

# RATING DI IMPRESA: OPPORTUNITÀ, PROSPETTIVE E RISCHI

MFA FRONTONI AVVOCATI

# RATING TRA REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E CRITERI DI VALUTAZIONE

Avv. Massimo Frontoni

MFA FRONTONI AVVOCATI

Punto 2.5 : “ *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.”*

Le stazioni appaltanti sono **circa 36.000** nonostante i proclami ricorrenti di riduzione

Riduzione del numero delle imprese (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, anno 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%

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 comma 3 dell'art. 38 precisa che la qualificazione ha ad oggetto:  
“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 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;**
  - 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.**



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.

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.

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**.

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)*

Dimenticanza, ritenuta inutile ripetizione o lapsus freudiano ?

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

*“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 omissso informazioni o documenti richiesti dall’Autorità, non abbiano comprovato i requisiti di partecipazione o abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.

*Quousque tandem abutere patientia nostra?*

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 definitivamente 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 nelle valutazioni reputazionali nei confronti degli operatori economici.*

- 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**.

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»**



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 .

E' la stessa ANAC quella che contesta il principio per cui: «la semplice presunzione che le abilità dimostrate in precedenti lavori analoghi garantiscano di per sé una determinata qualità della prestazione offerta» ?

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”

E' la stessa ANAC quella che chiede al mercato:» *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 occorre attribuire un punteggio differenziato a seconda del valore assunto dal rating;...” ?*

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*

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.**

*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... ”*

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'eventuale 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*



Un **quinto contributo** : l'attuale documento di consultazione dovrebbe, anche se pur brevemente, riportare 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.



MASSIMO  
FRONTONI  
AVVOCATI

LE STRADE DEL DIRITTO