per ogni anno antecedente la richiesta in assenza di elementi penalizzanti o ostativi, all'insorgere dei quali il calcolo si interrompe).

Di seguito il prospetto dei requisiti preclusivi e corrispondenti punteggi penalizzanti per ogni singolo episodio (punto 3.10 delle linee guida).

Fattispecie	Decurtazione
L'operatore economico non ha dato seguito all'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante	2 punti
L'operatore economico ha omesso di denunciare una richiesta estorsiva o corruttiva	5 punti
L'operatore economico ha tardato di denunciare una richiesta estorsiva o corruttiva	3 punti
L'operatore economico è stato condannato per le spese in giudizio per le fattispecie di cui all'articolo 26 del codice del processo amministrativo	5 punti
Il contratto sottoscritto con l'operatore economico è stato risolto per grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali	5 punti
La cauzione presentata dall'operatore economico è stata escussa per mancata sottoscrizione del contratto o per false dichiarazioni	5 punti
Per l'opera realizzata dall'operatore economico è stato necessario attivare la polizza decennale postuma	3 punti se indennizzo < 10% del valore dell'opera
Per l'opera realizzata dall'operatore economico è stato necessario attivare la polizza decennale postuma	5 punti se indennizzo ≥ 10% del valore dell'opera

A tali requisiti si aggiunge il mancato rilascio del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, che costituisce causa ostativa al rilascio del rating di impresa (punto 3.9 delle linee guida).

Quindi ai sensi del successivo punto 3.11 nel caso in cui a seguito delle decurtazioni il punteggio massimo di 25 punti sia ridotto ad un valore pari o inferiore a 10 il rating di impresa non può essere rilasciato.

Nella nota esplicativa, l'ANAC fornisce poi le sue valutazioni e proposte di integrazione per ognuno dei ridetti elementi, che esamineremo nel dettaglio e che suscitano non poche perplessità e criticità circa quella che dovrebbe essere una valutazione basata, *secondo la voluntas legis*, su *“indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa”*.

1.

Anzitutto riguardo la **mancata attivazione del soccorso istruttorio**, che costituisce una novità apportata in sede di correttivo, ANAC propone le seguenti interpretazioni distinte:

- a) L'esecutore viene premiato per la valutazione della offerta se effettuata senza ricorrere al soccorso istruttorio;
- b) Si penalizzano le imprese che non hanno dato seguito al soccorso istruttorio, che è la interpretazione prescelta dall'ANAC nella bozza di linee guida;

- c) Si penalizzano le imprese per le quali l'incidenza del soccorso istruttorio è superiore ad una certa soglia, che ove ritenuta condivisibile comporterebbe la espunzione del primo requisito reputazionale per evitare il doppio conteggio della medesima fattispecie⁵.

Orbene la prima ipotesi è quella che certamente risponde alla *ratio legis*. In effetti il premio per quei soggetti le cui offerte siano risultate complete e non necessitanti alcuna integrazione e chiarimento può certamente essere ritenuto coerente con la funzione del rating di impresa teso a valorizzare le imprese migliori e più performanti

Senonché l'ANAC rimanda in proposito all'ipotesi prevista nell'ambito dei requisiti prestazionali, che dovranno essere valutati dalle singole S.A. durante ed all'esito della conclusione ed ultimazione del contratto tramite la nota scheda informativa. In altre parole così facendo vengono premiate soltanto le offerte risultate aggiudicatarie, il che non appare equo tanto più che le penalizzazioni investono tutti gli o.e. anche non aggiudicatari.

Ad ogni modo la volontà di penalizzare i soggetti nei confronti dei quali emerge la necessità del soccorso istruttorio oppure che non abbiano dato seguito a tale richiesta è tutt'altro che convincente. Anzitutto perché, come chiarito recentemente dal Consiglio di Stato, *“la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario; in questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di*

⁵ Secondo l'ANAC *“L'ipotesi sub b) rappresenta, a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 56/2017, un comportamento che può essere ritenuto particolarmente grave, atteso che non è più richiesto alcun onere a carico degli operatori economici per l'adesione al soccorso istruttorio. Nel caso dell'ipotesi sub c) si valutano tutte le attivazioni del soccorso istruttorio per ciascun operatore economico, indipendentemente dal fatto se si tratta dell'affidatario. In questo caso la presenza di un numero elevato di attivazioni, in relazione al numero di gare svolte, potrebbe essere un segnale di scarsa attenzione nella predisposizione della documentazione di gara e, quindi, di scarsa affidabilità. Seppure l'ipotesi è suggestiva, appare nondimeno particolarmente difficile da seguire per il numero elevatissimo di osservazioni che occorre trattare (tutte le richieste di soccorso istruttorio e tutte le procedure concorsuali cui l'operatore economico ha partecipato). Infine, se dovesse prevalere l'ipotesi sub c), dalla tabella illustrata nel paragrafo precedente occorrerebbe espungere il primo requisito reputazionale proposto, per evitare il doppio conteggio della medesima fattispecie.*

selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili.” (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 10/04/2018, n. 2180)

Inoltre perché così facendo si corre il rischio di accomunare fattispecie tra loro più disparate giungendo a inique discriminazioni tra gli o.e.: si pensi alla richiesta di soccorso istruttorio derivante da richieste di chiarimenti da parte della S.A. non riconducibili ad alcuna colpa del concorrente, ma semmai a disposizioni di gara ambigue e incerte o addirittura illegittime (vedi recentemente T.A.R. Roma sez. I, 27/02/2018, n. 2157⁶).

Inoltre in ipotesi di adesione al soccorso istruttorio oltre il termine assegnato dalla stazione appaltante, come andrebbe configurata la fattispecie? Ricadrebbe nella ipotesi di omesso riscontro della richiesta di soccorso istruttorio?

Secondo infatti la giustizia amministrativa il ritardo può essere anche giustificato se non imputabile al concorrente (vedi Consiglio di Stato sez. V, 04/05/2017, n. 2036 ove la fattispecie ineriva un ritardo dipeso dal ritardo nella produzione del PassOE dovuto esclusivamente alle errate impostazioni che la stazione appaltante aveva operato sul portale ANAC a ciò dedicato ⁷).

Analogamente come dovrebbe essere valutata la ipotesi in cui la tardiva e/o omessa risposta al soccorso istruttorio sia stata determinata dalla necessità di recuperare il documento richiesto da terzi subappaltatori e/o subfornitori e comunque da soggetti diversi dal concorrente?

E ancora qualora il soccorso istruttorio venga dichiarato ammissibile ma solo in sede processuale (v. da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017 n. 5826⁸) è comunque rilevante ai fini della attribuzione di eventuali penalità e se sì come dovrebbe essere comunicato all'ANAC?

⁶ E' illogico, oltre che inutilmente gravoso, pretendere in sede di soccorso istruttorio l'attestazione di un requisito non richiesto quale condizione di partecipazione alla gara. Del resto, a fronte di chiare prescrizioni circa i requisiti soggettivi richiesti ai concorrenti a pena di esclusione, direttamente connessi e proporzionati all'essenza del servizio da affidare (la vigilanza attiva armata fissa e di piantonamento), non può pretendersi la ricerca di ulteriori requisiti, la cui necessità sarebbe indirettamente ritraibile dalla previsione anche di attività manutentiva di impianti che, rispetto all'oggetto dell'appalto, si pone in rapporto di mera accessorialità. (cfr. T.A.R. Roma sez. I, 27/02/2018, n. 2157)

⁷ La decadenza dalla produzione integrativa di documenti, richiesti per la partecipazione a gara pubblica a seguito di soccorso istruttorio, ha natura sanzionatoria, essendo volta ad escludere dalla gara soggetti che - nonostante l'intervento integrativo della stazione appaltante al fine di assicurare al massimo grado possibile la partecipazione alla gara - abbiano alla fine dimostrato, con il proprio comportamento passivo, di non avere un reale interesse alla suddetta partecipazione (o, comunque, di non essere pienamente affidabile); per contro, laddove il mancato rispetto del termine inizialmente fissato dall'Amministrazione derivi da causa non imputabile all'interessato, che anzi abbia tempestivamente tentato di adeguarsi - compatibilmente con le circostanze del caso concreto - a quanto disposto con soccorso istruttorio, non potrà farsi luogo alla suddetta sanzione, per difetto dei presupposti, ossia di una avversa volontà sanzionabile. (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 04/05/2017, n. 2036).

⁸ Il concorrente in gara pubblica, che non sia stato ammesso al soccorso istruttorio (ma avrebbe dovuto esserlo), è ammesso a provare le medesime circostanze in sede giurisdizionale, secondo la formula del soccorso istruttorio processuale (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017 n. 5826).

In conclusione, fintantoché non verrà approvato lo schema di bando tipo, ogni gara è una storia a sé e in alcuni casi la eccessiva documentazione richiesta dalla stazione appaltante può ragionevolmente indurre in errore il concorrente nella predisposizione della offerta che non per questo può e deve essere penalizzato.

In tutti questi casi – a parte le difficoltà insite nella acquisizione di tali informazioni (le stazioni appaltanti dovrebbero di fatto comunicare all'ANAC tutte le richieste di soccorso istruttorio) - sarebbe comunque auspicabile quantomeno un confronto con l'o.e. che consenta al medesimo di giustificare e chiarire le effettive motivazioni e contenuto del soccorso istruttorio.

In alternativa è sicuramente preferibile mantenere la premialità per gli esecutori che non hanno mai usufruito del soccorso istruttorio prevedendo semmai un punteggio minimo uguale per tutti che possa aumentare di 1 punto o una frazione di punto per ogni anno che il medesimo non debba ricorrere al soccorso istruttorio. Una sorta di patente a punti (che era poi l'ipotesi prospettata dall'ANAC nelle precedenti linee guida, ma poi accantonata) crescente in misura direttamente proporzionale alla virtuosità dimostrata dalla impresa.

In tal modo si favorirebbero comunque i soggetti che non utilizzano il soccorso istruttorio senza nel contempo però penalizzare quelli per i quali emerga tale esigenza e necessità, che come detto non è sempre riconducibile a fatto e colpa del concorrente.

2.

A proposito della **omessa o tardiva denuncia**, che ANAC individua tra le penalità per non creare discriminazioni con i soggetti che non denunciano perché non hanno subito tali tentativi, va però valutata la indubbia sovrapposizione con la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera l), che la stessa ANAC affronta infatti al paragrafo 8 delle linee guida.

Il legislatore infatti fa riferimento alle ipotesi di denuncia "obbligatoria" delle richieste estorsive e corruttive, che però non è prevista nel codice penale.

Oltretutto 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 ed i relativi limiti edittali, nonostante la legge delega avesse imposto al legislatore delegato – e quindi non all'ANAC - di prevedere tale sistema amministrativo nel più ampio ambito di

“armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d’interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” e di individuare, a tale scopo, le norme codicistiche la cui violazione avrebbe determinato la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell’Anac⁹.

Tali riflessioni hanno, quindi, condotto ANAC ad uniformare tale fattispecie con quella prevista dal citato articolo 80, il cui accertamento è demandato a quanto stabilito nell’accordo quadro perfezionato con le Procure della Repubblica, di cui al comunicato del Presidente del 4 maggio 2016.

In base a tale accordo le Procure di tutta Italia devono informare ANAC delle richieste di rinvio a giudizio per i reati previsti dall’art. 80, ossia i reati di cui all’art. 317 e 629 c.p., dalle quali emerga che la vittima del reato abbia omesso di denunciare i fatti all’autorità giudiziaria senza che ricorressero le esimenti di cui all’art. 4 primo comma, della legge 24 novembre 1981 n. 689.

Ma in tal modo, come detto, si viene di fatto a sovrapporre alla causa di esclusione disposta dall’art. 80, e che rileva ai fini della partecipazione alla gara, la penalizzazione in caso di rating di impresa, che invece riguarda piuttosto il comportamento dell’o.e., con l’aggravante che in quest’ultimo caso non si tiene nemmeno conto della esimente invece prevista per la causa di esclusione, che non opera se l’operatore economico dimostra *«di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti»*.

Inoltre per la ipotesi della tardività della denuncia, ANAC propone di individuare, stante la assenza di un termine stabilito dalla legge, come parametro di riferimento la data del rinvio a giudizio o dell’accertamento del fatto, ma non si tiene conto che un siffatto parametro non è in alcun modo obiettivo, generando anzi inevitabili discriminazioni: si pensi alla ipotesi della denuncia presentata

⁹ Nella legge delega 11/2016 si prevedeva all’art. 1, lettera q), *“armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d’interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: ...5) prevedendo un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell’ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme del codice la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell’ANAC”*

un giorno prima o un giorno dopo il rinvio a giudizio che avrebbe effetti opposti per appena 24 ore di differenza, ben potendo l'o.e. avere agito in entrambi i casi in assoluta buona fede. Senza tenere conto, poi, che i tempi occorrenti alla giustizia penale per disporre il rinvio a giudizio sono tutt'altro che fissi e costanti, dipendendo dalla durata delle indagini preliminari, che come noto possono anche essere prorogate dal Pubblico Ministero.

In altre parole, anche in questo caso, fattispecie sostanzialmente identiche potrebbero essere valutate con giudizi radicalmente opposti, ove il rinvio a giudizio (che poi a sua volta dipende dalla comunicazione della notizia di reato) sia stato più o meno tempestivo da parte del P.M., rimettendo di fatto la valutazione dell'o.e. a fattori esterni del tutto indipendenti dalla sua volontà.

Preferibile sarebbe pertanto stabilire un termine fisso (superiore nel caso ai 90 giorni previsti per la presentazione di una querela) eventualmente ancorandolo alla data del rinvio a giudizio e dell'accertamento del fatto, che, seppure non previsto dalla normativa, consentirebbe almeno una omogeneità di giudizio.

In ogni caso anche in questo caso dovrebbe auspicarsi un confronto con l'o.e. prima di applicare *sic et simpliciter* la eventuale penalizzazione.

E se in effetti è lo stesso legislatore che invoca un sistema amministrativo per i casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria per le richieste estorsive e corruttive va però valutato se esso debba identificarsi nelle fattispecie già previste e regolate dall'art. 80 o in ulteriori fattispecie, anche se in quest'ultimo caso diventerebbero pressoché impossibile riuscire ad accertarle e verificarle da parte dell'ANAC.

Nelle precedenti linee guida la stessa ANAC evidenziava che *“In ordine alle sanzioni per omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive, occorre considerare come l'omessa denuncia costituisca anche una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. l) se verificatasi e annotata dall'Autorità nel proprio Casellario, nell'anno antecedente. Conseguentemente, ai fini del Rating di impresa, rileva la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative, che si aggiungono alla sanzione dell'annotazione con effetto escludente. Ciò porta a ritenere che ai fini del Rating possa essere considerato un arco temporale maggiore dell'anno preso in considerazione ai fini dell'esclusione, fermo restando che deve darsi rilevanza alle sanzioni irrogate dall'Autorità e non anche alla sola annotazione.”*

Quindi nell'atto di segnalazione n. 2/2017 ANAC esprimeva al riguardo le proprie perplessità evidenziando giustappunto che *“non è chiaro il riferimento al potere sanzionatorio dell'ANAC nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. L'ANAC già annota tali fattispecie ai fini della valutazione della moralità delle imprese, rappresentando le stesse una possibile causa di esclusione per grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, co.5, lett. l), del Codice. **Poiché l'omessa o tardiva denuncia costituisce già una possibile causa di esclusione, per le ragioni sopra indicate, la stessa non dovrebbe essere inclusa nel rating di impresa. Peraltro, non si può sottacere che la norma sembra introdurre un nuovo potere sanzionatorio in capo all'Autorità, senza definire la tipologia delle sanzioni e i limiti edittali delle stesse.**”*

E nella nota esplicativa ANAC di fatti al riguardo conclude ribadendo tale perplessità *“Inoltre, si pone un problema di individuare ulteriori sanzioni amministrative, rispetto a quelle già contenute nell'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, ovvero l'esclusione dalla gara. Non si dovrebbe trattare di sanzioni pecuniarie dal momento che la norma citata non stabilisce né un minimo né un massimo edittale e tale previsione non potrebbe essere introdotta da una linea guida neppure se con carattere vincolante. Pertanto, l'unica sanzione amministrativa possibile consiste nel mancato rilascio del rating di impresa o in una penalizzazione sul punteggio attribuito, eventualmente differenziando tra i casi di omessa e tardiva denuncia. Trattandosi di sanzione amministrativa, la stessa può essere erogata solo a seguito di contraddittorio tra le parti, anche se appare difficile stabilire che cosa possa accertare l'Autorità oltre a quanto già rilevato dalla Procura competente.”*

Ma invece alla luce di quanto esposto sopra la scelta di introdurre e prevedere il contraddittorio con l'o.e. è sicuramente da giudicare con favore.

3.

Altro requisito preclusivo è quello inerente al **contenzioso**.

Anzitutto vanno evidenziate le perplessità e criticità che la individuazione di tale criterio da parte del legislatore ha fatto sorgere: di cui ne sono testimonianza la pluralità di modifiche che hanno interessato tale indice dal testo originario di cui al nuovo codice degli appalti fino a quello

definitivo approvato in sede di correttivo¹⁰, anche perché non coerente con un sistema che sia nell'ambito amministrativo che in quello giudiziale è sempre più teso ad imporre una iniziativa immediata dell'o.e. a pena di decadenza. In altre parole da una parte si pretende che l'o.e. si attivi immediatamente per la tutela dei propri diritti, dall'altro di penalizza se lo fa.

Ad ogni modo il criterio individuato dall'ANAC – ovvero la ipotesi di condanna per lite temeraria di cui all'art. 26 c.p.a. - pare superare le criticità emerse.

Senonché va detto che la norma fa riferimento espresso alla incidenza ed esiti del contenzioso sia in fase di partecipazione alla gara sia in fase esecutiva.

Ciò significa che per una valutazione effettivamente coerente con il testo legislativo dovrebbero essere valutati tutti i contenziosi instaurati dall'o.e. sia in fase civile e/o arbitrale che amministrativa, verificandone gli esiti.

Quindi la penalizzazione dovrebbe essere estesa anche alla ipotesi in cui la ridetta condanna venga emessa all'esito di un giudizio civile e/o arbitrale inerente le controversie insorte nella esecuzione del contratto.

Del resto la stessa ANAC nelle precedenti linee guida con riferimento all'incidenza del contenzioso (che, peraltro, allora era previsto tra i requisiti prestazionali) affermava che *“Con riferimento all'incidenza del contenzioso, richiamata dall'art. 83, comma 10, si propone una lettura costituzionalmente orientata che salvaguardi il diritto alla difesa in giudizio (art. 24 Cost.). A tal fine si prenderà in considerazione il contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrale*

¹⁰ 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 dei contratti si esprimeva nei termini di «*assenza di contenzioso*» sia con riferimento alla fase di gara che a quella di esecuzione del contratto (art. 84, comma 4, lett. d) 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 giudizio.

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. (da *“Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa”* di Luca Galli e Margherita Ramajoli, in Rivista della Regolazione dei mercati Fascicolo 1| 2017, pag. 86).

con esito negativo, nei casi di declaratoria giurisdizionale di manifesta inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire o carenza di interesse, oppure nel caso di accertato abuso del processo, con condanna alle spese per lite temeraria, prevedendo al riguardo una graduazione della penalizzazione in relazione all'inammissibilità del ricorso o alla condanna per lite temeraria ex art. 26, comma 1, c.p.a. Non saranno presi in considerazione ai fini dell'attribuzione di penalità, i comportamenti delle imprese, di fatto soccombenti nella decisione, che si conformano a pareri di precontenzioso vincolanti.”

4.

Questi sono i requisiti derivanti dalle fattispecie previste dal legislatore, alle quali ANAC ha ritenuto di aggiungere ulteriori requisiti penalizzanti, se non addirittura ostativi al rilascio del rating non previsti e che non solo rischiano di sovrapporsi ai requisiti prestazionali, ma risultano pure privi di una effettiva oggettività e definitività.

Precisamente:

- a) **Risoluzione contrattuale per inadempimento**, tale ipotesi sarebbe semmai più congruente con i costi e tempi di esecuzione prevista tra i requisiti prestazionali, e comunque non tiene conto che la risoluzione è già prevista quale causa di esclusione ai sensi dell'art. 80. Inoltre proprio alla luce di quanto stabilito da tale norma è certo che non sarebbe sufficiente il provvedimento di risoluzione da parte della stazione appaltante, occorrendo anche che, come previsto dalla citata norma, lo stesso non sia stato contestato ovvero sia stato accertato con sentenza giudiziale, posto che come prescritto dallo stesso legislatore rilevano soltanto i comportamenti definitivi.

Nelle precedenti linee guida ANAC riteneva *“possibile ritenere, pertanto, che tutti gli elementi che sono oggetto dell'annotazione nel casellario ex art. 80, comma 5, lett. c) debbano rientrare nella valutazione che la stessa Autorità effettuerà per la certificazione del Rating di impresa, prendendo a riferimento eventualmente un periodo maggiore di quello fissato dall'Autorità ai fini dell'annotazione ai sensi del comma 5, lett. c) citato. Ciò non crea una sovrapposizione tra le cause di esclusione, poiché nei casi previsti dalla norma citata il grave inadempimento professionale non determina un'esclusione*

automatica, mentre il rating non può prescindere dalla considerazione di elementi che nell'ipotesi di esclusione, incidono sulla capacità di esecuzione dell'impresa.”

- b) **Escussione per mancata sottoscrizione del contratto o false dichiarazioni.** A tale riguardo va però osservato che l'art. 48 del vecchio codice che prevedeva la escussione in caso di mancata conferma dei requisiti di partecipazione dichiarati in gara non è stato riproposto nel nuovo codice. La stessa ANAC ha infatti desunto tale potere di controllo dei requisiti da parte della stazione appaltante da quanto previsto in via generale dall'art. 83, comma 8 (v. comunicato del Presidente dell'ANAC del 8 novembre 2017¹¹), ma in nessuna norma è però contemplata la ipotesi di escussione. Comunque anche in questo caso dovrebbero rilevare solo accertamenti non contestati ovvero accertati con sentenze giudiziali.
- c) **Il mancato rilascio del certificato di collaudo o di regolare esecuzione** che come dianzi accennato costituisce causa ostativa al rating di impresa. Anzitutto nulla essendo stato indicato circa quando e soprattutto come dovrebbe essere accertata la ricorrenza di tale motivo ostativo, deve presumersi che l'ANAC faccia riferimento alla ipotesi di opere non collaudabili certificate dalla commissione di collaudo ovvero dal direttore dei lavori o responsabile del procedimento. Inoltre non è chiaro se tale disposizione contempra pure l'esito negativo della verifica di conformità prevista in caso di servizi e forniture superiori alla soglia comunitaria ai sensi dell'art. 102 del nuovo codice. Ma soprattutto non viene spiegato come dovrebbe essere valutato l'eventuale ritardo della stazione appaltante, che purtroppo è assai spesso consueto, nella emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione o di verifica di conformità. In tali casi ricorrerebbe comunque la causa ostativa seppure dipendente da fatto e colpa della stazione appaltante?

¹¹ Dal comunicato ANAC del 8 novembre 2017 *“La verifica delle dichiarazioni sull'assenza dei motivi di esclusione e sulla presenza delle condizioni di partecipazione In assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione, è possibile ricavare indicazioni operative dal disposto dell'art. 85, comma 5, del Codice e dell'art. 71 del d.p.r. 445/2000 (richiamato dal DGUE). Può affermarsi, quindi, che, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto, nelle precedenti fasi della procedura, le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali e speciali, anche ai sensi dell'art.83, comma 8, del Codice, sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l'ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse.”*

d) **Attivazione della polizza decennale postuma**, anzitutto in base all'art. 103, comma ottavo¹², del codice l'obbligo di rilasciare una polizza decennale postuma riguarda soltanto l'esecutore di lavori di importo superiore al doppio della soglia comunitaria, con inevitabile discriminazione tra questi e tutti gli altri soggetti, inclusi gli esecutori di servizi e forniture, per i quali non vige tale obbligo. Inoltre anche in questo caso non si tiene conto che secondo la norma la polizza può essere attivata dalla S.A. *“non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorran consensi ed autorizzazioni di qualunque specie”*. E allora cosa accade se i vizi denunciati risultano non essere riconducibili ad effettive colpe e responsabilità dell'o.e.. E se la polizza viene attivata anche se la garanzia ex art. 1669 c.c. deve ritenersi estinta e /o prescritta? Se ne desume che anche in tali ipotesi occorrerà fare riferimento a provvedimenti non contestati ovvero confermati in sede giudiziale.

In tutte queste ipotesi è pertanto auspicabile un confronto con l'o.e. che consenta di fornire gli elementi giustificativi necessari per dimostrare la effettiva assenza di colpa e responsabilità.

Quanto invece alla ipotesi di coordinamento con il rating di legalità¹³ si ritiene che in effetti non possa essere valorizzato anche nell'ambito del rating di impresa, in quanto oltre che creare sperequazioni con quei soggetti di piccole dimensioni che non possono accedere al rating di legalità, condurrebbe di fatto ad una doppia valutazione della medesima situazione di fatto.

¹² 8. Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35, il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo è obbligato a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi. La polizza deve contenere la previsione del pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto in favore del committente non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorran consensi ed autorizzazioni di qualunque specie. Il limite di indennizzo della polizza decennale non deve essere inferiore al venti per cento del valore dell'opera realizzata e non superiore al 40 per cento, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera. L'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare, per i lavori di cui al presente comma una polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni e con un indennizzo pari al 5 per cento del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro.

¹³ Tema in verità non chiarito dal legislatore che se ha in effetti eliminato il riferimento al rating di legalità quale ulteriore requisito del sistema di rating, contenuto nell'art. 83, comma 10, in sede di correttivo, recependo in tal modo e segnalazioni pervenute dalla stessa ANAC con l'atto di segnalazione n. 2 del 2017, ha però mantenuto i legami tra i due istituti agli artt. 93, comma 7 (riduzione della garanzia nei contratti di servizi e forniture) e art. 95, comma 13 (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), nonché e soprattutto all'art. 213, comma 7, del codice ove si afferma che *“il rating di legalità concorre anche alla determinazione del rating di impresa di cui all'art. 83, comma 10”*. Anche se deve ritenersi essersi trattato probabilmente di un mancato coordinamento delle norme.

Condivisibile è invece la preclusione del rating per quei soggetti che non posseggono i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, ma proprio per tale motivo a maggior ragione dovrebbero essere evitati rischi di sovrapposizione nella individuazione e valutazione dei requisiti preclusivi.

In conclusione, stante le perplessità nutrite sulla legittimità dei requisiti preclusivi, che – a nostro avviso - non sono contemplati e anzi si pongono in contraddizione con la fonte di diritto e la *ratio legis*, sarebbe forse preferibile ricondurre i requisiti afferenti comunque la esecuzione del contratto nell'alveo dei requisiti prestazionali ciò che consentirebbe di evitare il rischio di una doppia valutazione della medesima fattispecie e una conseguente inevitabile discriminazione tra operatori economici, e nel contempo agevolerebbe anche il flusso di informazioni tra stazioni appaltanti e ANAC.

In ogni caso si auspica che l'applicazione delle premialità e/o penalità sia assistita da un confronto e contraddittorio con l'o.e., trattandosi quasi sempre di indici qualitativi e quantitativi, che non sono né oggettivi, né misurabili, né basati su accertamenti definitivi idonei e sufficienti ad esprimere l'affidabilità dell'impresa.

Del resto nella segnalazione n. 2/2017 la stessa ANAC evidenziava la criticità nell'individuare indicatori che:

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

Da valutare quindi se non preferibile il ricorso ad una patente a punti che aumentano in proporzione ai premi ricevuti per il comportamento virtuoso dimostrato dell'impresa ovvero che prevedano penalità solo in tassative ipotesi accertate in via definitiva e irrevocabile.¹⁴

In tal modo:

- A. si favorirebbero le imprese più performanti senza penalizzare le piccole imprese che non hanno mezzi adeguati, né discriminare le nuove tenuto conto che il punteggio inizialmente sarebbe uguale per tutte e verrebbe aggiornato periodicamente;

¹⁴ Si potrebbe pensare per ciascun indicatore un valore iniziale pari a 0 che aumenta in base alle premialità ovvero pari a "x" e si prevedono sia penalizzazioni che premialità. In entrambi i casi prevedendo un aggiornamento periodico annuale dei contratti oggetto di valutazione ed un meccanismo di diminuzione/aumento automatico dell'indice qualora non si verificano eventi positivi/negativi per un certo lasso di tempo.

- B. si eviterebbe un altrimenti prevedibile contenzioso ogni qualvolta dovesse applicarsi una penalità sulla base di circostanze non accertate in via definitiva e senza contraddittorio con l'impresa;
- C. si snellirebbe anche l'attività di accertamento da parte di Anac in quanto il contraddittorio con l'impresa diventerebbe residuale ed eventuale.

PER CONTRIBUTI LINEE GUIDA

I requisiti preclusivi mal si conciliano con la fonte di diritto e la ratio legis, che prevede la istituzione di “un sistema di rating relativo alle premialità”, mentre è scomparso il riferimento alle “penalità”, mantenuto solo con riferimento all’applicazione della disciplina delle denunce obbligatorie in caso di richieste estorsive e corruttive.

Comunque sarebbe preferibile che i requisiti afferenti la esecuzione del contratto siano ricondotti nell’alveo dei requisiti prestazionali onde evitare il rischio di una doppia valutazione della medesima fattispecie e una conseguente inevitabile discriminazione tra operatori economici, e nel contempo agevolerebbe anche il flusso di informazioni tra stazioni appaltanti e ANAC.

In ogni caso:

- a) mancata attivazione del soccorso istruttorio: andrebbe valutata anche con riferimento all’ O.E. non aggiudicatario;
- b) mancata risposta richiesta soccorso istruttorio: andrebbe penalizzata solo previo confronto con O.E. per verificare la fattispecie e la sussistenza di eventuali esimenti;
- c) tardiva denuncia obbligatoria: andrebbe previsto un termine fisso uguale per tutti gli O.E. per stabilire la tardività, eventualmente decorrente dalla commissione del fatto risultante dalla richiesta di rinvio a giudizio o dalla data di quest’ultima;
- d) contenzioso: la penalizzazione per la condanna alle spese per lite temeraria andrebbe estesa anche ai giudizi civili;
- e) le ulteriori fattispecie: dovrebbero assumere rilevanza solo se non contestate e/o accertate giudizialmente, che poi dovrebbe rilevare per tutti i requisiti preclusivi individuati.

In ogni caso si auspica che l’applicazione delle premialità e/o penalità sia assistita da un confronto e contraddittorio con l’o.e., trattandosi quasi sempre di indici qualitativi e quantitativi, che non sono né oggettivi né misurabili, né basati su accertamenti definitivi idonei e sufficienti ad esprimere l’affidabilità dell’impresa.

Da valutare quindi se non preferibile il ricorso ad una patente a punti che aumentano in proporzione ai premi ricevuti per il comportamento virtuoso dimostrato dell’impresa ovvero che prevedano penalità solo in tassative ipotesi accertate in via definitiva e irrevocabile.

Si potrebbe pensare per ciascun indicatore un valore iniziale pari a 0 che aumenta in base alle premialità ovvero pari a “x” e si prevedono sia penalizzazioni che premialità. In entrambi i casi prevedendo un aggiornamento periodico annuale dei contratti oggetto di valutazione ed un meccanismo di diminuzione/aumento automatico dell’indice qualora non si verificano eventi positivi/negativi per un certo lasso di tempo.

In tal modo:

- D. si favorirebbero le imprese più performanti senza penalizzare le piccole imprese che non hanno mezzi adeguati, né discriminare le nuove tenuto conto che il punteggio inizialmente sarebbe uguale per tutte e verrebbe aggiornato periodicamente;
- E. si eviterebbe un altrimenti prevedibile contenzioso ogni qualvolta dovesse applicarsi una penalità sulla base di circostanze non accertate in via definitiva e senza contraddittorio con l’impresa;
- F. si snellirebbe anche l’attività di accertamento da parte di Anac in quanto il contraddittorio con l’impresa diventerebbe residuale ed eventuale.

APPENDICE

Il sistema reputazionale in America:

Il Federal Acquisition Regulation (FAR) è il principale insieme di regole del Sistema federale di regolamentazione delle acquisizioni in materia di appalti pubblici negli Stati Uniti , ed è codificato al capitolo 1 del titolo 48 del Code of Federal Regulations , 48 CFR 1 .

Il Sistema FAR disciplina il "processo di acquisizione" mediante il quale le agenzie esecutive del governo federale degli Stati Uniti acquisiscono (ad esempio, acquistano o noleggiano) beni e servizi per contratto con fondi appropriati .^{[1] [2] [3]} Il processo si compone di tre fasi.

Subpart 42.15—Contractor Performance Information

42.1500 Scope of subpart.

This subpart provides policies and establishes responsibilities for recording and maintaining contractor performance information. This subpart does not apply to procedures used by agencies in determining fees under award or incentive fee contracts. See subpart [16.4](#). However, the fee amount paid to contractors should be reflective of the contractor's performance and the past performance evaluation should closely parallel and be consistent with the fee determinations.

42.1501 General.

(a) Past performance information (including the ratings and supporting narratives) is relevant information, for future source selection purposes, regarding a contractor's actions under previously awarded contracts or orders. It includes, for example, the contractor's record of—

- (1) Conforming to requirements and to standards of good workmanship;
- (2) Forecasting and controlling costs;
- (3) Adherence to schedules, including the administrative aspects of performance;
- (4) Reasonable and cooperative behavior and commitment to customer satisfaction;
- (5) Reporting into databases (see subpart [4.14](#), and reporting requirements in the solicitation provisions and clauses referenced in [9.104-7](#));
- (6) Integrity and business ethics; and
- (7) Business-like concern for the interest of the customer.

(b) Agencies shall monitor their compliance with the past performance evaluation requirements (see [42.1502](#)), and use the Contractor Performance Assessment Reporting System (CPARS) and Past Performance Information Retrieval System (PPIRS) metric tools to measure the quality and timely reporting of past performance information.

42.1502 Policy.

(a) General. Past performance evaluations shall be prepared at least annually and at the time the work under a contract or order is completed. Past performance evaluations are required for contracts and orders as specified in paragraphs (b) through (f) of this section, including contracts and orders performed outside the United States. These evaluations are generally for the entity, division, or unit that performed the contract or order. Past performance information shall be entered into CPARS, the Governmentwide evaluation reporting tool for all past performance reports on contracts and orders. Instructions for submitting evaluations into CPARS are available at <http://www.cpars.gov/>.

(b) Contracts. Except as provided in paragraphs (e), (f), and (h) of this section, agencies shall prepare evaluations of contractor performance for each contract (as defined in FAR part 2) that exceeds the simplified acquisition threshold and for each order that exceeds the simplified acquisition threshold. Agencies are required to prepare an evaluation if a modification to the contract causes the dollar amount to exceed the simplified acquisition threshold.

(c) Orders under multiple-agency contracts. Agencies shall prepare an evaluation of contractor performance for each order that exceeds the simplified acquisition threshold that is placed under a Federal Supply Schedule contract or placed under a task-order contract or a delivery-order contract awarded by another agency (i.e., Governmentwide acquisition contract or multi-agency contract). Agencies placing orders under their own multiple-agency contract shall also prepare evaluations for their own orders. This evaluation shall not consider the requirements under paragraph (g) of this section. Agencies are required to prepare an evaluation if a modification to the order causes the dollar amount to exceed the simplified acquisition threshold.

(d) Orders under single-agency contracts. For single-agency task-order and delivery-order contracts, the contracting officer may require performance evaluations for each order in excess of the simplified acquisition threshold when such evaluations would produce more useful past performance information for source selection officials than that contained in the overall contract evaluation (e.g., when the scope of the basic contract is very broad and the nature of individual orders could be significantly different). This evaluation need not consider the requirements under paragraph (g) of this section unless the contracting officer deems it appropriate.

(e) Past performance evaluations shall be prepared for each construction contract of \$700,000 or more, and for each construction contract terminated for default regardless of contract value. Past performance evaluations may also be prepared for construction contracts below \$700,000.

(f) Past performance evaluations shall be prepared for each architect-engineer services contract of \$35,000 or more, and for each architect-engineer services contract that is terminated for default regardless of contract value. Past performance evaluations may also be prepared for architect-engineer services contracts below \$35,000.

(g) Past performance evaluations shall include an assessment of the contractor's—

(1) Performance against, and efforts to achieve, the goals identified in the small business subcontracting plan when the contract includes the clause at [52.219-9](#), Small Business Subcontracting Plan; and

(2) Reduced or untimely payments (as defined in [19.701](#)), made to small business subcontractors, determined by the contracting officer to be unjustified. The contracting officer shall—

(i) Consider and evaluate a contractor's written explanation for a reduced or an untimely payment when determining whether the reduced or untimely payment is justified; and

(ii) Determine that a history of unjustified reduced or untimely payments has occurred when the contractor has reported three or more occasions of unjustified reduced or untimely payments under a single contract within a 12-month period (see [42.1503\(h\)\(1\)\(vi\)](#) and the evaluation ratings in Table 42-2). The following payment or nonpayment situations are not considered to be unjustified:

(A) There is a contract dispute on performance.

(B) A partial payment is made for amounts not in dispute.

(C) A payment is reduced due to past overpayments.

(D) There is an administrative mistake.

(E) Late performance by the subcontractor leads to later payment by the prime contractor.

(h) Agencies shall not evaluate performance for contracts awarded under [subpart 8.7](#).

(i) Agencies shall promptly report other contractor information in accordance with [42.1503\(h\)](#).

42.1503 Procedures.

(a)(1) Agencies shall assign responsibility and management accountability for the completeness of past performance submissions. Agency procedures for the past performance evaluation system shall—

(i) Generally provide for input to the evaluations from the technical office, contracting office, program management office, and, where appropriate, quality assurance and end users of the product or service;

(ii) Identify and assign past performance evaluation roles and responsibilities to those individuals responsible for preparing and reviewing interim evaluations, if prepared, and final evaluations (e.g., contracting officers, contracting officer representatives, project managers, and program managers). Those individuals identified may obtain information for the evaluation of performance from the program office, administrative contracting office, audit office, end users of the product or service, and any other technical or business advisor, as appropriate; and

(iii) Address management controls and appropriate management reviews of past performance evaluations, to include accountability for documenting past performance on PPIRS.

(2) If agency procedures do not specify the individuals responsible for past performance evaluation duties, the contracting officer is responsible for this function.

(3) Interim evaluations may be prepared as required, in accordance with agency procedures.

(b)(1) The evaluation should include a clear, non-technical description of the principal purpose of the contract or order. The evaluation should reflect how the contractor performed. The evaluation should include clear relevant information that accurately depicts the contractor's performance, and be based on objective facts supported by program and contract or order performance data. The evaluations should be tailored to the contract type, size, content, and complexity of the contractual requirements.

(2) Evaluation factors for each assessment shall include, at a minimum, the following:

(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, including reduced or untimely payments to small business subcontractors when [19.702\(a\)](#) requires a subcontracting plan (as applicable, see Table 42-2).

(vi) Other (as applicable) (*e.g.*, trafficking violations, tax delinquency, failure to report in accordance with contract terms and conditions, defective cost or pricing data, terminations, suspension and debarments).

(3) Evaluation factors may include subfactors.

(4) Each factor and subfactor used shall be evaluated and a supporting narrative provided. Each evaluation factor, as listed in paragraph (b)(2) of this section, shall be rated in accordance with a five scale rating system (*i.e.*, exceptional, very good, satisfactory, marginal, and unsatisfactory). The ratings and narratives must reflect the definitions in the tables 42-1 or 42-2 of this section.

(c)(1) When the contract provides for incentive fees, the incentive-fee contract performance evaluation shall be entered into CPARS.

(2) When the contract provides for award fee, the award fee-contract performance adjectival rating as described in [16.401\(e\)\(3\)](#) shall be entered into CPARS.

(d) Agency evaluations of contractor performance, including both negative and positive evaluations, prepared under this subpart shall be provided to the contractor as soon as practicable after completion of the evaluation. The contractor will receive a CPARS-system generated notification when an evaluation is ready for comment. Contractors shall be afforded up to 14 calendar days from the date of notification of availability of the past performance evaluation to submit comments, rebutting statements, or additional information. Agencies shall provide for review at a level above

the contracting officer to consider disagreements between the parties regarding the evaluation. The ultimate conclusion on the performance evaluation is a decision of the contracting agency. Copies of the evaluation, contractor response, and review comments, if any, shall be retained as part of the evaluation. These evaluations may be used to support future award decisions, and should therefore be marked "Source Selection Information". Evaluation of Federal Prison Industries (FPI) performance may be used to support a waiver request (see [8.604](#)) when FPI is a mandatory source in accordance with subpart [8.6](#). The completed evaluation shall not be released to other than Government personnel and the contractor whose performance is being evaluated during the period the information may be used to provide source selection information. Disclosure of such information could cause harm both to the commercial interest of the Government and to the competitive position of the contractor being evaluated as well as impede the efficiency of Government operations. Evaluations used in determining award or incentive fee payments may also be used to satisfy the requirements of this subpart. A copy of the annual or final past performance evaluation shall be provided to the contractor as soon as it is finalized.

(e) Agencies shall require frequent evaluation (e.g., monthly, quarterly) of agency compliance with the reporting requirements in 42.1502, so agencies can readily identify delinquent past performance reports and monitor their reports for quality control.

(f) Agencies shall prepare and submit all past performance evaluations electronically in the CPARS at <http://www.cpars.gov/>. These evaluations, including any contractor-submitted information (with indication whether agency review is pending), are automatically transmitted to PPIRS at <http://www.ppirs.gov/> not later than 14 days after the date on which the contractor is notified of the evaluation's availability for comment. The Government shall update PPIRS with any contractor comments provided after 14 days, as well as any subsequent agency review of comments received. Past performance evaluations for classified contracts and special access programs shall not be reported in CPARS, but will be reported as stated in this subpart and in accordance with agency procedures. Agencies shall ensure that appropriate management and technical controls are in place to ensure that only authorized personnel have access to the data and the information safeguarded in accordance with [42.1503\(d\)](#).

(g) Agencies shall use the past performance information in PPIRS that is within three years (six for construction and architect-engineer contracts) of the completion of performance of the evaluated contract or order, and information contained in the Federal Awardee Performance and Integrity Information System (FAPIIS), e.g., terminations for default or cause.

(h) Other contractor performance information.

(1) Agencies shall ensure information is accurately reported in the FAPIIS module of CPARS within 3 calendar days after a contracting officer—

(i) Issues a final determination that a contractor has submitted defective cost or pricing data;

(ii) Makes a subsequent change to the final determination concerning defective cost or pricing data pursuant to [15.407-1\(d\)](#);

(iii) Issues a final termination for cause or default notice;

- (iv) Makes a subsequent withdrawal or a conversion of a termination for default to a termination for convenience;
 - (v) Receives a final determination after an administrative proceeding, in accordance with [22.1704\(d\)\(1\)](#), that substantiates an allegation of a violation of the trafficking in persons prohibitions in [22.1703\(a\)](#) and [52.222-50\(b\)](#); or
 - (vi) Determines that a contractor has a history of three or more unjustified reduced or untimely payments to small business subcontractors under a single contract within a 12-month period (see [42.1502\(g\)\(2\)](#)).
- (2) The information to be posted in accordance with this paragraph (h) is information relating to contractor performance, but does not constitute a “past performance review,” which would be exempted from public availability in accordance with section 3010 of the Supplemental Appropriations Act, 2010 (Pub. L. 111-212). Therefore, all such information posted in FAPIIS will be publicly available, unless covered by a disclosure exemption under the Freedom of Information Act (see [9.105-2\(b\)\(2\)](#)).
- (3) Agencies shall establish CPARS focal points who will register users to report data into the FAPIIS module of CPARS (available at <http://www.cpars.gov/>, then select FAPIIS).
- (4) With regard to information that may be covered by a disclosure exemption under the Freedom of Information Act, the contracting officer shall follow the procedures at [9.105-2\(b\)\(2\)\(iv\)](#).

Table 42-1—Evaluation Rating Definitions

Rating	Definition	Note
(a) Exceptional	Performance meets contractual requirements and exceeds many to the Government’s benefit. The performance of the element or sub-element being evaluated was accomplished with few minor problems for which corrective actions taken by the contractor were highly effective.	To justify an Exceptional rating, identify the multiple significant events and state how they were of benefit to the Government. A singular benefit, however, could be of such magnitude that it alone constitutes an Exceptional rating. Also, there should have been NO significant weaknesses identified.
(b) Very Good	Performance meets contractual requirements and exceeds some to the Government’s benefit. The performance of the element or sub-element being evaluated was accomplished with some minor problems for which corrective actions taken by the contractor were effective.	To justify a Very Good rating, identify a significant event and state how it was a benefit to the Government. There should have been no significant weaknesses identified.

- (c) Satisfactory Performance meets contractual requirements. The contractual performance of the element or sub-element contains some minor problems for which corrective actions taken by the contractor appear or were satisfactory. To justify a Satisfactory rating, there should have been only minor problems, or major problems the contractor recovered from without impact to the contract/order. There should have been NO significant weaknesses identified. A fundamental principle of assigning ratings is that contractors will not be evaluated with a rating lower than Satisfactory solely for not performing beyond the requirements of the contract/order.
- (d) Marginal Performance does not meet some contractual requirements. The contractual performance of the element or sub-element being evaluated reflects a serious and yet identified corrective actions. The contractor's proposed actions appear marginally effective or were not fully implemented. To justify Marginal performance, identify a significant event in each category that the contractor had trouble overcoming and state how it impacted the Government. A Marginal rating should be supported by referencing the management tool that notified the contractor of the contractual deficiency (e.g., management, quality, safety, or environmental deficiency report or letter).
- (e) Unsatisfactory Performance does not meet most contractual requirements and recovery is not likely in a timely manner. The contractual performance of the element or sub-element contains a serious problem(s) for which the contractor's corrective actions appear or were ineffective. To justify an Unsatisfactory rating, identify multiple significant events in each category that the contractor had trouble overcoming and state how it impacted the Government. A singular problem, however, could be of such serious magnitude that it alone constitutes an unsatisfactory rating. An Unsatisfactory rating should be supported by referencing the management tools used to notify the contractor of the contractual deficiencies (e.g., management, quality, safety, or environmental deficiency reports, or letters).

NOTE 1: Plus or minus signs may be used to indicate an improving (+) or worsening (-) trend insufficient to change the evaluation status.

NOTE 2: N/A (not applicable) should be used if the ratings are not going to be applied to a particular area for evaluation.

Table 42-2—Evaluation Ratings Definitions (for the Small Business Subcontracting Evaluation Factor, when 52.219-9 is used).

Rating	Definition	Note
(a) Exceptional	<p>Exceeded all statutory goals or goals as negotiated. Had exceptional success with multiple significant events and state how initiatives to assist, promote, and utilize they were a benefit to small business small business (SB), small disadvantaged utilization. A singular benefit, however, business (SDB), women-owned small could be of such magnitude that it business (WOSB), HUBZone small constitutes an Exceptional rating. Small business, veteran-owned small business businesses should be given meaningful (VOSB) and service disabled veteran and innovative work directly related to owned small business (SDVOSB). the contract, and opportunities should not</p> <p>Complied with FAR 52.219-8, Utilization be limited to indirect work such as of Small Business Concerns. Exceeded cleaning offices, supplies, landscaping, any other small business participation etc. Also, there should have been no requirements incorporated in the significant weaknesses identified.</p> <p>contract/order, including the use of small businesses in mission critical aspects of the program. Went above and beyond the required elements of the subcontracting plan and other small business requirements of the contract/order. Completed and submitted Individual Subcontract Reports and/or Summary Subcontract Reports in an accurate and timely manner. Did not have a history of three or more unjustified reduced or untimely payments to small business subcontractors within a 12-month period.</p>	
(b) Very Good	<p>Met all of the statutory goals or goals as negotiated. Had significant success with significant event and state how it was a initiatives to assist, promote and utilize benefit to small business utilization. SB, SDB, WOSB, HUBZone, VOSB, Small businesses should be given and SDVOSB. Complied with meaningful and innovative opportunities FAR 52.219-8, Utilization of Small to participate as subcontractors for work Business Concerns. Met or exceeded any directly related to the contract, and other small business participation opportunities should not be limited to requirements incorporated in the indirect work such as cleaning offices, contract/order, including the use of small supplies, landscaping, etc. There should businesses in mission critical aspects of be no significant weaknesses identified.</p> <p>the program. Endeavored to go above and</p>	

beyond the required elements of the subcontracting plan. Completed and submitted Individual Subcontract Reports and/or Summary Subcontract Reports in an accurate and timely manner. Did not have a history of three or more unjustified reduced or untimely payments to small business subcontractors within a 12-month period.

- (c) Satisfactory Demonstrated a good faith effort to meet To justify a Satisfactory rating, there all of the negotiated subcontracting goals should have been only minor problems, or in the various socio-economic categories major problems the contractor has for the current period. Complied with addressed or taken corrective action. FAR [52.219-8](#), Utilization of Small There should have been no significant Business Concerns. Met any other small weaknesses identified. A fundamental business participation requirements principle of assigning ratings is that included in the contract/order. Fulfilled contractors will not be assessed a rating the requirements of the subcontracting lower than Satisfactory solely for not plan included in the contract/order. performing beyond the requirements of Completed and submitted Individual the contract/order. Subcontract Reports and/or Summary Subcontract Reports in an accurate and timely manner. Did not have a history of three or more unjustified reduced or untimely payments to small business subcontractors within a 12-month period.
- (d) Marginal Deficient in meeting key subcontracting To justify a Marginal rating, identify a plan elements. Deficient in complying significant event that the contractor had with FAR [52.219-8](#), Utilization of Small trouble overcoming and how it impacted Business Concerns, and any other small small business utilization. A Marginal business participation requirements in the rating should be supported by referencing contract/order. Did not submit Individual the actions taken by the Government that Subcontract Reports and/or Summary notified the contractor of the contractual Subcontract Reports in an accurate or deficiency. timely manner. Failed to satisfy one or more requirements of a corrective action plan currently in place; however, does show an interest in bringing performance to a satisfactory level and has demonstrated a commitment to apply the necessary resources to do so. Required a corrective action plan. Did not have a

history of three or more unjustified reduced or untimely payments to small business subcontractors within a 12-month period.

- (e) Noncompliant with FAR [52.219-8](#) and [52.219-9](#), and any other small identify multiple significant events that business participation requirements in the the contractor had trouble overcoming contract/order. Did not submit Individual and state how it impacted small business Subcontract Reports and/or Summary utilization. A singular problem, however, Subcontract Reports in an accurate or could be of such serious magnitude that it timely manner. Showed little interest in alone constitutes an Unsatisfactory rating. bringing performance to a satisfactory An Unsatisfactory rating should be level or is generally uncooperative. supported by referencing the actions Required a corrective action plan. Had a taken by the Government to notify the history of three or more unjustified contractor of the deficiencies. When an reduced or untimely payments to small Unsatisfactory rating is justified, the business subcontractors within a 12- contracting officer must consider whether the contractor made a good faith effort to comply with the requirements of the subcontracting plan required by FAR [52.219-9](#) and follow the procedures outlined in [52.219-16](#), Liquidated Damages-Subcontracting Plan.

NOTE 1: Plus or minus signs may be used to indicate an improving (+) or worsening (-) trend insufficient to change evaluation status.

NOTE 2: Generally, zero percent is not a goal unless the contracting officer determined when negotiating the subcontracting plan that no subcontracting opportunities exist in a particular socio-economic category. In such cases, the contractor shall be considered to have met the goal for any socio-economic category where the goal negotiated in the plan was zero.

42.1504 Contract clause.

Insert the clause at [52.242-5](#), Payments to Small Business Subcontractors, in all solicitations and contracts containing the clause at [52.219-9](#), Small Business Subcontracting Plan.