

I REQUISITI PRECLUSIVI

Avv. Gianluca Luzi

MFA FRONTONI AVVOCATI

L'art. 83, comma 10, del D.lgvo 50/2016 prima e dopo il correttivo 56/2016

✓ E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalita' e premialita', da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorita' rilascia apposita certificazione.

✓ E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialita', per il quale l'Autorita' rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta.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

Cosa prevede
il codice

Cosa propone
l'ANAC

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.

Il rating di impresa è basato 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.*

.... Punteggio rating =
*0,6*punteggio relativo alla lettera a) + punteggio relativo alla lettera b)*

Il mancato rilascio del certificato di collaudo o di regolare esecuzione costituisce causa ostativa al rilascio del rating di impresa.

3.10 STRALE La decurtazione rispetto al punteggio massimo di 25 punti riguarda ogni singolo episodio di cui al punto 3.9 ed incide nella seguente misura:

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

3.11 Nel caso in cui, a seguito delle decurtazioni, il punteggio massimo di 25 punti risulti ridotto ad un valore pari o inferiore a 10 punti non può essere rilasciato il rating di impresa.

MANCATO UTILIZZO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO

- a) l'esecutore viene premiato perché per la valutazione della sua offerta la stazione appaltante non ha dovuto attivare il soccorso istruttorio;
- b) si penalizzano quelle imprese, decurtando ad esempio punti del rating, che non hanno dato seguito all'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante;
- c) si penalizzano quelle imprese per le quali l'incidenza del soccorso istruttorio è superiore ad una certa soglia.

- ▶ Recentemente il Consiglio di Stato ha ribadito che *“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 selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili.”* (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 10/04/2018, n. 2180)

DISPOSIZIONI SULLA DENUNCIA OBBLIGATORIA DELLE RICHIESTE ESTORSIVE E CORRUTTIVE

- ❖ *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."*

CONTENZIOSO NELLE PROCEDURE DI GARA E NELLA FASE ESECUTIVA DEL CONTRATTO

La legge delega parlava genericamente di «*gestione dei contenziosi*».



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).



La versione definitiva del codice 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 correttivo: oltre alla «*incidenza*» ha aggiunto quale ulteriore criterio di valutazione quello degli «*esiti*» del contenzioso.

GLI ULTERIORI REQUISITI PRECLUSIVI IMMAGINATI DALL'ANAC

Accanto alle fattispecie enucleate dal codice dei contratti pubblici, dovrebbero essere considerate come ostative al rilascio del rating di impresa o penalizzanti nel punteggio finale, fattispecie quali

la risoluzione contrattuale per inadempimento

l'escussione della cauzione per mancata sottoscrizione del contratto e per dichiarazioni mendaci

il mancato rilascio del certificato di collaudo o di regolare esecuzione

l'attivazione della polizza decennale postuma

CONCLUSIONI E...

CONCLUSIONI E...

Dubbi di 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
Necessità di evitare sovrapposizione tra requisiti preclusivi afferenti la esecuzione del contratto e requisiti prestazionali e cause di esclusione ex art. 80
Necessità di un confronto e contraddittorio con l'o.e.
Del resto nella segnalazione n. 2/2017 la stessa ANAC evidenziava la criticità nell'individuare indicatori che:



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

...PROPOSTE

Non sarebbe preferibile il ricorso ad una patente a punti che aumentano in proporzione ai premi ricevuti per il comportamento virtuoso dimostrato dell'impresa?

