

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

CATTEDRA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il *rating* nella disciplina dei contratti pubblici  
tra tutela della legalità e perseguimento dell'efficienza

RELATORE

Prof. Vincenzo Antonelli

CANDIDATO

Gabriele Gavazzi

Matr. 627202

CORRELATORE

Prof. Bernardo Giorgio Mattarella



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Introduzione</b> .....	7
<i>Capitolo primo</i> LA DISCIPLINA DEL <i>RATING</i> NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	
1. <b>Le nozioni di “rating” e di “reputazione”</b> .....	15
2. <b>La “collocazione” del <i>rating</i> nella contrattualistica pubblica</b> .....	17
2.1. Il <i>rating</i> nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50	
2.2. La selezione degli offerenti: i requisiti generali	
2.3. La selezione degli offerenti: i requisiti speciali e l’attestazione SOA	
2.4. L’aggiudicazione: i criteri per valutare le offerte	
3. <b>Il divieto di commistione tra requisiti di ammissione e criteri di aggiudicazione</b> .....	27
<i>Capitolo secondo</i> LE RADICI DEL <i>RATING</i> TRA ANTIMAFIA ED ANTICORRUZIONE	
1. <b>Premessa</b> .....	34
2. <b>La prevenzione amministrativa negli appalti pubblici: la documentazione antimafia</b> .....	36
2.1. La documentazione antimafia come requisito generale di ammissione alle gare	
2.2. L’ambito di applicazione delle verifiche antimafia	
2.3. Comunicazioni, informazioni ed informative “atipiche”	
2.4. La banca dati nazionale unica	
3. <b>Natura, confini e criticità della discrezionalità prefettizia</b> .....	51

3.1. La valutazione discrezionale nell'emissione dell'informazione antimafia	
3.2. I limiti alla discrezionalità prefettizia	
3.3. Il difficile equilibrio tra ordine pubblico ed i principi fondamentali	
<b>4. Gli strumenti negoziali: i protocolli di legalità e i patti di integrità</b> .....	<b>62</b>
4.1. Le origini, la consacrazione giurisprudenziale e l'evoluzione normativa	
4.2. La natura giuridica dei protocolli e la compatibilità con la tassatività delle cause di esclusione	
4.3. I profili di coordinamento con la documentazione antimafia	
<b>5. Gli elenchi delle imprese virtuose: le <i>white list</i></b> .....	<b>77</b>
5.1. La nascita e gli sviluppi	
5.2. L'iscrizione alle nuove <i>white list</i> tra volontarietà formale ed obbligatorietà sostanziale	
5.3. Le attività maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa	
5.4. Il dialogo tra imprese e prefetture: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo	

### *Capitolo terzo*

#### QUANDO ESSERE ONESTI CONVIENE: IL *RATING* DI LEGALITÀ

<b>1. Il fine e la <i>ratio</i></b> .....	<b>90</b>
<b>2. Presupposti e procedimenti</b> .....	<b>94</b>
2.1. Il fondamento legislativo	
2.2. I requisiti	
2.3. La tutela della legalità tra responsabilità sociale d'impresa, codici etici e "modello 231"	
2.4. Gli aspetti procedurali: attribuzione, modifica, sospensione e revoca	

3. <b>Il sistema premiale: le agevolazioni nel reperimento delle risorse finanziarie</b> .....	109
4. <b>L'impiego nella contrattualistica pubblica</b> .....	115
4.1. Il <i>rating</i> di legalità come requisito di partecipazione	
4.2. Il <i>rating</i> di legalità come criterio di aggiudicazione	
4.3. Il <i>rating</i> di legalità e l'avvalimento	

#### *Capitolo quarto*

#### ALLA RICERCA DELL'EFFICIENZA: DAL *RATING* DI LEGALITÀ AL *RATING* DI IMPRESA

1. <b>L'efficienza nel nuovo Codice dei contratti pubblici</b> .....	131
1.1. La valorizzazione della reputazione tra discrezionalità e concorrenza	
1.2. La discrezionalità come presupposto per il perseguimento dell'efficienza	
1.3. L'evoluzione del concetto di concorrenza: da "fine" a "mezzo"	
2. <b>Appalti pubblici e analisi economica del diritto: il problema del <i>moral hazard</i></b> .....	142
3. <b>I precursori del <i>rating</i> di impresa</b> .....	149
3.1. L'incidenza della reputazione prima del <i>rating</i>	
3.2. Il modello Acea	
3.3. Il modello statunitense	
4. <b>Il processo di codificazione del <i>rating</i> di impresa</b> .....	160
4.1. L'approccio europeo ai criteri reputazionali	
4.2. Il recepimento nell'ordinamento italiano	
5. <b>I criteri reputazionali</b> .....	167
5.1. Le caratteristiche degli indici reputazionali	
5.2. Il mancato utilizzo del soccorso istruttorio	
5.3. La denuncia di richieste estorsive e corruttive	
5.4. Il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione	
5.5. L'incidenza e gli esiti del contenzioso	
5.6. I criteri soppressi dal correttivo	

5.7. Il <i>rating</i> di legalità come componente del <i>rating</i> di impresa: ambiguità e prospettive	
<b>6. Il funzionamento del sistema</b> .....	194
6.1. L'algoritmo di calcolo	
6.2. La gestione del sistema	
6.3. Gli effetti del <i>rating</i> di impresa	
<b>Conclusioni</b> .....	206
<b>Bibliografia</b> .....	212

## INTRODUZIONE

La “reputazione” delle imprese è un concetto di grande interesse sia per le discipline economiche che per quelle giuridiche. Sul primo versante, infatti, è inevitabile constatare come qualsiasi tipo di commercio non dipenda unicamente dal bene scambiato ma anche dalla natura e dalle informazioni che si hanno a disposizione su chi lo vende. Accanto alla qualità della prestazione oggetto della transazione, dunque, incidono sulla scelta del consumatore anche le caratteristiche del proprio contraente, che, in effetti, hanno sempre implicazioni più o meno dirette sul bene offerto. Dal punto di vista giuridico, invece, la reputazione assume innanzitutto un rilievo civilistico e penalistico, identificando il «diritto di ogni consociato di tutelare l’idea di lui, e cioè della sua dimensione ed integrità morale, che hanno gli altri consociati, dall’aggressione altrui che può concretizzarsi in una diffamazione»<sup>1</sup>.

Il concetto, poi, acquisisce una rilevanza del tutto particolare nel diritto amministrativo, e, nello specifico, nella disciplina dei contratti pubblici. La pubblica amministrazione, infatti, costituisce un fondamentale attore del mercato: quando opera nelle vesti di acquirente, però, non agisce come un qualunque soggetto privato, ma le sue scelte sono subordinate a molteplici norme ad evidenza pubblica, volte a tutelare una serie di interessi rilevanti che vanno al di là della mera individuazione della decisione migliore da compiere

---

<sup>1</sup> F. Di Ciommo, *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 302.

nell'interesse esclusivo dell'amministrazione. In questo quadro si può affermare che il *rating* rappresenta uno strumento finalizzato ad avvicinare il sistema della contrattualistica pubblica ai meccanismi operanti nel mercato tra privati, facendo acquisire maggiore importanza alla reputazione dell'offerente. Detto altrimenti, per le pubbliche amministrazioni diviene sempre più rilevante capire "con chi si ha a che fare" quando si stringono accordi. In particolare, questa necessità sorge rispetto a due interessi fondamentali per la tenuta e per il corretto funzionamento dell'ordinamento: la tutela della legalità ed il perseguimento dell'efficienza. L'intento della ricerca, dunque, è quello di capire se, in che modo e fino a che punto tali esigenze possano essere soddisfatte dalle novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici rispetto agli istituti del *rating* di legalità e del *rating* di impresa.

Prima di esaminarli dal punto di vista giuridico, conviene metterne in luce il senso da prospettive differenti. Paradossalmente, infatti, l'interesse alla base dello studio di questi istituti è dovuto a considerazioni che vanno al di là delle loro implicazioni giuridiche, ma che attengono piuttosto all'analisi sociologica ed economica del comportamento degli individui. In effetti, è legittimo affermare che, come spesso accade, anche in questo caso il diritto abbia preso atto di osservazioni già formulate in altre discipline, elevando a "regole del gioco" quelle che in assenza del *policy maker* sarebbero rimaste delle mere considerazioni teoriche.

La logica del *rating*, dunque, si può apprezzare soltanto combinando la prospettiva del giurista con quella, più flessibile, dello scienziato sociale. In particolare, è impossibile comprendere il significato del *rating* di legalità senza considerare la posizione che quest'ultima ricopre tra gli interessi perseguiti dagli individui. Occorre indagare, quindi, quali sono i motivi che spingono gli operatori economici a diventare i primi garanti della propria legalità, tenendo comportamenti virtuosi quali, ad esempio, l'adozione di forme di *Corporate Social Responsibility* e di codici etici, la stipula di protocolli di legalità, o l'adesione alle *white list*. Tali scelte, infatti, comportano un elevato dispendio di risorse e non di rado rappresentano un peso nel raggiungimento di opportunità economiche di rilievo. Ciononostante, non possono considerarsi alla stregua di investimenti perché, di per sé, non sono remunerative neppure nel lungo periodo. In altri termini, spendere energie, tempo e risorse nella promozione della legalità non rappresenta una scelta economica felice, perché il mercato non premia le

imprese più corrette ma quelle più efficienti. In questo senso, bisogna interrogarsi sull'efficacia del *rating* di legalità quale mezzo giuridico attraverso cui l'ordinamento premia le imprese virtuose, valorizzandone una serie di meriti che il mercato non riesce a riconoscerli.

Contro questa ricostruzione possono formularsi due obiezioni: per affrontarle è necessario integrare l'analisi giuridica con quella economica e sociale. Il primo argomento, infatti, ha carattere prettamente economico, e critica l'assunto per cui il mercato non premia le imprese più corrette ma solo quelle più efficienti. Secondo tale indirizzo, quindi, le scelte dei consumatori sarebbero orientate non soltanto dal rapporto qualità/prezzo ma anche da considerazioni di tipo etico sul produttore. Di conseguenza, per le imprese la promozione della legalità sarebbe soltanto una via alternativa per giungere al profitto, visto che i consumatori tengono conto di queste caratteristiche al momento di effettuare i propri acquisti. L'ordinamento, dunque, dovrebbe limitarsi ad attribuire il *rating* di legalità, senza ricondurvi premialità, dal momento che queste ultime sarebbero elargite autonomamente dal mercato.

Questa ricostruzione, tuttavia, pare eccessivamente ottimista: è vero che esistono settori in cui i consumatori tendono a fare attenzione ad aspetti extra-economici dei beni che acquistano (ad esempio quelli prodotti "nel rispetto dell'ambiente"), ma si tratta di fenomeni irrilevanti rispetto alla grande distribuzione e al funzionamento generale del mercato. Si pensi, solo per fare un esempio, al grande successo di famose multinazionali che, pur facendo uso di manodopera a basso costo in paesi in via di sviluppo, non subiscono per questo danno alcuno, visto che la stragrande maggioranza dei consumatori (legittimamente) non tiene conto, se non marginalmente, di tali aspetti. In definitiva, se l'ordinamento vuole spostare parte del costo amministrativo della prevenzione della corruzione dalle pubbliche autorità alle imprese, non può limitarsi ad assegnare il *rating* come mera "patente di legalità" da vantare nel mercato, ma deve ricollegarvi benefici concreti.

La seconda obiezione è più profonda della prima. Non critica, infatti, l'interpretazione per cui l'unico modo per accrescere il profitto di un'impresa attraverso la tutela della legalità sia associare quest'ultima ad una serie di premialità, ma respinge l'assunto che ne è alla base, ritenendo il profitto soltanto uno degli obiettivi perseguiti dalle imprese, non l'unico. Ricostruisce, quindi, l'impegno sociale degli operatori economici come un fine e non come un mezzo.

Detto altrimenti, le imprese promuoverebbero la legalità, collaborerebbero con le autorità per la prevenzione della corruzione e ne condividerebbero i costi non in funzione di un maggior profitto, ma perché tali comportamenti costituiscono valori ed interessi autonomi, di per sé perseguibili.

Leggere la società in questi termini, però, significa sostituire l'analisi normativa all'analisi positiva: confondere, cioè, come dovrebbe essere (per qualcuno) la realtà con come è effettivamente. Analogamente a quanto si è detto rispetto ai consumatori, infatti, anche quando si esamina il comportamento delle imprese è più opportuno partire dal presupposto per cui l'unico obiettivo che perseguono è rappresentato dal proprio benessere, e che questo dipende soprattutto, se non esclusivamente, dal proprio profitto. L'approccio al *rating* di legalità, pertanto, non dovrebbe prescindere da una presa d'atto ben precisa, di carattere sociologico più che giuridico: i soggetti economici sono per loro natura egoisti, e perseguono soltanto il profitto, nel modo più efficace ed efficiente possibile. Trascurare questo assunto vorrebbe dire avvantaggiare, in modo implicito, le imprese che non adottano comportamenti extra-economici virtuosi, spingendo quelle coinvolte anche nel sociale ad abbandonare il proprio impegno.

Sulla base di tali considerazioni economiche e sociologiche, dunque, si può cogliere la *ratio* del *rating* di legalità. Rappresenta, infatti, lo strumento attraverso cui l'ordinamento rende conveniente l'adozione di comportamenti virtuosi, premiandoli con vantaggi competitivi: quanto più consistenti saranno tali premialità in termini di profitto, tanto più l'onestà e la legalità potranno emergere come valori ispiratori del mondo degli affari. Se però è relativamente agevole ricondurre al *rating* di legalità una serie di benefici nell'ambito del reperimento delle risorse finanziarie, non lo è altrettanto impiegarlo come criterio premiale nei processi di affidamento dei contratti pubblici. La ricerca, pertanto, si propone innanzitutto di mettere in luce e di spiegare le difficoltà che ostacolano l'applicazione del *rating* di legalità nel settore degli appalti, per poi esaminare le possibili soluzioni e, in particolare, i pregi ed i difetti di quella individuata dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

Con il *rating* di impresa, invece, ci si sposta dal piano della tutela della legalità a quello del perseguimento dell'efficienza. La reputazione considerata, quindi, non verte tanto sull'affidabilità morale del soggetto in questione quanto su quella economica. Il *rating* di impresa, riflettendo la storia di un operatore economico dal punto di vista della sua fedeltà nei confronti degli acquirenti,

esprime la convenienza a stringere affari con lui. La sua introduzione, infatti, vuole risolvere il problema dell'inefficienza del *public procurement* dovuta a comportamenti opportunistici messi in atto dalle imprese contraenti, le quali, una volta ottenuto l'appalto, non hanno nessun incentivo ad eseguirlo nel modo più efficiente ed economico possibile. Spesso, infatti, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti che non possono essere disciplinati nel contratto, gli operatori economici cercano di guadagnare il massimo dalla commessa in questione, anche a costo di lasciare la stazione appaltante insoddisfatta. In assenza di istituti quali il *rating* di impresa, infatti, le pubbliche amministrazioni non possono tenere conto degli esiti delle prestazioni precedenti in sede di scelta di un contraente. In questa prospettiva, dunque, pare quanto mai necessaria l'introduzione di meccanismi reputazionali, capaci di mettere in relazione la fase di esecuzione di un contratto con quella di aggiudicazione di uno successivo.

Per capirne il fondamento teorico conviene fare ricorso agli strumenti tipici dell'analisi economica del diritto. Si tratta di una disciplina che legge gli istituti giuridici da un punto di vista economico, considerandone gli effetti sugli individui e sulle loro scelte per identificare le regole più efficienti. La prospettiva, quindi, è prettamente individualista: il singolo è posto prima della società, perché la società non è nient'altro che la somma degli individui. Lungi dal giustificare le leggi in base ad un "bene comune" imposto da qualche convenzione etica o culturale, l'analisi economica del diritto legittima solamente le norme più efficienti, e cioè quelle più idonee ad accrescere il benessere totale della società, che riflette il benessere individuale dei suoi componenti che, a sua volta, dipende unicamente dalle loro preferenze<sup>2</sup>.

In questo senso il *rating* di impresa non impedisce ai soggetti di tradire, come spesso effettivamente accade, la fiducia delle stazioni appaltanti, ma vi ricollega un prezzo da pagare: ci si chiederà, quindi, quali sono e che entità hanno i costi-opportunità da sostenere per adottare comportamenti opportunistici, e soprattutto se, al netto del *rating*, questi ultimi possano ancora considerarsi tali. Detto

---

<sup>2</sup> Su questi temi cfr. R. Pardolesi in A. Nicita et al., *La Law and economics e la frontiera del diritto pubblico (discussione sul libro di Giulio Napolitano e Michele Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 3, p. 778, secondo cui l'approccio economico alla scienza giuridica svolge l'utile funzione di «mettere in discussione i luoghi comuni, sino a dimostrare, talora, che il re è nudo: cioè, che dietro determinate soluzioni ordinamentali si annidano precise scelte di attori razionali».

altrimenti, si analizzerà l'efficacia del sistema di incentivi delineato dal nuovo Codice, cercando di capire quanto, nonostante la sua implementazione, continuerà ad essere conveniente per le imprese ricorrere all'azzardo morale. In linea con quanto propugnato dall'analisi economica del diritto, tale esame sarà scevro di qualsiasi pregiudizio: ciò significa, in concreto, che se l'impresa continuerà a tenere comportamenti opportunistici anche in presenza dei costi-opportunità che il *rating* vi ricollega, vorrà dire che la scelta più efficiente per il sistema globalmente considerato è rappresentata dal tradimento della fiducia riposta in essa dalla stazione appaltante.

Un esito del genere può sorprendere ma, considerando i molteplici interessi coinvolti, potrebbe rappresentare davvero quello ottimale. L'applicazione di meccanismi reputazionali al diritto dei contratti pubblici, in effetti, incontra notevoli complicazioni, dovute soprattutto al rispetto di principi posti a tutela dei concorrenti: di conseguenza, non è detto che il sistema di premialità ad esso associato sia abbastanza efficace da rendere sconveniente l'azzardo morale. Occorre chiedersi, infatti, fino a che punto la concorrenza potrà essere intaccata da tali meccanismi, e che tipo di discrezionalità questi ultimi presuppongono. In particolare, bisognerà fare i conti con il principio del divieto di commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione, per provare a giustificare l'incidenza di un elemento soggettivo come il *rating* nell'ambito dell'identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Vale la pena, però, tentare di superare queste difficoltà, in modo tale da introdurre in pianta stabile la valorizzazione della reputazione nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici. Un meccanismo reputazionale come il *rating*, infatti, rappresenta un efficace incentivo per far convergere l'interesse delle pubbliche amministrazioni con quello degli operatori economici. Uno degli obiettivi della ricerca, in fondo, è quello di mettere in luce le somiglianze che grazie al *rating* di impresa possono intravedersi, ad esempio, fra il rapporto tra imprese appaltatrici e stazioni appaltanti e quello che si instaura tra un ristorante di un piccolo quartiere residenziale ed i suoi abitanti. Sapendo che gran parte dei propri clienti vive nelle vicinanze della propria attività economica, e che quindi avrà la possibilità di tornarci, il ristoratore cercherà di ripagare al massimo la loro fiducia: così facendo non ottimizzerà il profitto nel breve periodo, poiché, ad esempio, dovrà acquistare prodotti di una qualità superiore; massimizzerà, però, il profitto nel lungo periodo, perché instaurerà una relazione tale con i propri clienti

che questi torneranno ben volentieri nel suo locale. Le interazioni precedenti, dunque, definiscono la reputazione del ristoratore, dalla quale trarrà tanti vantaggi quanto più sarà positiva. In modo simile, con il *rating* di impresa gli operatori economici saranno incentivati a soddisfare al meglio le esigenze delle stazioni appaltanti, poiché questo si tradurrà in maggiori possibilità di essere scelti di nuovo come contraenti.

In assenza del *rating*, invece, le interazioni tra le pubbliche amministrazioni e le imprese assomigliano di più al rapporto che intercorre tra i turisti di un famoso monumento di Roma ed i locali che lo circondano. I proprietari di questi ultimi, consci del fatto che, soddisfatti o meno, i propri clienti molto probabilmente non avranno mai più occasione di tornarvi, cercano di ricavare il massimo dei proventi da quegli scambi, rifilando prodotti di bassa qualità ad alti prezzi. Analogamente, fintanto che le modalità di esecuzione di un contratto pubblico non incideranno sulle procedure di scelta di quelli successivi, il comportamento più efficiente dal punto di vista delle imprese consiste nel tradire la fiducia della pubblica amministrazione. Detto altrimenti, fino a quando le procedure di affidamento di un appalto pubblico saranno indipendenti a quanto successo in precedenza, le imprese non saranno spinte a conquistarsi la riconoscenza delle stazioni appaltanti.

L'elaborato, dunque, si propone di ricostruire il processo di codificazione dei meccanismi reputazionali nell'ordinamento italiano, confrontandolo con le esperienze simili già implementate e mettendone in evidenza le criticità che la loro attuazione necessariamente comporta. Si tratta, tra l'altro, di un processo ancora aperto: l'istituto del *rating* di impresa, infatti, è delineato solo per sommi capi dal Codice dei contratti pubblici, mentre gli aspetti specifici dovranno essere stabiliti dall'ANAC mediante l'adozione di linee guida.

Lo scopo della ricerca, quindi, è anche quello di definire l'assetto normativo nel rispetto del quale sarà dettata la disciplina di dettaglio. A tal fine, si tenterà di ipotizzare gli sviluppi futuri più realistici, azzardando, in alcuni casi, dei suggerimenti. In effetti, facendo leva sulla copiosa giurisprudenza sviluppatasi sul tema del divieto di commistione tra criteri soggettivi ed oggettivi, ed integrando le disposizioni normative con quanto emerso dalla consultazione degli *stakeholder*, si proverà ad individuare la strada che l'Autorità dovrà intraprendere al momento di adottare le linee guida. Queste, ai sensi del nuovo art. 83, comma 10, del Codice, dovranno essere emanate nei tre mesi successivi all'entrata in

vigore del decreto correttivo, e quindi a partire dal 20 maggio 2017. Entro il 20 agosto, dunque, l'ANAC dovrà rispondere alla maggior parte dei quesiti lasciati aperti dal presente elaborato. Nell'attesa di tale intervento, la ricerca proverà a fornire un quadro quanto più dettagliato ed esaustivo possibile delle “carte in tavola”, mettendone in evidenza la portata innovativa e la capacità di efficientare il sistema, ma anche gli aspetti più critici e le principali perplessità.

## CAPITOLO PRIMO

### LA DISCIPLINA DEL *RATING* NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

#### 1. Le nozioni di “*rating*” e di “reputazione”

Nel linguaggio comune si è soliti associare il termine “*rating*” al mondo finanziario. In questo senso, il *rating* può essere definito come un indicatore che ha per oggetto il tasso di rischio connesso ad un’attività economica, in grado di esprimere la probabilità che il debitore adempia alle proprie obbligazioni alle scadenze predeterminate, oppure, qualora il giudizio si riferisca a prodotti finanziari, la misura del rischio associato all’investimento<sup>3</sup>. Può essere anche descritto come la «valutazione della qualità e dell’indice di affidabilità dei titoli emessi da una società, da un’impresa o da uno Stato e, di conseguenza, della sua solidità finanziaria»<sup>4</sup>. Mentre l’uso comune italiano riconduce questo termine esclusivamente alle sue implicazioni economico-finanziarie, quello inglese lo inquadra in una prospettiva più ampia, descrivendolo come «*a classification or ranking of someone or something based on a comparative assessment of their quality, standard, or performance*»<sup>5</sup>, oppure come «*a measurement of how good or popular someone or something is*»<sup>6</sup>. In linea di principio, infatti, qualunque

---

<sup>3</sup> Cfr. F. Drigo, *La responsabilità delle agenzie di rating per il danno all’informato. L’esperienza statunitense*, in *Rassegna di diritto civile*, 2006, 2, pp. 488 e ss.

<sup>4</sup> Dizionario della lingua italiana Treccani. <http://www.treccani.it/vocabolario/rating/>.

<sup>5</sup> English Oxford Living Dictionaries. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/rating>.

<sup>6</sup> Cambridge Dictionary. <http://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/rating>.

tipo di *rating* rappresenta un giudizio sintetico espresso in forme comprensibili e comparabili: a titolo esemplificativo si possono citare le classifiche dei ristoranti e degli alberghi, oppure quelle riguardanti le critiche cinematografiche o le università<sup>7</sup>.

I vari *rating* possono distinguersi sotto molti aspetti, ma due sono quelli principali: la natura del soggetto che lo assegna e l'ampiezza della discrezionalità che ha per farlo. Possono essere attribuiti, infatti, da soggetti qualificati ed orientati solo a questa attività (come le agenzie di *rating* rispetto al mercato finanziario) oppure dagli stessi consumatori finali, ed è il caso, ad esempio, del famoso portale web *TripAdvisor*, che sintetizza i giudizi dei clienti riguardo hotel, ristoranti e attrazioni turistiche. Sui *rating*, inoltre, possono incidere decisioni più o meno discrezionali, potendosi distinguere i *rating* rimessi ad una valutazione pressoché incondizionata da quelli assegnati sulla base di parametri ben definiti. È superfluo sottolineare che sarà inevitabilmente quest'ultima la forma adottata da un *rating* utilizzato a fini giuspubblicistici. Se, infatti, qualsiasi *rating* è in grado di orientare le preferenze dei consumatori e di generare così effetti economici, quelli analizzati nel presente lavoro si caratterizzano per guidare le scelte di un acquirente *sui generis*: la pubblica amministrazione.

I *rating* che figurano nella disciplina dei appalti sono quello di legalità e quello di impresa. Entrambi riportano la reputazione di cui gode il soggetto economico per poterla utilizzare nelle procedure di scelta del contraente privato: si parla, quindi, di “*rating* reputazionali”. È opportuno, perciò, ragionare anche sulla nozione di “reputazione”. È possibile definirla come «la stima e la considerazione in cui si è tenuti da altri»<sup>8</sup>. In via teorica, quindi, la reputazione può riguardare qualunque aspetto degli operatori economici che si candidano a contrarre con la pubblica amministrazione. Gli strumenti effettivamente previsti dalle leggi vigenti, però, si riferiscono a determinati ambiti: la tutela preventiva della legalità e il perseguimento dell'efficienza. Il *rating* di legalità, infatti, vuole far emergere la reputazione delle imprese dal punto di vista della prevenzione e

---

<sup>7</sup> Cfr. A. Sacco Ginevri, *Agenzia di rating e informazioni al pubblico nella legge Draghi, dopo il ricevimento della direttiva “Market abuse” e l’emanazione della legge 262/05*, Tesi di dottorato, Università degli studi di Roma Tre, 2010, pp. 11 e ss.

<sup>8</sup> Dizionario della lingua italiana Treccani. <http://www.treccani.it/vocabolario/reputazione/>.

del contrasto alla corruzione e alla criminalità organizzata<sup>9</sup>. Possederlo significa, in breve, essersi distinti quanto ad onestà e trasparenza. Beneficiare di questo tipo di reputazione, pertanto, equivale ad essere riconosciuti, dalla pubblica amministrazione innanzitutto ma anche dal resto degli *stakeholder*, come operatori economici particolarmente attenti a collaborare con le autorità per evitare qualsiasi tipo di ingerenza o di condizionamento illegale.

Vantare di un'ottima fama sotto questo profilo non significa, automaticamente, goderne di una simile rispetto all'attività economica che si svolge. Detto altrimenti, non sempre una positiva reputazione quanto ad onestà e ad integrità morale è accompagnata da una reputazione relativa alla propria economicità ed efficienza altrettanto buona. In altri termini ancora: non per forza un alto *rating* di legalità implica un elevato *rating* di impresa. Ecco perché occorre tenerli distinti: il *rating* di impresa, infatti, prende in considerazione la reputazione di un soggetto economico relativa alla convenienza a stringere affari con lui. Nella sua definizione e nel suo utilizzo rileva non tanto lo Stato "garante della legalità" quanto lo Stato "contraente". Ragionando ancora sulla differenza tra le due reputazioni, è possibile sostenere che lo Stato nella promozione del *rating* di legalità persegue un interesse generale, a cui tengono astrattamente tutti gli operatori, mentre nella valorizzazione del *rating* di impresa persegue un proprio interesse, quello relativo all'individuazione del soggetto con cui è più conveniente stipulare un contratto.

## 2. La "collocazione" del *rating* nella contrattualistica pubblica

### 2.1. Il *rating* nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

La nozione di *rating* può essere declinata in molti contesti, il più rilevante dei quali è senza dubbio quello dei mercati finanziari. Dovendo però analizzarne

---

<sup>9</sup> Secondo il Piano Nazionale Anticorruzione del 2013, p. 13, il concetto di "corruzione" include sia «l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale» che «le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo».

le caratteristiche nell'ambito dei contratti pubblici, è opportuno chiarire fin dall'inizio quali sono le parti di questa ampia disciplina sulle quali va ad incidere. Anticipando aspetti trattati più a fondo in altri capitoli, occorre specificare che la nozione di *rating* è richiamata dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) in particolare all'art. 83, comma 10, all'art. 95, comma 13, e all'art. 213, comma 7: tali norme disegnano lo schema all'interno del quale inquadrare l'istituto del *rating* nel regime degli appalti<sup>10</sup>.

In particolare, l'art. 83, comma 10, detta la disciplina sul *rating* di impresa. Nella versione originaria, stabiliva che questo si applicasse «ai soli fini della qualificazione delle imprese». La qualificazione equivale alla dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, i primi volti a garantire l'affidabilità morale e i secondi l'affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dell'operatore economico che si candida a contrarre con la pubblica amministrazione. Nel primo anno di vigenza, dunque, il *rating* di impresa incideva sulla selezione degli offerenti. In questo quadro, poi, è intervenuto il correttivo al Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) che ne ha cambiato l'ambito di applicazione, escludendo la fase di qualificazione e sostituendola con quella di aggiudicazione. Nello specifico, il correttivo ha modificato due aspetti: ha eliminato dall'art. 83, comma 10, la disposizione per cui il *rating* di impresa si applica «ai soli fini della qualificazione delle imprese»; in secondo luogo, ha inserito il *rating* di impresa accanto a quello di legalità nell'art. 95, che disciplina la fase dell'aggiudicazione. L'art. 95, comma 13, dispone, infatti, che le amministrazioni aggiudicatrici indicano «i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità e di impresa dell'offerente». Prima dell'avvento del correttivo, invece, l'aggiudicazione era condizionata esclusivamente dal *rating* di legalità, mentre il *rating* di impresa non rilevava in tale fase. Il quadro si completa con l'art. 213 comma 7, per il quale «il *rating* di legalità concorre anche alla determinazione del *rating* di impresa».

In definitiva, è possibile affermare che prima del correttivo il *rating* di impresa incideva sulla fase di qualificazione, mentre il *rating* di legalità condizionava direttamente quella di aggiudicazione (art. 95, comma 13) ed indirettamente quella di qualificazione (attraverso il *rating* di impresa, ai sensi

---

<sup>10</sup> L'istituto del *rating* compare anche nell'art. 84, comma 4, lett. *d*), e nell'art. 93, comma 7.

dell'art. 213, comma 7). Con l'avvento del decreto correttivo, invece, sia il *rating* di impresa che quello di legalità sono volti a favorire le imprese che li possiedono nella fase dell'aggiudicazione, comportando entrambi una serie di premialità in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale fase, tuttavia, non può essere considerata l'unica ad essere interessata all'applicazione dei *rating*, poiché, volgendo lo sguardo agli elementi che li costituiscono, ci si accorge che molti di questi assomigliano o addirittura coincidono con i criteri utilizzati in sede di qualificazione.

Il quadro normativo è dunque complesso: in effetti, districarsi tra i requisiti per l'ammissione alle gare, per l'ottenimento o l'incremento dei *rating*, e le premialità riconosciute a ciascuno di essi non è semplice. Ecco perché prima di entrare nel merito dell'analisi di questi istituti è opportuno delineare il quadro in cui si inseriscono, per rendere più agevole il confronto e per far emergere quanto e come influiscono sullo svolgimento delle gare d'appalto.

## *2.2. La selezione degli offerenti: i requisiti generali*

La selezione delle offerte (artt. 77-93 del d.lgs. 50/2016) corrisponde all'ammissione dei soggetti economici alle gare pubbliche, e precede quindi il momento dell'aggiudicazione. I requisiti richiesti possono dividersi in due tipologie: quelli ordinari e quelli speciali. I primi emergono da una lettura in negativo dell'art. 80, che definisce i motivi di esclusione elencando una serie di condizioni che inibiscono la partecipazione alla gara. I requisiti così ricavati garantiscono la moralità professionale degli operatori, e devono essere posseduti per qualsiasi procedura di gara, per tutta la sua durata ed indipendentemente dalle sue caratteristiche<sup>11</sup>.

Ai fini di questa ricerca è opportuno soffermarsi su due profili: la discrezionalità della stazione appaltante nel rilevarli e lo scopo che perseguono. Per quanto riguarda il primo aspetto, in alcune circostanze l'esclusione dalle gare è rimessa ad un apprezzamento della stazione appaltante. È il caso dell'art. 80, comma 5, lett. c), che permette l'esclusione di un operatore economico che si sia reso colpevole di «gravi illeciti professionali, tali da renderne dubbia la sua

---

<sup>11</sup> Cfr. G. Marongiu, *Le procedure di affidamento*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), Roma, Nel diritto, 2016, pp. 529 e ss.

integrità o affidabilità». Per limitare questa discrezionalità l'art. 80, comma 13, demanda all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) la definizione delle modalità attraverso cui le stazioni appaltanti esercitano questo potere<sup>12</sup>.

Quanto al secondo punto, la disciplina in parola, pur essendo ispirata dall'esigenza di dissuadere i soggetti economici dal porre in essere comportamenti scorretti, non ha un fine sanzionatorio. Non tutte le cause di esclusione, infatti, si possono ricondurre a comportamenti necessariamente caratterizzati da dolo o colpa dell'imprenditore. L'esclusione dall'appalto che comunque ne consegue acquisisce, quindi, una forma di autotutela preventiva per l'ente aggiudicatore<sup>13</sup>. La norma vuole evitare che quest'ultimo entri in contatto con soggetti incapaci di fornire il necessario affidamento riguardo la buona conduzione delle opere, garantendo l'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che deve caratterizzare l'organizzazione della pubblica amministrazione. In questo senso, infatti, il vincolo fiduciario tra i contraenti è posto a tutela del buon andamento dell'attività amministrativa. L'art. 80, quindi, è chiamato a contemperare la libera partecipazione degli operatori economici alle gare da un lato, e la garanzia di detto vincolo dall'altro<sup>14</sup>.

### *2.3. La selezione degli offerenti: i requisiti speciali e l'attestazione SOA*

A differenza dei requisiti generali, i requisiti speciali sono volti a garantire l'affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dell'operatore economico. Secondo l'art. 83, comma 1, infatti, riguardano l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali: con la prima tipologia ci si riferisce all'iscrizione alla camera di commercio o nei competenti albi professionali degli operatori economici; con la seconda e con la terza, ma solo rispetto agli appalti di servizi e forniture, si richiamano aspetti quali il fatturato e i conti annuali e/o il livello di copertura

---

<sup>12</sup> L'ANAC ha individuato i mezzi di prova adeguati e le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possono considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione con le Linee guida approvate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, precedute da una consultazione pubblica.

<sup>13</sup> Cfr. S. Luce, *I requisiti degli operatori economici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, R. De Nictolis (a cura di), Milano, 2007, pp. 465 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. Marongiu, *op. cit.*, pp. 529 e ss.

assicurativa contro i rischi professionali da un lato, e le risorse umane e tecniche e le esperienze necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità dall'altro<sup>15</sup>.

La natura di questi requisiti ne determina un regime differente rispetto a quelli di moralità: non sono fissi ma cambiano di gara in gara a discrezione della pubblica amministrazione che la indice. L'art. 83, comma 8, infatti, stabilisce che «le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la 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». La discrezionalità delle stazioni appaltanti, tuttavia, è circoscritta da due norme del medesimo articolo. Innanzitutto, ai sensi del comma 2, i requisiti devono essere «attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto». In questo modo la capacità delle stazioni appaltanti di individuare le condizioni di partecipazione alla gara, che in astratto può costituire un elemento fortemente limitativo della concorrenza, viene circoscritta per tutelare «l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti». L'altro limite è quello della tassatività delle clausole di esclusione, fissato dal comma 8, in cui viene specificato che i bandi e le lettere d'invito redatti dalle stazioni appaltanti «non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti», aggiungendo infine che «dette prescrizioni sono comunque nulle».

Anche il principio di tassatività delle clausole di esclusione è ispirato, come quello di proporzionalità, dalla necessità di garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche. Si può così sostenere che il primo rappresenta una specificazione del secondo nella misura in cui impone alle pubbliche amministrazioni il perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio possibile per gli interessi privati. Nello stesso senso rileva l'altra implicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione: l'agevolazione di interpretazioni dei documenti di gara che consentano di prescindere da

---

<sup>15</sup> Cfr. C. Guccione, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 495-499.

formalismi inutili per garantire alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di individuare l'offerta migliore<sup>16</sup>. Al raggiungimento di questo obiettivo, tra l'altro, è preposto anche l'istituto del soccorso istruttorio, disciplinato dall'art. 83, comma 9: si tratta di uno strumento che permette agli operatori economici la regolarizzazione delle domande viziate per evitare che siano esclusi dalla gara<sup>17</sup>.

Con specifico riferimento agli appalti di lavori, occorre evidenziare il peculiare meccanismo di accertamento dei requisiti di partecipazione: l'attestazione rilasciata dalle Società organismi di attestazione (SOA). Il sistema, disciplinato dall'art. 84 del d.lgs. 50/2016, è volto a rilevare la sussistenza delle condizioni di partecipazione anteriormente alla gara, con il duplice scopo di specializzare il controllo dei requisiti e di alleggerire le stazioni appaltanti dal relativo onere, semplificando il procedimento. Per i lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, infatti, la verifica dei requisiti è scorporata dalle procedure di gara ed è affidata a soggetti autorizzati dall'ANAC, le SOA, aventi una forma giuridica di diritto privato ma una funzione tipicamente pubblicistica<sup>18</sup>. Ai sensi dell'art. 84, comma 4, infatti, le SOA attestano il possesso sia dei requisiti generali disposti dall'art. 80 che dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale indicati dall'art. 83.

In astratto, quindi, alla stazione appaltante non rimarrebbe che verificare la sussistenza del necessario certificato di attestazione, in relazione alla tipologia e al valore delle opere pubbliche da realizzare. In concreto, però, l'attestazione SOA assolve a questa funzione soltanto in riferimento ai requisiti speciali, mentre per il controllo di quelli generali continuano a svolgere un ruolo significativo le stazioni appaltanti.

Lo scarto tra la previsione teorica di questo istituto e le sue implicazioni pratiche si giustifica sulla base di due considerazioni. In primo luogo, consolidata giurisprudenza ha messo in luce che il possesso dei requisiti generali è molto più precario rispetto a quello dei requisiti speciali, essendo soggetto ad eventi imprevedibili all'atto del rilascio della certificazione SOA. In altri termini,

---

<sup>16</sup> Cfr. A. Bozzetto, *La selezione degli offerenti*, in *I nuovi appalti pubblici: commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 347 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. *infra*, quinto paragrafo del quarto capitolo.

<sup>18</sup> Cfr. G. Bergonzini, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, R. Villata (a cura di), Padova, Cedam, 2014, pp. 341 e ss.

mentre i requisiti speciali sono tendenzialmente stabili, e pertanto è sufficiente attestarli precedentemente per considerarli presenti al momento della gara, quelli generali possono venire a mancare da un momento all'altro, quindi non basta rilevarli in sede di attestazione SOA, ma occorre confermarli al momento della gara<sup>19</sup>. Ne consegue la compresenza, per gli appalti di lavori, di due verifiche dei requisiti generali: una "statica" effettuata dalle SOA ed una "dinamica" svolta dalla pubblica amministrazione che indice la gara<sup>20</sup>. In secondo luogo, il controllo delle stazioni appaltanti è indispensabile nel rilevare la sussistenza di quei requisiti generali che presuppongono una valutazione discrezionale. L'art. 80 comma 5, si è visto, consente l'esclusione delle imprese che si siano macchiate di "gravi" illeciti professionali, rimettendone l'apprezzamento alle stazioni appaltanti. In questo modo, ne rende necessario l'intervento al di là dell'attestazione SOA.

Alla luce di queste considerazioni, si può concludere che l'ambito oggettivo del sistema di qualificazione SOA attiene soprattutto ai requisiti speciali. Rispetto ad essi, infatti, l'attestazione SOA è necessaria e sufficiente per ritenere qualificato il soggetto economico, essendo preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere documentazioni diverse o requisiti ulteriori<sup>21</sup>. L'unica eccezione è prevista dall'art. 84, comma 7, per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, nei quali è possibile richiedere requisiti aggiuntivi finalizzati alla verifica della capacità economico-finanziaria ed alla verifica della capacità professionale per gli appalti in cui viene richiesta la classifica illimitata. L'ambito oggettivo della qualificazione SOA, però, non si esaurisce nella verifica dei requisiti di ammissione, ma si estende, ai sensi dell'art. 84, comma 4, anche al possesso delle certificazioni di qualità e del *rating* di impresa. Le prime, rilasciate da un ente autonomo, garantiscono che l'esecuzione dell'appalto sia conforme a parametri qualitativi ed ambientali predefiniti<sup>22</sup>. Si tratta di documenti indispensabili negli appalti di lavoro, mentre

---

<sup>19</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524.

<sup>20</sup> Cfr. S. Luce, *op. cit.*, pp. 465 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 4 settembre 2012, n. 2219, che richiama la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 86.

<sup>22</sup> Cfr. A. Bozzetto, *op. cit.*, pp. 375 e ss., in cui si specifica che la certificazione di qualità attesta la sussistenza di un modello di gestione della qualità documentato ed effettivamente applicato, e che può riferirsi sia all'organizzazione aziendale nella sua totalità che esclusivamente ad una parte dei prodotti o servizi commercializzati.

per servizi e forniture la loro richiesta è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Per quanto riguarda invece il *rating* di impresa, attribuito dall'ANAC, sorge un dubbio interpretativo: essendo per sua costituzione un indice numerico, non è chiaro se le SOA debbano riportare il punteggio posseduto dall'impresa sull'attestato oppure certificare semplicemente il possesso del *rating*. Anche se attraverso l'interpretazione letterale del comma in questione la seconda conclusione sembra più attinente<sup>23</sup>, la criticità persiste. Nella prima versione del nuovo Codice il *rating* di impresa, a differenza del *rating* di legalità, era obbligatorio, anche perché non comportava soltanto premialità ma anche penalità. Il sistema ideato inizialmente dal legislatore, dunque, presupponeva che tutte le imprese fossero dotate di un proprio *rating* di impresa. Di conseguenza, sarebbe stato superfluo demandare alle SOA l'attestazione del possesso di una certificazione, il *rating* di impresa, che, in teoria, l'ANAC avrebbe dovuto rilasciare a tutte le imprese. Interpretando sistematicamente l'art. 84, comma 4, con il vecchio art. 83, comma 10, quindi, si giungeva alla soluzione per cui le SOA attestavano non solo il possesso del *rating* di impresa ma anche il relativo punteggio.

Il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, tuttavia, ha cambiato la natura dell'istituto in questione, rendendolo facoltativo ed associandovi esclusivamente premialità. A seguito di tale modifica ha riacquisito validità l'interpretazione per cui alle SOA spetti soltanto il compito di attestare il possesso del *rating*, non essendo più scontato che tutte le imprese ne siano dotate. Ciononostante, dato che nelle gare il *rating* incide in funzione del punteggio ottenuto, continua ad essere maggiormente coerente la ricostruzione per cui le SOA, quando certificano il possesso del *rating*, debbano attestarne anche il relativo punteggio.

#### 2.4. *L'aggiudicazione: i criteri per valutare le offerte*

Mentre inizialmente il *rating* di impresa incideva nella fase di qualificazione, il *rating* di legalità ha sempre condizionato quella dell'aggiudicazione. Quest'ultima è disciplinata, per i settori ordinari, dagli artt. 94-99 del Codice

---

<sup>23</sup> *Ivi*, pp. 357 e ss.

degli appalti. L'art. 94 conferma la distinzione tra le due fasi, precisando che possono accedere all'aggiudicazione soltanto le offerte conformi a quanto stabilito dal bando, presentate da soggetti aventi i requisiti necessari.

Per comprendere come il *rating* di legalità assuma importanza nel quadro della selezione delle offerte occorre innanzitutto delineare i criteri da cui è determinata. Tradizionalmente se ne riconoscono due: quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo. Mentre in passato erano posti sullo stesso piano, il nuovo Codice dei contratti pubblici indica quale unico criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relegando il criterio del prezzo più basso ad un ruolo marginale<sup>24</sup>. Tale novella si inserisce nel quadro della tendenza dell'Unione Europea ad incentrare l'attenzione degli Stati membri soprattutto sull'aspetto qualitativo. L'identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dunque, avviene in relazione al miglior rapporto qualità/prezzo, individuato, a sua volta, sulla base di criteri oggettivi connessi all'appalto.

La nozione di qualità impiegata dall'art. 95 è molto ampia, dovendo assolvere ad una duplice funzione: assicurare la scelta di offerte efficienti da un lato, e contribuire a perseguire gli altri interessi considerati rilevanti dal legislatore dall'altro. Il Codice, in effetti, disegna una stazione appaltante che non si comporta nello stesso modo in cui un soggetto privato procede nella scelta del proprio contraente: quest'ultimo, infatti, è mosso esclusivamente dall'obiettivo della massimizzazione del proprio profitto, ed è alla ricerca, quindi, dell'offerta caratterizzata solamente da maggiore efficacia, efficienza ed economicità; la stazione appaltante, al contrario, deve contemperare questa tipologia di scopi con il perseguimento di altri fini ritenuti meritevoli dall'ordinamento. Si tratta, in breve, di quegli aspetti "ambientali o sociali" che, ai sensi dell'art. 95, comma 6, devono condizionare la scelta della pubblica amministrazione al pari degli elementi più strettamente qualitativi come il pregio tecnico o le caratteristiche estetiche e funzionali. In altre parole, il legislatore reputa i criteri di aggiudicazione non soltanto come mezzi finalizzati ad identificare le offerte più convenienti, ma anche come strumenti per favorire la crescita di «un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione».

---

<sup>24</sup> L'ambito di applicazione del criterio del minor prezzo è individuato dai commi 3 e 4 dell'art. 95: il primo ne esclude l'utilizzo per alcune tipologie di contratti; il secondo individua le caratteristiche di lavori, servizi e forniture in cui può essere applicato.

Questo orientamento, prima di essere riconosciuto dall'Unione europea a livello normativo<sup>25</sup>, è stato legittimato dalla giurisprudenza comunitaria. In questo senso, la pronuncia capostipite è rappresentata dalla sentenza *Beentjes* del 1988, in cui la Corte di Giustizia si è espressa sull'ammissibilità di criteri non strettamente economici quali elementi di valutazione delle offerte. In quel caso, una stazione appaltante belga aveva svantaggiato un'impresa che non era in grado di impiegare disoccupati stabili. La Corte, dopo aver specificato che una condizione del genere «non ha alcun rapporto né con l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto»<sup>26</sup>, ne ha legittimato l'utilizzo. Ha anche specificato, però, che tali criteri non devono produrre effetti discriminatori nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati dell'Unione, e che devono essere adeguatamente pubblicizzati nel bando di gara. Ad ogni modo, tale sentenza ha rappresentato il *leading case* per la valorizzazione di obiettivi ulteriori nell'ambito della normativa in materia di contratti pubblici, fino ad allora incentrata esclusivamente su criteri strettamente economici di aggiudicazione<sup>27</sup>.

Tra gli obiettivi di questo tipo rientrano a pieno titolo quelli individuati dall'art. 95, comma 13, secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità e di impresa dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione». Le stazioni appaltanti, dunque, premiano in sede di aggiudicazione le offerte provenienti da operatori economici con delle determinate particolarità. In questo quadro il *rating* di impresa rileva in quanto strumento atto a garantire l'efficienza, mentre le altre caratteristiche premiate sono connesse a scopi di tipo non prettamente economico. L'ordinamento, infatti, si avvale dei criteri di aggiudicazione per perseguire obiettivi come la crescita delle microimprese o la diffusione del paradigma della legalità che vanno aldilà degli interessi delle singole stazioni

---

<sup>25</sup> Si veda, in particolare, il considerando n. 99 della direttiva 24/2014/UE.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, in causa 31/87, *Beentjes*.

<sup>27</sup> Cfr. V. Ferrari, *Note sul diritto comunitario degli appalti pubblici: questioni sociali, tutela dell'ambiente ed aggiudicazione sostenibile*, 2002, <http://www.osservatorioappalti.unitn>.

appaltanti. È in questa prospettiva, dunque, che si colloca il *rating* di legalità nella disciplina dei contratti pubblici: essendo un documento rilasciato alle imprese impegnate nel campo della prevenzione della corruzione, ed essendo impiegato dal Codice degli appalti come criterio premiale in sede di aggiudicazione, rappresenta lo strumento attraverso cui la stipula del contratto pubblico diventa un'occasione di promozione della legalità.

### **3. Il divieto di commistione tra requisiti di ammissione e criteri di aggiudicazione**

Nel paragrafo precedente sono stati esaminati, separatamente, il momento della qualificazione e quello dell'aggiudicazione. Per completare l'analisi della disciplina degli appalti pubblici sulla quale incidono i *rating* conviene adesso porre in relazione le due fasi. Nei capitoli che seguono, infatti, emergerà come qualunque utilizzo del *rating* ai fini della contrattualistica pubblica dipenda dal rapporto che si instaura tra i requisiti di ammissione, rilevanti nella fase della selezione degli offerenti, e i criteri di valutazione, decisivi in quella dell'aggiudicazione. Tale rapporto, tradizionalmente, è caratterizzato dal cosiddetto divieto di commistione tra elementi soggettivi ed elementi oggettivi: i primi riguardano esclusivamente la selezione degli offerenti mentre i secondi condizionano soltanto la valutazione delle offerte. Secondo questo principio, dunque, occorre tenere ben separate la fase di ammissione da quella di aggiudicazione, e soprattutto gli elementi che determinano la prima da quelli che incidono sulla seconda. In altri termini, la fase dell'ammissione deve riferirsi agli offerenti, e quindi ai requisiti soggettivi, mentre l'aggiudicazione deve concentrarsi sulle offerte: non è permesso, pertanto, privilegiare un'offerta rispetto ad un'altra non per una sua caratteristica intrinseca, ma in base ad un attributo di chi la presenta.

L'origine di tale principio deve rintracciarsi nella già citata sentenza *Beentjes*, relativa ad un appalto di lavori. In quel caso la Corte di Giustizia, nello stabilire che il requisito dell'esperienza specifica per il lavoro da eseguire apparteneva alla fase di qualificazione, ne ha vietato l'impiego in quella di aggiudicazione. Dopo aver sottolineato infatti che «l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori ad eseguire i lavori da dare in appalto e l'aggiudicazione del

contratto sono due operazioni diverse nell'ambito del procedimento per la conclusione di un contratto pubblico»<sup>28</sup>, la Corte ha riconosciuto alla stazione appaltante la possibilità di considerare l'esperienza specifica degli offerenti, ma la ha circoscritta alla fase di ammissione. Risultano particolarmente significative, in questo senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon, dalle quali emerge come i criteri di aggiudicazione debbano riguardare «il “prodotto” e non il “produttore”, le qualità del “lavoro” e non quelle dell'imprenditore»<sup>29</sup>. Il principio, poi, è stato esteso dalla giurisprudenza comunitaria anche rispetto alle altre tipologie di appalti pubblici. Nella sentenza del 19 giugno 2003, causa C-315/01, la Corte ha vietato che, nella fase di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, «l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso»<sup>30</sup>. Analogamente, nella decisione del 24 gennaio 2008, causa C-532/06, i giudici comunitari hanno censurato i criteri di aggiudicazione applicati dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di un appalto pubblico di servizi in quanto attinenti essenzialmente all'esperienza e alle qualifiche, e quindi all'idoneità degli offerenti piuttosto che alle caratteristiche delle offerte<sup>31</sup>.

L'orientamento comunitario è stato recepito a livello nazionale sia dal punto di vista normativo che giurisprudenziale. Dalla prima prospettiva rileva la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 1 marzo 2007, in cui si esortano le stazioni appaltanti a rispettare il divieto di commistione tra criteri di idoneità e criteri di aggiudicazione. Coerentemente alla giurisprudenza comunitaria, si stabilisce infatti che gli elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale possono essere utilizzati soltanto ai fini della selezione dei concorrenti, e che invece l'offerta deve essere valutata in base a criteri connessi direttamente all'oggetto dell'appalto<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, in causa 31/87, *Beentjes*.

<sup>29</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Marco Darmon relative alla causa 31/87, *Beentjes*.

<sup>30</sup> Corte di Giustizia CE, 19 giugno 2003, C-315/01.

<sup>31</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, 24 gennaio 2008, C-532/06.

<sup>32</sup> Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento politiche comunitarie – Circolare 1° marzo 2007, *Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi* (G.U. 15 maggio 2007, n. 111).

Questo indirizzo è stato seguito anche dal giudice amministrativo. In questo senso, occorre segnalare in particolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 4971, del 14 ottobre 2008, la quale, nel confermare il divieto di commistione, lo ha giustificato alla luce dell'«esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di *par condicio* che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo»<sup>33</sup>.

La stessa giurisprudenza amministrativa italiana, però, ha ammesso alcune deroghe al principio in questione, mitigandone la rigidità. Si è consolidato, infatti, un orientamento che permette, entro certi limiti, la previsione nel bando di criteri di valutazione dell'offerta di tipo soggettivo, tanto da spingere il Consiglio di Stato a considerare in parte superata l'interpretazione contenuta nella circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri sopra richiamata<sup>34</sup>. In questo senso, una decisione fondamentale è rappresentata dalla sentenza n. 5808 del 25 novembre 2008, in cui il Consiglio di Stato, ammettendo che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il pregresso e positivo svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di gara, ha attenuato il divieto di commistione rispetto agli appalti di servizi. In effetti, senza ripudiare *in toto* la separazione tra criteri soggettivi e criteri oggettivi, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che tale principio deve essere affievolito nelle procedure relative ad appalti di servizi in cui «l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un *facere* che può essere valutata unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa»<sup>35</sup>.

Stando a questa pronuncia, pertanto, le eccezioni al divieto di commistione si giustificano sulla base della natura degli appalti di servizi, e quindi sono ammesse solo per questi ultimi. Parallelamente a questo orientamento, però, se ne è sviluppato un altro che, partendo da un presupposto diverso, ha consentito la deroga alla separazione tra elementi soggettivi ed oggettivi anche rispetto ad alcuni appalti di lavori e di forniture. Secondo questo indirizzo, infatti, il fondamento su cui temperare il divieto di commistione non risiede tanto nella

---

<sup>33</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971.

<sup>34</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002.

<sup>35</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808.

peculiarità degli appalti di servizi, quanto nella specificità di determinati contratti pubblici: una circoscritta commistione dei requisiti, infatti, può essere ammessa rispetto ad appalti caratterizzati da un oggetto peculiare, non standard né routinario<sup>36</sup>. In particolare, tale possibilità è riconosciuta a condizione che gli elementi soggettivi valutati in sede di aggiudicazione non abbiano un peso preponderante in termini di punteggio, e solamente nei casi in cui siano utili ad “illuminare” la qualità dell’offerta<sup>37</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di rileggere la portata del divieto di commistione alla luce del principio di proporzionalità. In alcuni appalti, infatti, anche fattori come la pregressa esperienza del soggetto economico che partecipa alla gara possono contribuire alla valutazione della sua offerta. La previsione di un criterio soggettivo tra quelli di aggiudicazione, pertanto, non può essere esclusa a priori ricorrendo a principi assoluti, come quello del divieto di commistione, che prescindono da qualsiasi apprezzamento concreto del caso, ma deve dipendere dalla verifica dell’«eventuale correlazione tra l’elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell’offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda»<sup>38</sup>. Ciò in quanto il requisito soggettivo non si valuta come parametro relativo all’affidabilità soggettiva dell’impresa, ma come elemento attinente alle caratteristiche oggettive dell’offerta e, in ultima analisi, alla qualità della stessa<sup>39</sup>.

Un’apertura in questa direzione è avvenuta anche a livello europeo. Il “Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici” del 2011, infatti, ha preso in considerazione la possibilità di includere criteri legati all’offerente, come l’esperienza e la qualificazione, nella fase di aggiudicazione. Allo stesso tempo, però, ne ha sottolineato la portata potenzialmente distorsiva della concorrenza, in quanto tale previsione potrebbe minare la comparabilità dei fattori da considerare e così violare il principio della parità di trattamento. Ha specificato, pertanto, che le proposte in tal senso

---

<sup>36</sup> Cfr. F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2015, pp. 634 e ss.

<sup>37</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626.

<sup>38</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191.

<sup>39</sup> Cfr. A. Annibali, *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell’offerta*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, pp. 205-207.

potrebbero applicarsi «solo in circostanze limitate, ad esempio per tipi specifici di appalti, in cui le qualificazioni e i CV del personale disponibile siano di particolare rilevanza»<sup>40</sup>.

Questo indirizzo è stato recepito innanzitutto dalla direttiva 2014/24/UE e poi dal Codice dei contratti pubblici. La prima, al considerando 94, specifica infatti che «qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell'esecuzione dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di usare come criterio di aggiudicazione l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto in questione, in quanto ciò può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta». Per evitare, inoltre, che le imprese vincano la gara per merito della qualità di un personale che poi però effettivamente non impiegano in quel determinato appalto, la direttiva aggiunge che «tale personale possa essere sostituito solo con il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice che si accerta che il personale sostitutivo sia di livello qualitativo equivalente».

L'art. 95 del d.lgs. 50/2016 riprende testualmente questa previsione includendo tra i criteri oggettivi sulla base dei quali individuare l'offerta economica più vantaggiosa «l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto». Questa, tra l'altro, non è l'unica deroga al principio di separazione tra requisiti soggettivi ed elementi oggettivi operata dal Codice: l'art. 95, comma 13, agevola infatti le offerte presentate da microimprese, piccole o medie imprese, giovani professionisti, imprese di nuova costituzione o soggetti economici in possesso del *rating* di legalità o di impresa. Tale previsione sembra derogare non solo al tradizionale divieto di commistione, ma anche all'orientamento giurisprudenziale che se ne era discostato per poter considerare quegli elementi soggettivi idonei ad "illuminare" la bontà della proposta: il comma introduce infatti criteri come la giovinezza dell'impresa o il suo impegno contro la corruzione che non valorizzano, se non indirettamente, la qualità dell'offerta.

---

<sup>40</sup> Libro Verde della Commissione europea, *La modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 2011, p. 19.

In base a queste previsioni, dunque, l'ANAC è arrivata a sostenere che «viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica»<sup>41</sup>. Ciononostante, l'Autorità sembra non prendere atto della differenza, rispetto a tale separazione, tra il comma 6 e il comma 13 dell'art. 95: in effetti, affermando che «nella valutazione delle offerte possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualora consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli»», e che «in ogni caso, devono riguardare aspetti, quali quelli indicati dal Codice, che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione»<sup>42</sup>, l'ANAC pare fare riferimento esclusivamente a quanto prescritto dal comma 6, trascurando la straordinarietà del comma 13. Quest'ultimo, infatti, non sarebbe giustificato nemmeno alla luce della spiegazione fornita dalle Linee guida<sup>43</sup> dato che, come si è visto, ammette criteri di valutazione che non incidono direttamente sulla qualità della prestazione. Ecco perché in dottrina, mentre è stata riconosciuta la possibilità di “oggettivizzare” gli elementi menzionati dal comma 6 per interpretarli alla stregua di caratteristiche proprie dell'offerta, è stata evidenziata la natura del tutto eccezionale di quelli indicati dal comma 13<sup>44</sup>.

Sul tema si è espresso anche il Consiglio di Stato con il parere reso il 2 agosto 2016 sulle linee guida ANAC: pur condividendo la riflessione sul superamento della rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione, ha sottolineato la criticità dell'ipotesi in cui i criteri soggettivi valutati in sede di aggiudicazione siano già considerati quali titoli di partecipazione. In quel caso, infatti, il problema non verterebbe solo sulla commistione ma anche sulla duplicazione di detti criteri. Pertanto, per evitare il rischio di apprezzare lo stesso elemento sia come titolo di accesso alla gara che come parametro di aggiudicazione, il Consiglio di Stato ha stabilito che «la valutazione dell'offerta

---

<sup>41</sup> ANAC, Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Offerta economicamente più vantaggiosa*, 28 aprile 2016, p. 6.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Sulla natura delle Linee guida quali fonti del diritto cfr. *infra*, quarto paragrafo del quarto capitolo.

<sup>44</sup> Cfr. L. Seccia, *La selezione degli offerenti*, in *I nuovi appalti pubblici: commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 420 e ss.

(relativamente a quegli aspetti) può legittimamente appuntarsi solo sulla parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara»<sup>45</sup>. Le Linee Guida n. 2 emanate dall'ANAC il 21 settembre 2016, nel recepire questo indirizzo, hanno aggiunto che ciò non deve tradursi in un *escamotage* per introdurre criteri dimensionali<sup>46</sup>.

In definitiva, il nuovo Codice dei contratti pubblici indebolisce, se non rimuove, il muro invalicabile eretto dalla giurisprudenza per separare i requisiti di ammissione dai criteri di aggiudicazione. Questa considerazione risulta di particolare importanza se posta in relazione con gli strumenti del *rating* di legalità e del *rating* di impresa, ossia elementi che connotano le imprese che li detengono e non le loro singole offerte. Di conseguenza, non possono riconoscersi premialità in sede di aggiudicazione ad essi associate se non accettando che elementi attinenti agli operatori economici incidano nella fase in cui ad essere valutate dovrebbero essere esclusivamente le offerte da questi presentati.

---

<sup>45</sup> Consiglio di Stato, Parere del 2 agosto 2016, n. 1767.

<sup>46</sup> Cfr. ANAC, Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *Offerta economicamente più vantaggiosa*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016, pp. 6 e ss.

## CAPITOLO SECONDO

### LE RADICI DEL *RATING* TRA ANTIMAFIA ED ANTICORRUZIONE

#### 1. Premessa

Nella contrattualistica pubblica gli operatori economici in possesso di un elevato punteggio di *rating*, che sia quello di legalità o quello di impresa, sono avvantaggiati nella fase di qualificazione o in quella di aggiudicazione. Qualunque tipo di *rating*, infatti, funziona secondo una logica ben precisa: stilando una classifica, e legando alle sue posizioni una serie di premialità, stimola i soggetti che ne fanno parte a scalarla. Per riuscirci, questi ultimi devono competere tra loro sulla base di criteri fissati dal sistema, riconducibili a comportamenti considerati virtuosi. Il *rating*, quindi, è uno strumento tipicamente incentivante, che lega premi a comportamenti.

L'idea di mettere in concorrenza le imprese virtuose non nasce nella disciplina dei contratti pubblici, ma vi viene inclusa in un secondo momento per spingere gli operatori economici a collaborare con le pubbliche autorità nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata, assicurandogli, per questo, un vantaggio competitivo nelle gare. Le radici del concetto di *rating* in questo settore, pertanto, sono da rintracciarsi nella volontà del legislatore di coinvolgere le imprese private nella tutela della legalità. In particolare, l'utilizzo del *rating* di legalità nella contrattualistica pubblica rappresenta il punto di arrivo di un processo di progressiva "privatizzazione" del contrasto del fenomeno mafioso

iniziato con gli strumenti precursori del *rating*: i protocolli di legalità e le cosiddette *white list*<sup>47</sup>.

Non è possibile, pertanto, comprendere la portata del *rating* senza interpretarlo alla luce della volontà del legislatore di spostare parte del “costo” amministrativo della prevenzione della corruzione dalle pubbliche amministrazioni (stazioni appaltanti, prefetture, autorità amministrative indipendenti) alle imprese virtuose. Queste ultime, in teoria, dovrebbero essere spinte, ma non obbligate, ad assumersi obblighi ulteriori rispetto al “minimo” normativo. L’utilizzo di questi strumenti, infatti, comporta sicuramente una spesa aggiuntiva per le imprese, che devono trasformarsi nelle prime garanti della propria legalità: esemplificando, aumenta il costo del personale necessario per la raccolta, gestione, distribuzione ed aggiornamento della documentazione inerente all’intera filiera, cresce la spesa del personale addetto al controllo degli accessi in cantiere, e si allungano i tempi relativi alle procedure<sup>48</sup>. Affinché le imprese si sobbarchino tali costi l’ordinamento deve necessariamente prevedere una serie di vantaggi idonei, come minimo, a compensarli. È questa l’ottica nella quale inquadrare il *rating* di legalità: uno strumento che, evidenziando l’impegno mostrato dalle imprese nella lotta alla criminalità organizzata, possa premiarlo. Tra i criteri per aumentare il proprio *rating*, infatti, si ricomprendono una serie di elementi che, anticipando questo istituto, hanno coinvolto i privati nella lotta alla criminalità.

Un primo motivo per cui analizzare le normative antimafia e anticorruzione nell’ambito di questa trattazione è costituito, quindi, dal legame che emerge tra *rating* di legalità e contrasto alla criminalità: il primo rappresenta un incentivo per spingere le imprese ad impegnarsi nel secondo. C’è, però, un altro motivo, ed è direttamente connesso con il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione. Il *rating* di legalità, si è visto, è un istituto che incide in sede di valutazione delle offerte pur essendo costruito sulla base delle caratteristiche dell’offerente. Tra queste ultime, inoltre, valorizza soprattutto quelle relative all’integrità morale dell’impresa, le quali, ai sensi dell’art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016, sono considerate come requisiti necessari per poter accedere alle gare. In altre parole, per come è costruito, il

---

<sup>47</sup> Cfr. M. Frontoni, *Contratto e antimafia: il percorso dai Patti di legalità al rating di legalità*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 136 e ss.

<sup>48</sup> *Ivi*, pp. 181 e ss.

*rating* di legalità attribuisce rilevanza in sede di aggiudicazione ad elementi già decisivi in sede di qualificazione. Quando viene avvantaggiata un'offerta sulla base del più elevato *rating* di legalità dell'offerente si verifica non solo la commistione tra criteri soggettivi e criteri oggettivi ma, riprendendo le parole del Consiglio di stato nella pronuncia del 2 agosto 2016 sulle Linee guida ANAC, anche la duplicazione di detti criteri. Ecco perché prima di trattare gli elementi valorizzati dal *rating* di legalità conviene capire quali, tra questi, sono in ogni caso necessari per partecipare ad una gara pubblica.

Sulla base di queste premesse, i paragrafi che seguono saranno dedicati all'esame della documentazione antimafia, richiamata quale requisito morale dal citato art. 80, comma 2, del Codice degli appalti, nonché all'analisi del modo in cui questa viene affiancata ed integrata dai protocolli di legalità e dalle *white list*, e cioè da strumenti che, oltre ad essere dei precursori del *rating*, contribuiscono ad aumentarne il punteggio.

## **2. La prevenzione amministrativa negli appalti pubblici: la documentazione antimafia**

### *2.1. La documentazione antimafia come requisito generale di ammissione alle gare*

La lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso rappresenta un'esigenza primaria per l'ordinamento, soprattutto in settori come quello dei contratti pubblici particolarmente vulnerabili a questo tipo di ingerenza. Da sempre, infatti, l'organizzazione mafiosa riesce a districarsi con grande abilità tra la politica e la burocrazia, controllandone l'operato ed ottenendo contratti pubblici presentandosi nella veste di impresa in gara o subentrando come subappaltatrice. Tutto ciò riduce da un lato il buon andamento della pubblica amministrazione, dall'altro l'efficienza del mercato degli appalti a danno delle imprese oneste. La mafia imprenditrice, difatti, ponendosi in concorrenza con queste ultime, inquina il normale andamento del mondo economico<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. S. Muttoni, *La normativa di contrasto alla criminalità organizzata*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, R. Villata (a cura di), Padova, Cedam, 2014, pp. 383-385.

Sulla base di queste premesse si comprende perché il legislatore abbia dedicato tanta attenzione al contrasto di questo fenomeno, sia dal punto di vista della repressione che, più di recente, da quello della prevenzione. È in quest'ultimo profilo che va ricompreso l'ampio complesso di leggi che costituisce la normativa antimafia in materia di appalti: si tratta di misure volte ad allontanare alcuni soggetti dalla stipula di contratti pubblici non per sanzionarli ma per tutelare le stazioni appaltanti. In effetti, il presupposto di applicazione di queste norme non è rappresentato necessariamente dall'accertamento di una fattispecie di reato, ma è costituito dall'esistenza di elementi considerati sintomatici del rischio di un'ingerenza mafiosa<sup>50</sup>. L'ordinamento, infatti, prevede che, in presenza di determinati presupposti, la pubblica amministrazione debba recidere qualunque tipo contatto instauratosi con l'impresa coinvolta<sup>51</sup>.

La normativa in esame ha origine negli anni Sessanta, con la legge 31 maggio 1965, n. 575 «Disposizioni contro la mafia». Questa è stata più volte modificata nel corso degli anni, in particolare dal decreto legge 6 settembre 1982, n. 629 (convertito, con modifiche, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726), dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, famosa come legge «Rognoni-La Torre *bis*», dal decreto legislativo 9 agosto 1994, n. 490, e dalla legge 18 novembre 1998, n. 415, cosiddetta legge «Merloni *ter*». Tale disciplina è stata poi raccolta ed integrata dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, conosciuto come Codice antimafia. Di quest'ultimo, ai fini di questa trattazione, interessa soprattutto il Libro II, recante le «Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia». La documentazione antimafia, infatti, essendo il principale strumento di prevenzione amministrativa nel contrasto alla criminalità organizzata, costituisce la tutela più avanzata in questo campo.

Prima di entrare nel merito della disciplina della documentazione amministrativa antimafia è necessario risolvere una questione preliminare. In

---

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> In linea generale queste norme sono preordinate ad evitare il rilascio di concessioni e autorizzazioni o la stipula, approvazione o autorizzazione di contratti pubblici con gli operatori economici a rischio di ingerenza mafiosa. Nel caso, però, in cui la circostanza ostativa sia accertata in un momento successivo, l'art. 94 del Codice antimafia prevede che «i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione rimanente, nei limiti delle utilità conseguite».

effetti, occorre inquadrare la normativa in esame all'interno della materia dei contratti pubblici, ricostruendo il legame tra Codice antimafia e Codice degli appalti. In questo senso è fondamentale capire se e in che modo la documentazione antimafia rappresenta un requisito di ammissione alle gare di appalto. Per farlo conviene prendere le mosse dalla disciplina dettata dal vecchio Codice dei contratti pubblici ed analizzare come è stata cambiata dal d.lgs. 50/2016. Innanzitutto, bisogna specificare che il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non identificava la documentazione antimafia come requisito necessario per partecipare alle gare. In effetti, l'ormai abrogato art. 38 non richiamava la normativa antimafia, limitandosi a dettare previsioni simili ma non del tutto coincidenti. Ciò significa, quindi, che un'impresa priva della documentazione antimafia liberatoria avrebbe potuto prendere parte ad una gara. Nemmeno ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. 159/2011, infatti, la documentazione antimafia è necessaria per partecipare ad una gara pubblica, ma deve essere acquisita dai soggetti competenti soltanto «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67». La disciplina disegnata da queste due norme è chiara: nell'ambito delle gare di appalto, la documentazione antimafia non rilevava nella fase di qualificazione ma in quella, successiva, di stipulazione del contratto<sup>52</sup>.

A conferma di questa impostazione veniva richiamato l'art. 91, comma 3, del d.lgs. 159/2011, secondo il quale la richiesta della documentazione deve essere effettuata «al momento dell'aggiudicazione del contratto ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto». Questo generava una conseguenza paradossale: data l'asimmetria tra requisiti di ammissione e requisiti per il rilascio della documentazione antimafia, poteva accadere che il vincitore della gara, ammesso alla stessa per non incorrere in nessuna delle esclusioni di cui all'art. 38, ricevesse, dopo l'aggiudicazione, la documentazione antimafia interdittiva alla stipula del contratto. Il sistema, dunque, oltre ad essere caratterizzato da un

---

<sup>52</sup> Anche precedentemente all'entrata in vigore del Codice antimafia, si riteneva che la legislazione non richiedesse l'acquisizione favorevole delle verifiche antimafia come requisito soggettivo per l'ammissione alla procedura ma la contemplasse come condizione per la stipula del contratto da valutare in un momento successivo all'aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 222).

elevato grado di incertezza, comportava un aggravio ingiustificato in termini di costi e di efficienza amministrativa<sup>53</sup>.

A questa criticità si aggiungeva quella riguardante il rapporto tra la documentazione antimafia e l'attestazione SOA. Secondo un primo orientamento quest'ultima, dovendo certificare esclusivamente i requisiti di partecipazione alle gare di appalti di lavori, non era tenuta a verificare la documentazione antimafia, che, si è visto, deve essere acquisita soltanto nella fase successiva all'aggiudicazione. Tale versione era giustificata, oltre che dalla diversità tra requisiti di ammissione e requisiti necessari per la documentazione antimafia liberatoria, dall'assenza delle SOA tra i soggetti obbligati dall'art. 83 del d.lgs. 159/2011 ad acquisire detta documentazione. Alla luce di queste considerazioni, la responsabilità di verificare la documentazione amministrativa gravava esclusivamente sulle stazioni appaltanti, in quanto uniche parti del rapporto negoziale di appalto con gli operatori economici aggiudicatari<sup>54</sup>.

Questa ricostruzione è stata capovolta da dottrina e giurisprudenza, da un lato riconducendo le SOA alla platea dei soggetti che devono acquisire la documentazione antimafia, dall'altro considerando la disciplina dei requisiti di ammissione alla luce dell'art. 67 del Codice antimafia. Riguardo il primo aspetto, si possono far rientrare le SOA tra i soggetti annoverati dall'art. 83 del d.lgs. 159/2011 innanzitutto sottolineando che per poter svolgere la propria attività necessitano del rilascio di un provvedimento amministrativo di carattere abilitativo, valido per escluderne una completa de-istituzionalizzazione: ne consegue che possono essere incluse tra quelle «società controllate da ente pubblico» autorizzate dal citato art. 83 all'acquisizione della documentazione antimafia. La funzione di attestazione, poi, avendo una natura prettamente pubblicistica, comporta lo svolgimento di un'attività amministrativa in senso stretto che, nella ratio dell'art. 83, giustifica una preventiva verifica della documentazione antimafia<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, pp. 256-267, in cui si riporta l'esempio del titolare di un'impresa individuale condannato in primo grado per il delitto di cui all'art. 426-bis del codice penale.

<sup>54</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 11 febbraio 2015, n. 140.

<sup>55</sup> Cfr. V. Brigante, *Profili di coordinamento tra l'attestazione di qualificazione e l'informativa antimafia: tendenze ermeneutiche e prospettive future*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2016, pp. 13 e ss.

Rispetto al secondo profilo, invece, è stata individuata la documentazione antimafia quale requisito di qualificazione negli appalti di lavori pubblici attraverso il collegamento fra l'art. 83 e l'art. 67 del Codice antimafia<sup>56</sup>: il primo stabilisce che la documentazione antimafia deve essere acquisita, tra l'altro, anche «prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati dall'art. 67»; quest'ultimo, al comma 1, lett. *e*) vi include le «attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici». Quindi, essendo l'attestazione SOA una certificazione dei requisiti di ammissione per i lavori pubblici, ed essendo la documentazione antimafia una prerogativa indispensabile per il suo rilascio, è lecito concludere che quest'ultima poteva considerarsi, indirettamente, come un requisito di partecipazione per quel tipo di appalti.

Tutte queste criticità sono state superate con il nuovo Codice dei contratti pubblici il quale, facendo riferimento direttamente al Codice antimafia nella disciplina relativa ai motivi di esclusione alla partecipazione di gare d'appalto, ha trasformato la documentazione antimafia da condizione necessaria soltanto alla stipula del contratto a requisito indispensabile per la qualificazione. L'art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016, infatti, stabilisce che «costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto».

Posticipando l'analisi delle diverse tipologie di documentazione antimafia, conviene richiamare l'attenzione su alcuni punti importanti. In primo luogo, si osserva che in questo nuovo quadro è destinato a perdere di rilevanza il terzo comma dell'art. 91 del d.lgs. 159/2011 che, si è visto, colloca la richiesta della documentazione antimafia nella fase di aggiudicazione<sup>57</sup>. Va poi rimarcata la differenza del citato comma 2 dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 con il comma 1 del medesimo articolo. Quest'ultimo, alla lett. *a*), prevede l'esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione degli operatori

---

<sup>56</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 410.

<sup>57</sup> In realtà, anche nel contesto normativo precedente al nuovo Codice degli appalti la giurisprudenza aveva ritenuto che le stazioni appaltanti potessero verificare la documentazione antimafia già in fase di ammissione alla gara, interpretando l'art. 91 comma 3 solamente come "termine ultimo" entro il quale acquisire detta documentazione (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 9 marzo 2016, n. 267).

economici condannati definitivamente per delitti, consumati o tentati, relativi ad associazione per delinquere o associazione di tipo mafioso. Il fondamento di questa causa di esclusione si riscontra quindi nella condanna penale definitiva. Ai sensi del comma 2, invece, si può essere esclusi dalla gara sulla base del semplice rischio di essere condizionati dalle organizzazioni criminali, in quanto la *ratio* della documentazione antimafia non risiede nella repressione ma nella prevenzione<sup>58</sup>. Infine, occorre sottolineare che l'elevazione delle cause ostative antimafia a cause di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche risolve definitivamente anche il suo problematico rapporto con l'attestazione SOA: quest'ultima, infatti, essendo deputata al controllo dei requisiti generali (ex art. 84 del d.lgs. 50/2016) è abilitata automaticamente anche alla verifica della documentazione antimafia, che ne rappresenta una tipologia.

## 2.2. *L'ambito di applicazione delle verifiche antimafia*

Proprio in riferimento al problema delle SOA si è anticipato il tema dei soggetti abilitati dall'ordinamento a richiedere la documentazione antimafia. Tra questi, l'art. 83 comma 1 annovera «le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche»; a questi il comma 2 aggiunge i contraenti generali, e cioè quei soggetti che per la realizzazione di grandi infrastrutture fungono da unico tramite tra le diverse imprese coinvolte e la pubblica amministrazione.

Innanzitutto va osservato che questa disciplina si estende oltre la soggettività di diritto pubblico, comprendendo soggetti con forma giuridica di diritto privato come le imprese a partecipazione pubblica, i concessionari e i contraenti generali. Queste previsioni, pur essendo indispensabili per conseguire un controllo completo ed efficace, lasciano notevoli margini di incertezza, generata in particolare dalla nozione di “controllo” pubblico di una società o di un'impresa<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. G. Marongiu, *op. cit.*, pp. 533 e ss.

<sup>59</sup> Tali difficoltà interpretative non sono risolubili né facendo riferimento alla giurisprudenza, essendo quest'ultima carente in materia, né ricorrendo ad assunti di carattere generale, alla luce della tradizionale problematicità che caratterizza le figure “a cavallo” tra il regime civilistico ed il regime pubblicistico.

Distinguere quali tra quelli elencati dal primo comma siano soggetti pubblici assume grande rilevanza rispetto al terzo comma, che li esonera dal richiedere la documentazione antimafia quando intrattengono rapporti con altri soggetti pubblici o con «altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'art. 67». Quest'ultima previsione, tra l'altro, appare di non facile applicazione, poiché rimette ad ogni singola pubblica amministrazione il difficile compito di valutare, caso per caso, se i requisiti di onorabilità ai quali sono sottoposti i vertici delle imprese individuate siano "tali" da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'art. 67<sup>60</sup>.

Venendo all'ambito di applicazione oggettivo, conviene prendere le mosse di nuovo dal comma 1 dell'art. 83, secondo cui la documentazione antimafia deve essere acquisita «prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67». Questa disposizione deve essere affiancata sia al nuovo Codice dei contratti pubblici, sia all'art. 67, al quale espressamente rimanda. Da un lato, infatti, la previsione deve essere letta alla luce dell'art. 80, comma 2, del d.lgs. 50/2016, per il quale, si è visto, le verifiche antimafia vanno effettuate nella fase precedente all'ammissione alla gara e non in quella successiva all'aggiudicazione. Dall'altro, invece, deve essere integrata con il fitto elenco di provvedimenti individuati dall'art. 67<sup>61</sup>. Inoltre,

---

<sup>60</sup> Cfr. M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in GiustAmm.it, 2016, pp. 11-24.

<sup>61</sup> L'elenco include otto categorie di provvedimenti: le licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; le concessioni di acque pubbliche e di diritti ad essa inerenti, nonché le concessioni di beni demaniali quando siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali; le concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e le concessioni di servizi pubblici; le iscrizioni negli elenchi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annotari all'ingrosso; le attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici; le altre iscrizioni o provvedimenti che autorizzino, concedano o abilitino per lo svolgimento di attività imprenditoriali; i contributi, finanziamenti o mutui agevolati e le altre erogazioni simili concesse o erogate dallo Stato, da altri enti pubblici, dall'Unione europea per lo svolgimento di attività

bisogna segnalare che anche rispetto all'ambito di applicazione oggettivo l'art. 83, comma 3, individua alcune eccezioni: la documentazione antimafia, infatti, non è richiesta «per il rilascio o il rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza»; «per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma d'impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale»; «per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro».

Infine, occorre considerare i soggetti sottoposti alla verifica antimafia. L'art. 85, nel disciplinare questo aspetto, distingue innanzitutto tra imprese individuali e soggetti collettivi, ricomprendendo tra questi ultimi le associazioni, le imprese, le società, i consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese. Per le prime la documentazione antimafia riguarda il titolare e, se previsto, il direttore tecnico. Per i secondi, invece, viene dettata una disciplina che accosta ad ogni tipologia di soggetto collettivo una o più figure che si aggiungono al direttore tecnico quali soggetti sottoposti alla documentazione antimafia. Così, a titolo esemplificativo, per le associazioni le verifiche si effettuano rispetto a chi ne ha la legale rappresentanza, mentre per le società di capitali queste riguardano il socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, oppure l'unico socio nel caso di società con un solo socio. Il comma *2-bis*, inoltre, aggiunge che per le associazioni e le società di qualunque tipo la documentazione antimafia si estende anche ai membri del collegio sindacale, in determinati casi al sindaco e ai soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lett. *b*) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Il comma *2-ter*, poi, chiarisce che per le società costituite all'estero e prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, le verifiche antimafia si svolgono rispetto ai soggetti che esercitano poteri di amministrazione, di rappresentanza o di direzione dell'impresa. Il comma *2-quater*, invece, detta una disciplina più stringente per le società di capitale concessionarie nel settore dei giochi pubblici. L'articolo si chiude con la previsione sancita dal comma 3, per cui l'informazione

---

imprenditoriali; le licenze per detenzione e porto d'armi, fabbricazione, deposito, vendita e trasporto di materie esplosive.

antimafia, e cioè una particolare tipologia di documentazione antimafia, deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti precedentemente individuati. Quest'ultimo punto è stato chiarito dalla circolare del Ministero dell'interno del 19 aprile 2013, secondo cui l'espressione «familiari conviventi» deve essere interpretata come «chiunque conviva», analogamente a quanto previsto dalla disciplina degli effetti delle misure di prevenzione di cui all'art. 67, comma 4, del d.lgs. 159/2011.

Rispetto a queste previsioni è possibile sollevare alcune osservazioni. Innanzitutto è necessario specificare che l'insieme rappresentato dai soggetti identificati dall'art. 85 per i quali le amministrazioni devono acquisire la documentazione antimafia, non coincide con quello ben più ampio costituito dai soggetti sottoponibili a verifica antimafia. Ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d.lgs. 159/2011, infatti, quest'ultima può essere estesa «ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa». Si potrebbe sostenere, quindi, che il secondo dei due insiemi richiamati sia aperto, proprio perché la sua ampiezza non è predeterminata, ma è rimessa ad una valutazione discrezionale che, come si vedrà, spetta al prefetto. Per quanto attiene alla *ratio* della norma esaminata, invece, emerge chiaramente una marcata propensione all'allargamento degli accertamenti, finalizzata ad adattare il sistema di prevenzione all'evolversi delle strategie criminali. È in questo senso, infatti, che vanno inquadrare le previsioni riguardanti le imprese estere, quelle che danno rilievo ai consorzianti, quelle che coinvolgono i livelli intermedi di governo come i membri del collegio sindacale e quelle che considerano addirittura soggetti di per sé estranei all'impresa come i familiari conviventi<sup>62</sup>.

### 2.3. Comunicazioni, informazioni ed informative “atipiche”

Finora si è analizzato il Libro II del Codice antimafia facendo riferimento, indistintamente, alla documentazione antimafia. Ai sensi dell'art. 84 quest'ultima si articola nella comunicazione antimafia e nell'informazione antimafia. Queste due tipologie differiscono quanto ad ambito di applicazione, presupposti e validità. In ordine al primo aspetto, l'art. 91 del d.lgs. 159/2011 stabilisce che la documentazione antimafia deve essere acquisita sotto forma di informazione

---

<sup>62</sup> Cfr. M. Mazzamuto, *op. cit.*, pp. 11-24.

rispetto a tutti quei contratti o provvedimenti il cui valore sia: «pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati»; «superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali»; «superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche». Per sottrazione, si ricava che tutti i contratti o provvedimenti per i quali ai sensi dell'art. 83 è necessario acquisire la documentazione antimafia ma che non raggiungono queste soglie siano ricompresi nell'ambito di applicazione della comunicazione antimafia.

Per quanto riguarda i presupposti, la comunicazione antimafia attesta la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67: queste derivano da provvedimenti giudiziari antimafia e rappresentano cause di incapacità speciali a contrarre con l'amministrazione imposte dalla legge con appositi precetti proibitivi. L'informazione antimafia, invece, consiste sia nell'attestazione della sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, che nell'attestazione della sussistenza o meno di «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4»; quest'ultimo, infatti, “guida” la verifica condotta dal prefetto per rilasciare l'informativa, individuando una serie di situazioni dalle quali desumere tali tentativi.

La disciplina della validità, infine, è dettata dall'art. 86, che prende in considerazione sia la validità come “efficacia” che la validità come “durata nel tempo”. Rispetto all'efficacia, mentre in passato la giurisprudenza la circoscriveva al procedimento per il quale era stata richiesta, il comma 2-*bis* stabilisce che fino all'attivazione della banca dati nazionale unica (di cui si parlerà in seguito) la documentazione antimafia «è utilizzabile e produce i suoi effetti anche in altri procedimenti, diversi da quello per il quale è stata acquisita, riguardanti i medesimi soggetti». L'arco di tempo, che decorre a partire dalla data di acquisizione, è fissato a sei mesi per la comunicazione e a dodici mesi per

l'informazione. In ogni caso, comunque, tale durata è da riferirsi esclusivamente alle documentazioni liberatorie. Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, interpretando questa norma conformemente alla *ratio* del sistema di prevenzione, la documentazione interdittiva conserva la propria capacità ostativa anche oltre quei termini<sup>63</sup>.

In definitiva, emerge l'intento dell'ordinamento di modulare l'intensità delle verifiche antimafia sulla base dell'importanza dei contratti o dei provvedimenti sui quali vanno ad incidere: per quelli caratterizzati dagli elementi identificati dal citato art. 91 viene previsto un tipo di controllo, quello cioè realizzato dall'informazione antimafia, che non si limita ad attestare la presenza di provvedimenti giudiziari in capo ai soggetti coinvolti ma si spinge oltre, fino a verificare la sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, e quindi di elementi completamente indipendenti da qualsiasi decisione di tipo giurisdizionale. Come si intuisce, e come vedrà in modo più approfondito in seguito, questa operazione richiede un grado di discrezionalità sconosciuto al procedimento di adozione di una "semplice" comunicazione antimafia.

Ciò che qui interessa aggiungere è invece l'esistenza di una terza figura nel sistema antimafia: l'informativa atipica. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011, tale istituto si ricavava dal combinato disposto dell'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982<sup>64</sup> e dell'art. 10 del d.P.R. 252/1998<sup>65</sup>: secondo questo modello, il

---

<sup>63</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002. In questa sentenza il Collegio, ribadendo la *ratio* preventiva e non sanzionatoria del sistema antimafia, spiega che la situazione di rischio di infiltrazioni attestata da un'informazione, non essendo costituita ma solo manifestata da singoli e rilevati episodi, non può reputarsi cessata soltanto a seguito del mero trascorrere di un così breve lasso di tempo dall'ultima verifica fatta. Per considerarla tale sorge invece «la necessità che siano sopravvenuti e accertati fatti positivi, idonei a dar conto di un nuovo e consolidato operare dei soggetti cui era stato collegato il pericolo». Solo la verifica di circostanze del genere, infatti, può legittimamente attestare un avvenuto discostamento dalla situazione prima rilevata.

<sup>64</sup> Art. 1-*septies* del d.l. 629/1982: «L'Alto commissario può comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati».

<sup>65</sup> Art. 10 del d.P.R. 252/1998, comma 9: «Le disposizioni dell'articolo 1-*septies* del decreto legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n.

prefetto poteva rilasciare un'informativa priva del carattere interdittivo, attraverso la quale rimetteva alla stazione appaltante la valutazione circa l'avvio dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del concorrente. Tale informativa era rilasciata quando gli elementi di pericolosità accertati non raggiungevano la soglia di gravità prevista per le informative tipiche, e cioè quando erano carenti dei requisiti pertinenti alle cause interdittive (per quanto riguarda le comunicazioni), o quando non erano idonei ad integrare appieno il tentativo di infiltrazione (per quanto riguarda le informazioni)<sup>66</sup>. In questi casi, dunque, l'ordinamento permetteva al prefetto di rilasciare un'informativa che, non potendo essere di per sé interdittiva, riconosceva alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di farla diventare tale. Queste ultime, infatti, sulla base di una propria valutazione, potevano decidere, motivando, se escludere o meno i soggetti colpiti da queste informative. Conseguentemente, nella disciplina processuale l'informativa atipica costituiva un mero atto endoprocedimentale, non direttamente lesivo e quindi non immediatamente impugnabile.

Queste informative, pur rappresentando un efficace strumento di contrasto della mafia, hanno generato numerosi problemi in sede di applicazione. Da un lato, infatti, facendo emergere elementi significativi ma allo stesso tempo insufficienti a escludere un soggetto da una gara d'appalto, costituivano la più avanzata soglia di difesa sociale in quel settore<sup>67</sup>. Dall'altro, però, sono state utilizzate in modo ridondante e improprio: il Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza grandi opere (CCASGO) ha messo in luce come le informative atipiche troppo spesso siano state emesse in casi in cui sarebbe stato molto più coerente adottare un'informativa tipica interdittiva o liberatoria<sup>68</sup>. Ciò significa, in altre parole, che sono state utilizzate da prefetture eccessivamente prudenti per

---

726, come successivamente integrato dalla legge 15 novembre 1988, n. 486, non si applicano alle informazioni previste dal presente articolo, salvo che gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge. Sono fatte salve le procedure di selezione previste dalle disposizioni in vigore in materia di appalti, comprese quelle di recepimento di direttive europee».

<sup>66</sup> Cfr. G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, pp. 256-267.

<sup>67</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6076.

<sup>68</sup> Cfr. CCASGO, *Linee Guida concernente la comunicazione alla stazione appaltante degli accertamenti effettuati ai sensi 1-septies del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726*. Comunicato del 19 dicembre 2012.

scaricare la propria responsabilità sulle stazioni appaltanti. Questi motivi hanno spinto il legislatore ad espungerle dall'ordinamento: in un primo momento, infatti, il d.lgs. 159/2011, abrogando le norme nelle quali trovavano fondamento, le aveva eliminate. Successivamente, tuttavia, il decreto legislativo 15 novembre 2012, n. 218, escludendo dal novero delle previsioni abrogate dal Codice antimafia l'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982, ha riesumato quella funzione collaborativa dell'autorità antimafia con le amministrazioni sulla quale si basava l'informativa atipica. Tra il 2012 e il 2014 si è comunque sostenuta l'eliminazione di questa figura dal sistema antimafia, rimarcando l'inidoneità del solo art. 1-*septies* del d.l. 629/1982 a riportarla in vita. In altri termini, si evidenziava come, senza una norma del tenore dell'abrogato art. 10, comma 9, del d.P.R. 252/1998, l'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982 fosse ininfluenza rispetto al sistema della documentazione antimafia<sup>69</sup>.

La situazione è cambiata quando, nel 2014, una norma di quel tenore è stata prevista: si tratta dell'art. 89-*bis*, inserito nel Libro II del Codice antimafia dal decreto legislativo 13 ottobre 2014, n. 153. In effetti, tale articolo, coniugato con l'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982, potrebbe aver reintrodotta l'informativa atipica.

---

<sup>69</sup> Cfr. S. Gambacurta, *La documentazione antimafia: tipologia e contenuto*, in *Codice antimafia: commento al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 dopo il D. Lgs. 218/2012 (Correttivo) e la Legge 228/2012 (Legge di stabilità 2013): le misure di prevenzione personali e patrimoniali, la documentazione antimafia, l'Agenzia per i patrimoni di mafia*, A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta (a cura di), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 202-207. L'autore da un lato giustifica la reviviscenza di questa disposizione, dall'altro ne sottolinea l'ininfluenza rispetto all'informativa atipica. La scelta di cancellare l'abrogazione dell'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982 elimina un possibile eccesso di delega contenuto nella prima versione del d.lgs. 159/2011. In questo senso bisogna rilevare che tale articolo trova applicazione soprattutto al di fuori del settore delle verifiche antimafia (ad esempio rispetto alle autorizzazioni per lo svolgimento di attività economiche o in materia di armi ed esplosivi), e che solo mediante l'art. 10, comma 9, del d.P.R. 252/1998 va ad incidere anche sulla documentazione antimafia, generando la figura dell'informativa atipica. Rispetto a questo quadro normativo, l'art. 2 della legge delega 13 agosto 2010, n. 136, consentiva soltanto di eliminare "l'importazione" dell'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982 nel sistema della documentazione antimafia ma non di abrogare completamente questa disposizione, come invece ha fatto la prima versione del Codice antimafia. Solo alla luce di queste premesse, quindi, si riconosce il pregio del d.lgs. 218/2012, e cioè quello di aver riportato il Codice antimafia nei confini disegnati dalla legge delega ripristinando l'art. 1-*septies* del d.l. 629/1982. Dato, inoltre, che tale ripristino non era stato accompagnato dalla contestuale introduzione, nel libro II del d.lgs. 159/2011, di una norma "simile" a quella individuata dall'art. 10, comma 9, del d.P.R. 252/1998, si giungeva alla conclusione per cui anche dopo il d.lgs. 218/2012 erano da considerare soppresse le informative atipiche.

Stabilisce infatti che se in sede di comunicazione antimafia, e cioè rispetto a tutti quei contratti o provvedimenti tanto rilevanti da richiedere la documentazione antimafia, ma non abbastanza per necessitare dell'informazione antimafia, il prefetto non rilevi la sussistenza di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, invece che emettere la comunicazione liberatoria possa verificare anche la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Nel caso in cui la accerti, «adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia».

È evidente come alla luce di questa norma il confine tra informazione e comunicazione diventi labile: anche nel caso in cui il contratto o provvedimento richieda la mera comunicazione antimafia, e quindi non necessiti la verifica dei tentativi di infiltrazione mafiosa, questa viene comunque condotta dal prefetto. Nel caso in cui ne accerti la sussistenza, però, riemerge la differenza tra le due figure: se ad essere richiesta è un'informazione antimafia, il prefetto ne emette una interdittiva, idonea di per sé ad escludere l'operatore economico colpito; se, invece, ad essere richiesta è la comunicazione antimafia, il prefetto emette un'interdittiva atipica in grado solamente di “avvertire” la stazione appaltante interessata che il l'operatore economico sottoposto a verifica, pur non avendo provvedimenti giudiziari a carico, è particolarmente soggetto al rischio di condizionamento mafioso. È palese come in quest'ultimo caso il Codice disegni un sistema collaborativo tra prefetture e stazioni appaltanti. A meno che, come è stato proposto in dottrina, non si voglia attribuire un carattere prettamente “confidenziale” a siffatta collaborazione, considerandola inidonea ad avviare meccanismi interdittivi e volta soltanto ad attivare con maggiore attenzione i generici poteri di controllo “propri” dell'amministrazione<sup>70</sup>, bisogna prendere atto della resurrezione dell'informativa atipica.

In sostanza, è possibile concludere che nel sistema delineato dal Codice un soggetto economico può essere escluso da una gara d'appalto per la quale è necessaria la documentazione antimafia in tre modi diversi: in primo luogo, a seguito di un'informazione o di una comunicazione, se viene accertata la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67; in secondo luogo, a seguito di un'informazione, se viene attestata la

---

<sup>70</sup> Cfr. M. Mazzamuto, *op. cit.*, p. 26.

sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa; in ultimo luogo, a seguito di un'informazione atipica integrata da un provvedimento della stazione appaltante, nei casi in cui, pur non essendo richiesta l'informazione, viene comunque accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa.

#### *2.4. La banca dati nazionale unica*

Le modalità di rilascio della documentazione antimafia sono disciplinate, seppur in articoli diversi, in modo abbastanza simile per quanto riguarda sia le comunicazioni che le informazioni. Rispetto ad entrambe gioca un ruolo fondamentale la banca dati nazionale unica, istituita dal d.lgs. 159/2011 presso il Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie del Ministero dell'interno. Secondo l'art. 2, comma 1, della l. 136/2010, si tratta di uno strumento volto «all'accelerazione delle procedure di rilascio della medesima documentazione e al potenziamento dell'attività di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa». Di norma, infatti, la documentazione antimafia è acquisita mediante la consultazione della banca dati. Quest'ultima, per assolvere a tale funzione, da un lato contiene le comunicazioni e le informazioni antimafia, sia liberatorie che interdittive, dall'altro, essendo collegata al sistema informatico costituito presso la Direzione investigativa antimafia, consente la consultazione dei dati acquisiti dalle prefetture nel corso degli accessi nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici (disposti in base all'art. 93).

L'acquisizione della documentazione antimafia non si conclude con la consultazione della banca dati in due casi particolari: in primo luogo, quando da tale consultazione emergono motivi ostativi al rilascio di una documentazione di tipo liberatorio; in secondo luogo, quando l'esame verte su un soggetto non censito dalla banca dati. In entrambe le ipotesi, ai sensi degli artt. 87 (per le comunicazioni) e 90 (per le informazioni), la documentazione antimafia, interdittiva o liberatoria, è rilasciata: in via generale dal prefetto della provincia in cui il soggetto sottoposto a verifica ha la sede legale; per le società estere con una sede secondaria in Italia, dal prefetto della provincia in cui questa è stabilita; per le società estere prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile in Italia, dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti la documentazione antimafia hanno sede.

Ad ogni modo, le modalità di rilascio sono state gestite esclusivamente dalle prefetture fino all'attivazione della banca dati, che, secondo l'art. 99, sarebbe entrata in funzione solo dodici mesi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo dei regolamenti applicativi. Le stazioni appaltanti, dunque, consultano la banca dati a partire dal 7 gennaio 2016, un anno dopo la pubblicazione del d.P.C.M. 30 ottobre 2014, n. 193.

In definitiva, emerge un sistema di cautele antimafia in cui l'accertamento assume un carattere dinamico, e cioè non necessariamente vincolato all'attivazione del procedimento amministrativo rispetto al quale la documentazione è, di volta in volta, richiesta. Traspare, quindi, la volontà di instaurare un sistema di aggiornamento continuo rispetto agli accertamenti antimafia, posto soprattutto ma non esclusivamente a carico dei prefetti: anche gli operatori privati, infatti, devono collaborare, ad esempio segnalando diligentemente i mutamenti e le circostanze che possono influenzare l'esito dei controlli<sup>71</sup>.

### **3. Natura, confini e criticità della discrezionalità prefettizia**

#### *3.1. La valutazione discrezionale nell'emissione dell'informazione antimafia*

La documentazione antimafia costituisce, si è visto, lo strumento principale attraverso cui le pubbliche amministrazioni evitano di entrare in contatto con soggetti economici a rischio di condizionamento mafioso. La sua funzione, quindi, non è sanzionatoria ma spiccatamente preventiva: l'allontanamento di un'impresa dal mercato degli appalti a seguito di un'interdittiva antimafia non rappresenta una sanzione ma è volta esclusivamente a tutelare la stazione appaltante dal rischio di intrattenere un rapporto con un soggetto economico poco affidabile. Costituisce, in altre parole, l'anticipazione della soglia di difesa sociale contro la mafia e le sue capacità espansive nel settore dei contratti pubblici<sup>72</sup>. Non bisogna quindi ricondurre l'accertamento connesso a queste norme alla sfera del diritto penale: in effetti, in quell'ambito «questo può

---

<sup>71</sup> Cfr. S. Muttoni, *op. cit.*, pp. 407 e ss.

<sup>72</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 901.

condurre a provvedimenti restrittivi delle libertà individuali, nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, invece, questo può determinare, al più, la mancata stipulazione del contratto o la caducazione di quello in essere»<sup>73</sup>.

Tutto ciò si riflette sui presupposti a fondamento di queste misure: non essendo richiesta la rilevanza probatoria tipica del diritto penale<sup>74</sup>, la documentazione antimafia può essere emessa in base ad elementi di pericolo anche solo potenziale. È il caso, si è visto, delle informative antimafia, che ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 159/2011 attestano anche «la sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate». Per mettere al riparo le stazioni appaltanti dall'ingerenza mafiosa, quindi, il Codice ricorre ad una nozione, quella di «tentativo di infiltrazione mafiosa», di matrice sociologica e non giuridica. Solo in questo modo, infatti, l'ordinamento può «stare al passo» del crimine organizzato, fenomeno che non necessariamente si concretizza in fatti illeciti e che spesso si manifesta attraverso attività economiche formalmente lecite<sup>75</sup>. In questi termini, dunque, al prefetto spetta una funzione di polizia e di sicurezza, volta a tutelare in via preventiva l'interesse generale alla legalità nel settore dei contratti pubblici<sup>76</sup>.

L'esercizio di tale funzione comporta lo svolgimento di un'attività discrezionale: per desumere le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa, infatti, l'art. 84, comma 4, del d.lgs. 159/2011 rimette al prefetto

---

<sup>73</sup> F. Di Cristina, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 1, pp. 52.

<sup>74</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2007, n. 413, secondo cui l'accertamento alla base dell'informazione antimafia è di grado inferiore e diverso da quello richiesto per l'individuazione di responsabilità penali. Un orientamento in senso contrario è stato sostenuto dal T.A.R. Lazio che, per esigenze di garanzia, ha sostenuto che l'adozione di un'informazione antimafia interdittiva sia giustificata solo da un quadro indiziario connotato da gravità, precisione e concordanza, in analogia a quanto previsto dal codice di procedura penale per ritenere provato un fatto in via indiziaria (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 24 marzo 2015, n. 4532). Il Consiglio di Stato, invece, ha ribadito l'orientamento originario, specificando che i fatti dai quali si desumono i tentativi di infiltrazione mafiosa non devono necessariamente essere connotati dalla gravità e precisione tipiche del diritto penale (Consiglio di Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2284). Su questi temi cfr. F. Lacava, *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a. [giudice amministrativo]*, in *Amministrativamente*, 2015/2015, 7-9, pp. 2 e ss.

<sup>75</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487.

<sup>76</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22 febbraio 2003, n. 1171.

l'apprezzamento di ciascun caso concreto. A differenza dell'attestazione delle situazioni di "non interdizione", che demanda all'autorità la semplice verifica della corrispondenza del fatto alla norma, l'accertamento dell'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa presuppone un'indagine amministrativa sull'impresa, seguita da una valutazione discrezionale sugli assetti, sul funzionamento e sulle decisioni da questa adottate. In altre parole, l'informazione antimafia nel primo caso consiste in un provvedimento di natura meramente dichiarativa, e cioè ricognitiva di un effetto già prodottosi (la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67); nel secondo caso, invece, è frutto di una valutazione del prefetto, effettuata sulla scorta di uno specifico quadro indiziario, volta a capire se i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali negli appalti pubblici<sup>77</sup>. In breve: nella prima ipotesi l'emanazione di un'informazione antimafia è espressione dell'esercizio di un'attività amministrativa a carattere vincolato, nella seconda a carattere discrezionale.

A ben vedere, però, non si tratta di discrezionalità amministrativa ma di discrezionalità tecnica, dato che consiste nell'applicazione «di regole tecniche di indagine secondo competenza e correttezza e che sfociano in un atto preordinato ad attribuire certezza legale a determinati fatti»<sup>78</sup>. In effetti, il Codice non rimette al prefetto la comparazione di interessi<sup>79</sup>, ma gli richiede soltanto di stabilire se l'organizzazione criminale è in grado di condizionare la libertà dell'impresa. Nell'attribuirgli questa funzione, ricorre alla nozione di «tentativo di infiltrazione mafiosa» la quale, individuando un concetto giuridico indeterminato di tipo empirico, presenta un margine di opinabilità in sede di applicazione alla fattispecie concreta<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6643.

<sup>78</sup> A. Botto, *Antimafia e contratti pubblici: il punto della situazione e le prospettive*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2008, p. 716.

<sup>79</sup> Cfr. F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 2013, p. 10. L'autore, pur individuando gli interessi contrapposti della libertà di impresa e quello della prevenzione delle attività criminose, specifica che non spetta al prefetto il compito di contemperarli.

<sup>80</sup> Sul concetto di "discrezionalità tecnica" cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 125, in cui l'autore spiega in questi termini le "valutazioni tecniche",

Il d.lgs. 159/2011, inoltre, “guida” la funzione del prefetto individuando, all’art. 84, comma 4, e all’art. 91, comma 6, una serie di elementi dai quali vanno desunte le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa. Si tratta però di un’indicazione di metodo e non di merito, in quanto non identifica i parametri sulla base dei quali dedurre la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa ma le fonti da considerare per effettuare questa operazione. In breve, l’elenco dettato dal quarto comma dell’art. 84 comprende: i provvedimenti giudiziari per tutta una serie di delitti non necessariamente riconducibili alla criminalità organizzata, tra cui quello di turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; l’omessa denuncia all’autorità giudiziaria di episodi estorsivi e concussivi, aggravati dalla finalità di agevolazione delle organizzazioni criminali, subiti negli ultimi tre anni; gli accertamenti disposti dal prefetto anche ai sensi dell’art. 93, anche da effettuarsi in altre province; la sostituzione degli assetti proprietari e gestionali finalizzati ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia<sup>81</sup>. A questi si aggiunge la previsione formulata dall’art. 91 comma 6, secondo cui il tentativo di infiltrazione mafiosa può desumersi anche da «provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all’attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l’attività d’impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata», nonché dall’accertamento di particolari violazioni di obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

Bisogna sottolineare che questo elenco non è tassativo né, si è visto, individua elementi idonei di per sé ad attestare la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa. In altre parole, bisogna tenere ben distinte le cause di decadenza, di sospensione e di divieto individuate dall’art. 67 dai provvedimenti giudiziari identificati dall’elenco di elementi dai quali desumere le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa: solo le prime possono produrre un effetto automaticamente interdittivo alla stipula o al mantenimento di un

---

specificando però che spesso ci si riferisce ad esse utilizzando non correttamente l’espressione “discrezionalità tecnica”.

<sup>81</sup> Cfr. R. Cantone, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un "restyling?"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9, pp. 888-899.

contratto pubblico; affinché i secondi rilevino in questo senso, invece, è sempre necessaria la valutazione discrezionale del prefetto<sup>82</sup>.

### 3.2. *I limiti alla discrezionalità prefettizia*

A fronte della discrezionalità riconosciuta in capo all'autorità prefettizia occorre chiedersi quali strumenti prevede l'ordinamento a garanzia dei soggetti privati colpiti dall'informazione antimafia. L'emissione di un'informativa interdittiva, infatti, può avere effetti disastrosi sulla vita dell'impresa colpita, dato che ne compromette l'attività sia «in relazione ai rapporti in corso – destinati ad estinguersi – sia in relazione alle prospettive future, poiché preclude l'acquisizione di ulteriori appalti pubblici»<sup>83</sup>. Il tema delle garanzie degli operatori economici rispetto all'emanazione delle informative antimafia può essere affrontato da due punti di vista differenti: da un lato prendendo in considerazione gli obblighi procedurali che il prefetto deve assolvere nell'adozione di provvedimenti interdittivi, dall'altro analizzando la portata ed i limiti del sindacato giurisdizionale su questi atti.

Iniziando dalla prima prospettiva, va innanzitutto chiarito che gli obblighi procedurali identificati sono quelli disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Ci si riferisce, in particolare, alle norme riguardanti la comunicazione di avvio del procedimento, il diritto di accesso e l'obbligo di motivazione. L'art. 7 della l. 241/1990 prescrive che l'avvio del procedimento debba essere comunicato ai soggetti sui quali il provvedimento incide solo quando «non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento». Si tratta quindi di stabilire se il procedimento di adozione delle informative antimafia sia connotato da esigenze di celerità tali da essere esonerato dall'obbligo di comunicazione. In questo senso, l'orientamento giurisprudenziale principale desume la necessaria celerità delle informative dal

---

<sup>82</sup> Cfr. S. Gambacurta, *op. cit.*, pp. 193 e ss. L'autore ribadisce tale differenza mettendo in luce come il prefetto si limiti ad accertare la sussistenza dei provvedimenti giudiziari individuati dall'art. 67, mentre entri anche nel merito rispetto a quelli indicati dall'art. 84 comma 4. Questi ultimi, infatti, non comportano di per sé conseguenze interdittive, dato che la rilevanza che assumono nell'ambito dell'emanazione di un'informativa è necessariamente rimessa alla valutazione del loro contenuto.

<sup>83</sup> P. Carbone, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2012, p. 178.

loro carattere spiccatamente cautelare, includendo così il procedimento per emanarle tra quelli che, ai sensi del citato art. 7, giustificano l'omissione della comunicazione<sup>84</sup>. Con l'esclusione di tale obbligo viene meno anche la partecipazione procedimentale ad esso connessa: l'unico riferimento a riguardo è rappresentato dalla previsione dell'art. 93, comma 7, del Codice antimafia, secondo cui il prefetto, «ove lo ritenga utile», può invitare i soggetti interessati ad intervenire. Si tratta però di ben poca cosa: tali audizioni, infatti, sono solo eventuali e condizionati alla previa valutazione dell'autorità sulla loro utilità; i principi generali sul procedimento amministrativo, invece, le vorrebbero necessarie ed inevitabili<sup>85</sup>.

Per quanto riguarda l'accesso agli atti del procedimento, la norma a cui bisogna fare riferimento è l'art. 24, comma 4, lett. c), della l. 241/1990, secondo cui possono essere previsti casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi quando questi riguardino «le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità». I criteri per dare applicazione a questa disposizione sono stati fissati dall'art. 8 del d.P.R. 26 giugno 1992, n. 352, per il quale i documenti amministrativi possono essere sottratti all'accesso soltanto se non sono suscettibili di recare un pregiudizio concreto agli interessi indicati nell'art. 24 della l. 241/1990. In questo quadro la previsione legislativa è stata poi attuata con il decreto ministeriale 10 maggio 1994, n. 415, il cui art. 3 lett. b) esclude dall'accesso le categorie di documenti riguardanti una serie di atti «che contengono notizie relative a situazioni di interesse per l'ordine e la sicurezza pubblica e all'attività di prevenzione e repressione della criminalità».

Per comprendere se l'informazione antimafia rientri tra questi bisogna distinguere la nota informativa antimafia, ossia la mera formula rituale attraverso cui l'autorità prefettizia stabilisce la sussistenza di elementi interdittivi, dalle risultanze istruttorie a monte dell'informativa cui ha attinto il prefetto per arrivare a tali conclusioni. Riguardo l'inaccessibilità di questi ultimi la giurisprudenza è unanime, essendo l'accesso escluso per tutte le parti della documentazione coperte da segreto istruttorio. Tra queste vi rientrano: quelle afferenti a indagini preliminari o procedimenti penali in corso; quelle che coinvolgono, a qualunque

---

<sup>84</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2224; Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555.

<sup>85</sup> Cfr. F. G. Scoca, *op. cit.*, p. 9.

titolo, terzi soggetti interessati dalle informative di polizia di sicurezza; oppure quelle in cui possono essere adottati specifici motivi ostativi riconducibili ad esigenze di tutela di accertamenti di polizia di sicurezza e di contrasto alla criminalità organizzata<sup>86</sup>. Rispetto alla nota prefettizia, invece, non vi è un unico orientamento: una parte della giurisprudenza, infatti, qualificandola come documentazione riguardante l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità, la sottrae all'ostensione documentale<sup>87</sup>. Anche non volendo condividere quest'ultimo indirizzo risulta evidente come, sulla base delle esigenze cautelari tipiche del procedimento di rilascio delle informative antimafia e di segretezza degli accertamenti che ne fanno parte, l'autorità prefettizia non debba osservare l'obbligo generale di garantire la trasparenza<sup>88</sup>.

L'inaccessibilità degli atti istruttori assume ancora più importanza se associata all'orientamento giurisprudenziale prevalente che, rispetto alle informative antimafia, svuota l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della l. 241/1990. Spesso, infatti, le informative prefettizie si giustificano proprio attraverso il mero rinvio agli esiti di quell'attività di indagine svolta dagli uffici considerata inaccessibile dalle sentenze sopra commentate. L'onere motivazionale, infatti, è ritenuto soddisfatto anche *per relationem*<sup>89</sup>, essendo sufficiente, ad esempio, che il provvedimento interdittivo faccia riferimento al «nucleo essenziale delle ragioni che ne hanno determinato l'adozione, con il richiamo specifico ai singoli rapporti degli organi di polizia o del Nucleo Investigativo Interforze»<sup>90</sup>, oppure «al verbale del Gruppo investigativo antimafia»<sup>91</sup>.

La debolezza dell'obbligo di motivare l'informativa antimafia complica il compito del privato che intende dimostrare la pretesa illegittimità della stessa in sede giurisdizionale. In effetti, rispetto alle informative antimafia, «stante l'ampia discrezionalità di apprezzamento riservata al Prefetto a tutela delle condizioni di

---

<sup>86</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 24 agosto 2011, n. 1146; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 14 giugno 2006, n. 6985.

<sup>87</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 21 aprile 2008, n. 3332.

<sup>88</sup> Cfr. A. Mezzotero, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2008, pp. 1093-1094.

<sup>89</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 250.

<sup>90</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 5 gennaio 2012, n. 12.

<sup>91</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 2996.

sicurezza ed ordine pubblico»<sup>92</sup>, le decisioni assunte sono suscettibili esclusivamente di un sindacato giurisdizionale di tipo estrinseco. Quest'ultimo, infatti, può accertare soltanto l'assenza di eventuali vizi della funzione che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere. Pertanto, può riguardare unicamente l'accuratezza dell'istruttoria, la completezza dei dati, la non travisata valutazione dei fatti, la sufficienza della motivazione, e la logicità e ragionevolezza delle conclusioni rispetto ai presupposti ed agli elementi di fatto considerati<sup>93</sup>.

Parte della dottrina, tuttavia, critica questo indirizzo giurisprudenziale: rimarcando il concetto per cui quella riconosciuta dall'ordinamento al prefetto è una discrezionalità tecnica, ritiene inaccettabile che le informative siano assoggettabili solamente al giudizio di carattere meramente estrinseco tipico dei provvedimenti contraddistinti da discrezionalità amministrativa<sup>94</sup>. In effetti, mentre in passato il giudice amministrativo non distingueva i tra provvedimenti con discrezionalità amministrativa e quelli con discrezionalità tecnica, facendo rientrare questi ultimi nella categoria individuata dai primi, a partire dal 1999 il Consiglio di Stato ha iniziato a differenziare tra le due tipologie. Ha stabilito, infatti, che il sindacato giurisdizionale sugli atti caratterizzati dalla discrezionalità tecnica può spingersi oltre i confini posti per il sindacato della discrezionalità amministrativa, potendosi svolgere «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»<sup>95</sup>.

Ad ogni modo, l'orientamento prevalente continua a limitare l'esame del giudice esclusivamente ai sintomi dell'eccesso di potere, ossia il vizio tipico dei provvedimenti discrezionali. Con una serie di pronunce giurisprudenziali, però,

---

<sup>92</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 28 settembre 2015, n. 4527.

<sup>93</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 31; Consiglio di Stato, Sez. III, 27 settembre 2012, n. 5117; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 marzo 2012, n. 1508; Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5366; Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5059; Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 250; Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2009, n. 901; Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867; Consiglio di Stato, Sez. V, 1 giugno 2001, n. 2969.

<sup>94</sup> Cfr. F. G. Scoca, *op. cit.*, p. 10.

<sup>95</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

sono stati individuati la nozione e gli elementi costitutivi dei “tentativi di infiltrazione mafiosa”, in maniera tale da contemperare l’esigenza di ordine pubblico con il principio di certezza del diritto. A seguito del riconoscimento di cotanta discrezionalità prefettizia, infatti, quest’ultimo pare venire meno. Ecco perché la giurisprudenza ha provato a “costruirlo” a partire da alcune categorie alla luce delle quali alcuni fatti acquisiscono una precisa rilevanza<sup>96</sup>. È stato specificato, quindi, che i «tentativi di infiltrazione mafiosa» si realizzano quando si riscontra la probabilità che i comportamenti dell’imprenditore rappresentino un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali negli appalti pubblici<sup>97</sup>. Tale probabilità deve essere «qualificata», non essendo così sufficiente l’esistenza di una mera possibilità teorica<sup>98</sup>. Quanto al comportamento dell’imprenditore, può considerarsi un veicolo di infiltrazione «diretto» nel caso in cui soggetti collegati o collusi con sodalizi mafiosi siano presenti nei centri decisionali dell’impresa, o quando quest’ultima sia controllata o posseduta da tali soggetti; “indiretto” allorquando le persone che assumono decisioni sull’impresa intrattengano relazioni sociali o parentali particolarmente strette con soggetti vicini a sodalizi mafiosi<sup>99</sup>.

Sulla base di tale definizione, la giurisprudenza ha identificato vari “indici sintomatici” di possibili infiltrazioni mafiose e una serie di parametri per valutarli. Ad esempio, i soli legami di affinità o parentela dei soci o amministratori di un’impresa con soggetti malavitosi, pur rappresentando un valido elemento indiziario, non sono sufficienti per dedurre l’esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa<sup>100</sup>. Analogamente, le frequentazioni di soggetti malavitosi possono rilevare in questo senso solo se accompagnate da ulteriori elementi sintomatici, come il carattere non occasionale di tali rapporti<sup>101</sup>.

Nonostante questi sforzi a livello giurisprudenziale e dottrinario, rimane evidente come l’ordinamento, rimettendo all’autorità prefettizia l’apprezzamento

---

<sup>96</sup> Cfr. F. Di Cristina, *op. cit.*, pp. 54 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 26 luglio 2011, n. 271.

<sup>98</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 novembre 2009, n. 7777.

<sup>99</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 agosto 2006, n. 4737.

<sup>100</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 maggio 2007, che giustifica la propria decisione richiamandosi all’orientamento assunto dalla Corte costituzionale rispetto al rapporto tra “qualità morali e di condotta” di un individuo e comportamenti riferibili ai propri familiari (Corte cost. 31 marzo 1994, n. 108).

<sup>101</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2336.

di ciascun caso concreto, esonerandola dalla gran parte degli obblighi procedurali ed assoggettando il suo operato ad un sindacato giurisdizionale estrinseco, abbia riconosciuto la possibilità che il principio di certezza del diritto e l'interesse a non pregiudicare le imprese oneste vengano compressi in favore delle ragioni relative all'ordine pubblico.

### *3.3. Il difficile equilibrio tra ordine pubblico ed i principi fondamentali*

L'informazione antimafia adottata in base alla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa costituisce, si è detto, la massima anticipazione dell'azione di prevenzione della criminalità organizzata<sup>102</sup>. L'informativa che si basa su questo presupposto, infatti, pur prescindendo da qualunque pronuncia di tipo giurisdizionale, è in grado di precludere o di recidere il contatto tra la pubblica amministrazione e il soggetto economico che ne viene colpito. In questo senso rappresenta il principale strumento predisposto dall'ordinamento per contrastare la criminalità organizzata, e quindi per tutelare beni di primaria e fondamentale importanza come l'ordine e la sicurezza pubblica e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni. La costituzionalità del suo scopo, quindi, non è da mettere in discussione: per fronteggiare fenomeni che, come quello mafioso, sono in grado di minacciare i beni sopra citati, l'ordinamento ammette «strumenti anche eccezionali di reazione, in difesa degli interessi dell'intera collettività nazionale, in quanto commisurati alla gravità del pericolo, al rango dei valori tutelati, alle necessità da fronteggiare»<sup>103</sup>.

Senza voler questionare la centralità degli interessi protetti da questo strumento, occorre analizzare il suo rapporto con i principi fondamentali dell'ordinamento, sia dal punto di vista costituzionale che europeo. Sotto il primo profilo, si osserva che la normativa in questione entra potenzialmente in contrasto con varie disposizioni della Costituzione. Vengono infatti indubbiamente

---

<sup>102</sup> Tutte le informative hanno questo carattere, ma specialmente quelle atipiche. Su questo tema cfr. A. Botto, *op. cit.*, pp. 719 e ss., secondo cui già le misure di prevenzione attuano una tutela anticipata, rispetto alla quale l'informativa tipica si pone come ulteriore avanzamento della tutela preventiva; in questo quadro, sottolinea, le informative atipiche individuano un aggiuntivo spazio di tutela.

<sup>103</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2014, n.8; questa rinvia a Corte cost., 29 ottobre 1992, n. 407; Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103; Corte cost., 31 marzo 1994, n. 118; Corte cost., 16 maggio 1994, n. 184; Corte cost., 11 febbraio 2002, n. 25.

compresi il principio di libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), dato che le misure interdittive possono impedire l'accesso al mercato degli appalti ad imprese semplicemente sospettate di avere rapporti con organizzazioni criminali, e il principio di legalità (art. 25 Cost.) e di non colpevolezza (art. 27 Cost.), poiché tali provvedimenti si fondano su un accertamento non giustiziale di circostanze ritenute, a discrezione del prefetto, idonee a far ritenere probabile l'esistenza di un rapporto con la mafia<sup>104</sup>.

Altri rilievi di legittimità costituzionale riguardano il procedimento, gli effetti delle informazioni interdittive e le forme di tutela. Quanto al primo, se ne sottolinea l'inadeguatezza: alla luce degli effetti generati dall'atto alla cui emanazione è preordinato, non dovrebbe allontanarsi tanto dalle garanzie tipiche del processo penale. Gli effetti, d'altro canto, essendo gravi almeno quanto quelli derivanti dalle misure di prevenzione, possono considerarsi irragionevoli ed in contrasto con il principio di eguaglianza: stante la loro automaticità, infatti, da un lato non attribuiscono alle stazioni appaltanti l'opportunità di temperare l'interesse alla legalità con quello, altrettanto importante, al celere compimento dell'opera; dall'altro non gli danno la possibilità di assoggettare a misure meno drastiche le ipotesi di non conclamata infiltrazione. Infine, si evidenzia la mancanza di forme di tutela riguardanti la dignità e l'onorabilità delle persone indagate. Un'informativa interdittiva che dichiara la sussistenza di rapporti con le organizzazioni mafiose, infatti, non pregiudica soltanto l'impresa, che si vede negata il diritto di partecipare alle gare d'appalto, ma anche le persone coinvolte, dato che viene messa in discussione la loro dignità. Il suo annullamento, mentre soddisfa l'interesse dell'impresa, non tutela la dignità e l'onorabilità delle persone indagate: il giudice amministrativo, infatti, considera esclusivamente la valutazione complessiva compiuta dal prefetto circa l'esposizione dell'impresa all'infiltrazione, non entrando nel merito dei singoli elementi in base ai quali si è formata. È per questi motivi, dunque, che le forme di tutela previste nei confronti dell'informazione antimafia non sono sufficienti a soddisfare i principi costituzionali in materia<sup>105</sup>.

Passando al secondo profilo individuato, ossia quello riguardante la compatibilità delle informative antimafia con il diritto dell'Unione europea,

---

<sup>104</sup> Cfr. S. Muttoni, *op. cit.*, pp. 387-388. Su questo tema cfr. M. Mazzamuto, *op. cit.*, pp. 1-4.

<sup>105</sup> Cfr. F. G. Scoca, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

occorre focalizzare l'attenzione sulla relazione tra il contrasto alla criminalità organizzata e la tutela della concorrenza. La lotta alla mafia, infatti, da un lato rappresenta una preconditione necessaria per lo sviluppo di una "sana" concorrenza nel mercato degli appalti<sup>106</sup>, ma dall'altro ne costituisce un ostacolo. In questo senso la Corte di Giustizia ha stabilito che il principio di libera concorrenza può essere compresso esclusivamente da provvedimenti nazionali che rispettino tre condizioni: devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, idonei ad assicurare il raggiungimento del fine che perseguono e proporzionati a quest'ultimo<sup>107</sup>. In questi termini l'informativa antimafia, costituendo un efficace strumento di tutela dell'ordine pubblico, pone problemi soltanto in relazione al requisito di proporzionalità: in dottrina, infatti, emergono sempre più voci secondo le quali il contrasto alla criminalità organizzata potrebbe essere conseguito tramite misure meno restrittive<sup>108</sup>.

#### **4. Gli strumenti negoziali: i protocolli di legalità e i patti di integrità**

##### *4.1. Le origini, la consacrazione giurisprudenziale e l'evoluzione normativa*

Nel quadro caratterizzato dalla tensione tra tutela della concorrenza ed esigenze di lotta alla criminalità organizzata giocano un ruolo fondamentale i protocolli di legalità e i patti di integrità. Si tratta di strumenti pattizi stipulati tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'appalto, ossia stazione appaltanti, prefettura e contraenti, attraverso cui vengono rafforzati i vincoli previsti dalla documentazione antimafia. In questo senso, infatti, possono essere inclusi tra quelle misure di lotta al malaffare individuate dall'art. 8 della Convenzione delle Nazioni Unite per il contrasto alla corruzione. La particolarità di questi istituti risiede nella forma volontaria attraverso cui vengono adottati: a differenza della documentazione antimafia, difatti, non sono imposti dall'ordinamento, ma sono

---

<sup>106</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 23 maggio 2011, n. 3104.

<sup>107</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2004, in causa C-36/02.

<sup>108</sup> Su tutti cfr. M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sotto sistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Il Diritto dell'economia*, 2013, pp. 619 e ss.

formalmente rimessi agli accordi tra le parti coinvolte<sup>109</sup>. Il loro funzionamento può essere sintetizzato come segue. Le stazioni appaltanti stringono gli accordi con le prefetture, impegnandosi a richiedere alle imprese contraenti una serie di requisiti ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge. Questi quindi si riflettono sul rapporto tra stazioni appaltanti ed imprese: gli operatori economici che vorranno entrare in contatto con le stazioni appaltanti, infatti, stipuleranno anch'essi il protocollo. Quest'ultimo, pertanto, può essere considerato come un accordo tra pubbliche amministrazioni che, per la peculiare natura del suo contenuto, coinvolge anche i soggetti privati, i quali, partecipando alle gare, aspirano a diventare contraenti di tali amministrazioni.

L'esperienza dei protocolli di legalità nasce negli anni Novanta, a partire dall'affermazione del "Patto d'integrità" promosso da *Transparency International Italia*<sup>110</sup>: rappresentava, in breve, uno strumento attraverso il quale le stazioni appaltanti richiedevano il rispetto di una serie di regole alle imprese partecipanti alle gare d'appalto ed imponevano sanzioni in caso di violazioni. I patti, dunque, integravano le prescrizioni legislative, prevedendo misure aggiuntive di contrasto alla criminalità organizzata e dettando ulteriori obblighi di collaborazione tra aggiudicatario e stazioni appaltanti. Le pubbliche amministrazioni più attive sotto questo profilo sono state i comuni di Milano e di Catanzaro e la prefettura di Reggio Calabria. In questo contesto va menzionato anche il protocollo di legalità stipulato il 12 luglio 2005 tra l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la Regione Sicilia, le prefetture siciliane, l'I.N.A.I.L., l'I.N.P.S. e il Ministero dell'interno<sup>111</sup>.

La questione più controversa riguarda la loro validità nella fase antecedente alla stipula del contratto: in effetti, essendo formalmente degli strumenti di tipo privatistico, potrebbero integrare senza problemi il contratto, entrando però in vigore soltanto a partire dalla sua stipula. L'eccezionalità dei patti d'integrità, invece, sta proprio nella loro validità come requisiti di partecipazione alla gara ulteriori rispetto a quelli previste dalle leggi. Il Consiglio di Stato, infatti,

---

<sup>109</sup> In realtà questa asserzione non è condivisa in pieno dalla dottrina. In seguito, quindi, si darà conto delle perplessità che circondano il carattere volontario e pattizio di questi strumenti.

<sup>110</sup> *Transparency International* è la maggiore organizzazione mondiale orientata al contrasto e alla prevenzione della corruzione. In Italia è stata fondata nel 1996.

<sup>111</sup> Cfr. F. Saitta, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in GiustAmm.it, 2014, pp. 3-4.

ribaltando completamente le ricostruzioni operate dal T.A.R. Lombardia<sup>112</sup>, ha stabilito che la loro violazione rappresenta un'autonoma causa di esclusione dalla gara. In questo senso, quindi, il patto d'integrità, prevedendo regole di comportamento già desumibili dalla disciplina positiva relativa alle procedure di evidenza pubblica e dai principi attinenti la materia, configura un sistema di condizioni la cui accettazione costituisce un presupposto necessario per la partecipazione delle imprese alla gara<sup>113</sup>.

In altre parole, il Consiglio di Stato, pur ribadendo la natura negoziale dei patti, ne ha giustificato il funzionamento nella fase precedente alla stipula del contratto. Ciò significa che, ai fini dell'ammissione alle procedure di gara, la stazione appaltante può richiedere alle imprese, oltre che i requisiti di partecipazione previsti dal Codice degli appalti, anche la sottoscrizione del patto di integrità.

Sul versante normativo, invece, i protocolli di legalità esordiscono con l'art. 120 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 107, emanato in attuazione dell'art. 69 del d.lgs. 163/2006<sup>114</sup>. Quest'ultimo riconosceva alle stazioni appaltanti l'opportunità di prevedere «condizioni particolari» per l'esecuzione del contratto. Tale possibilità, però, era subordinata ad alcuni presupposti: nello specifico, le condizioni di cui sopra dovevano attenersi ad esigenze sociali o ambientali, essere precisate nel bando, nell'invito o nel capitolato d'onere della gara, ed infine essere compatibili con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. A tal fine, la stazione appaltante

---

<sup>112</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 marzo 2003, n. 438; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 14 marzo 2003, n. 447.

<sup>113</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053.

<sup>114</sup> Su questo tema cfr. S. Muttoni, *op. cit.*, pp.424 e ss., secondo cui il fondamento legislativo dei protocolli di legalità era rappresentato dall'art.176, comma 3, lett. e) del d.lgs. 163/2006, così come modificato dal d.lgs. 113/2007. Attualmente questa previsione è dettata dall'art. 194 comma 3 lett. d) del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale, nell'ambito dell'affidamento ad un contraente generale, il soggetto aggiudicatario provvede «alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano, in ogni caso prevedendo l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni».

che vi ricorreva poteva comunicarle all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che si sarebbe pronunciata entro trenta giorni sulla loro compatibilità con il diritto europeo<sup>115</sup>. Tali condizioni, infine, dovevano essere accettate da tutti gli operatori economici in sede di offerta per l’ipotesi in cui fossero risultati vincitori.

In attuazione di questa previsione legislativa, l’art. 120 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, aveva stabilito che le stazioni appaltanti, nel definire i criteri di valutazione nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa, e ai fini del perseguimento delle esigenze sociali, potevano concludere «protocolli d’intesa» o «protocolli d’intenti» con vari soggetti pubblici, tra cui quelli con competenze in materia di sicurezza e di ordine pubblico<sup>116</sup>. In questo quadro si è espresso anche il Ministero dell’interno che, con la direttiva del 23 giugno 2010, ha auspicato la sottoscrizione di protocolli di legalità che includano una serie di clausole antimafia da riprodurre nella *lex specialis* dell’appalto<sup>117</sup>.

Il completo riconoscimento legislativo dei protocolli di legittimità è avvenuto con la cosiddetta legge anticorruzione, ossia la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione», che è stata giustapposta al Codice antimafia per rendere più efficace la lotta all’illegalità<sup>118</sup>. L’art. 1, comma 17, stabilisce che «le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara».

---

<sup>115</sup> Cfr. M. Frontoni, *op. cit.*, pp. 34 e ss., secondo il quale, nonostante il riconoscimento legislativo dei protocolli operato dalla l. 190/2012, l’esame dell’AGCM non può considerarsi completamente superato. In effetti, la legge disciplina i protocolli in generale, non il loro contenuto: l’esame dell’AGCM, quindi, potrà risultare utile rispetto a protocolli che prevedano clausole particolarmente critiche sotto il profilo della compatibilità con il diritto europeo.

<sup>116</sup> Occorre segnalare che sia l’art. 120 del d.P.R. 107/2010 che l’art. 69 del d.lgs. 163/2006 sono stati abrogati dal d.lgs. 50/2016.

<sup>117</sup> Cfr. Ministero dell’interno, circolare n. 4610 del 23 giugno 2010. Nel secondo allegato riporta due elenchi: il primo individua le clausole antimafia da inserire nei protocolli di legalità, mentre il secondo identifica quelle da inserire nei protocolli di legalità e da riprodurre nella “*lex specialis*” dell’appalto.

<sup>118</sup> Cfr. S. Foà, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, pp. 293-306. Su questo tema cfr. B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 2, pp. 123-133.

Secondo parte della dottrina, da questa norma emerge una novità fondamentale rispetto alla disciplina previgente, poiché recepisce a livello legislativo l'orientamento del giudice amministrativo: in effetti, anche se la disposizione, interpretata letteralmente, lega l'esclusione dalla gara al «mancato rispetto» delle clausole contenute nei protocolli, se ne deduce che questa conseguenza derivi dall'omessa accettazione<sup>119</sup>.

Questa posizione è stata condivisa anche dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP)<sup>120</sup>. Nella determinazione del 10 ottobre 2012, infatti, ha definito la nozione di «protocollo di legalità/patto di integrità», identificandolo come un accordo volto a sancire un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico. Tale impegno si esplica sia nella prevenzione, nel controllo e nel contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, che sul versante della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Inoltre, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa sopra citata, l'Autorità ha precisato che con la sottoscrizione dei protocolli le stazioni appaltanti si assumono l'obbligo di inserire nei bandi di gara l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole idonee a perseguire le finalità sopra indicate, in mancanza della quale possono essere esclusi dalla gara<sup>121</sup>.

In effetti, ragionando attentamente sulla norma in questione, si giunge alla conclusione per cui delle due l'una: o «mancato rispetto» sta a significare «mancata accettazione»; o «esclusione dalla gara» sta per «risoluzione del contratto». L'interpretazione letterale dell'intero art. 1, comma 17, porterebbe infatti ad un esito assurdo, non essendo logicamente possibile sanzionare il mancato rispetto di una clausola, fatto attinente alla fase dell'esecuzione, con l'esclusione dalla gara, momento che necessariamente la precede. In questo senso il T.A.R. di Palermo ha affermato che «non può che essere la mancata accettazione delle clausole del protocollo al momento della presentazione della domanda di partecipazione a causare l'esclusione dalla gara [...] poiché,

---

<sup>119</sup> Cfr. M. Frontoni, *op. cit.*, pp. 34 e ss.

<sup>120</sup> Ora soppressa e sostituita dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

<sup>121</sup> Cfr. AVCP, Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, recante *Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici*, p. 34.

altrimenti, il loro mancato rispetto nella conseguenziale fase di esecuzione non potrebbe mai comportare l'espulsione dalla gara ormai conclusa»<sup>122</sup>.

#### 4.2. *La natura giuridica dei protocolli e la compatibilità con la tassatività delle cause di esclusione*

Oltre alle difficoltà interpretative relative all'omessa accettazione delle clausole dei protocolli di legalità, il comma 17 dell'art. 1 della l. 190/2012 pone il problema della loro natura giuridica. Rispetto ad esso si registrano due orientamenti giurisprudenziali differenti. Secondo il primo, sostenuto dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, i protocolli di legalità sono qualificabili solo come «atti politici di indirizzo», inidonei a vincolare l'attività amministrativa. Quest'ultima, infatti, «si realizza esclusivamente secondo il principio di legalità»<sup>123</sup>, essendo sottoposta solamente alle norme giuridiche, legislative o regolamentari, e non agli atti politici. Una stazione appaltante, quindi, dovrebbe intendere i contenuti di un protocollo stipulato con la prefettura solamente come semplici indicazioni da seguire nell'esercizio della propria discrezionalità. Tale ricostruzione, tuttavia, non sembra doversi condividere: da un lato, infatti, smentisce tutta l'evoluzione giurisprudenziale prima esaminata; dall'altro, interpretando i protocolli di legalità come meri strumenti programmatici, la cui inosservanza è priva di conseguenze giuridiche, pare contrastare con il fine che perseguono, ossia aumentare il controllo preventivo della legalità nelle gare d'appalto<sup>124</sup>.

Un secondo indirizzo, invece, include i protocolli di legalità tra quegli «accordi fra pubbliche amministrazioni» individuati dall'art. 15 della l. 241/1990 per sviluppare la collaborazione in attività di interesse comune. In questo senso, la cooperazione si instaura tra prefetture e stazioni appaltanti ed è volta ad attuare una efficace politica di prevenzione antimafia nelle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici<sup>125</sup>. Tali accordi vengono poi accettati anche

---

<sup>122</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 25 febbraio 2014, n. 568.

<sup>123</sup> Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 19 dicembre 2008, n. 1100.

<sup>124</sup> Cfr. S. Vinti, *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *GiustAmm.it*, 2016, pp. 3-4.

<sup>125</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 21 giugno 2006, n. 7849.

dagli operatori economici al momento di partecipare alle gare. Questa ricostruzione, però, non sembra essere coerente con l'interpretazione secondo cui l'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 sanziona la mancata accettazione dei protocolli da parte delle imprese con l'esclusione dalle gare. Messa in questi termini, infatti, l'adesione al protocollo da parte delle imprese non deriva tanto dalla loro spontanea volontà, quanto da una sostanziale imposizione da parte della pubblica amministrazione. In effetti, quello che dovrebbe essere un atto spontaneo, ossia l'accettazione di un accordo, si trasforma in un requisito di partecipazione alla gara d'appalto, e così, di fatto, in un onere. Nei protocolli, dunque, non si rilevano gli elementi tipici del contratto tra privati, ma, al contrario, si riscontrano tracce di un potere amministrativo in grado di connotarli come fattispecie pubblicistiche. In altri termini, i protocolli rappresentano degli accordi quanto alla fase di formazione, e cioè alla stipula del protocollo tra pubbliche amministrazioni, mentre si atteggiano a provvedimenti autoritativi nel manifestare i propri effetti nei confronti dei terzi destinatari, e cioè le imprese partecipanti alla gara<sup>126</sup>.

Per analizzare il modo in cui i protocolli incidono sul problematico rapporto tra la tutela preventiva della legalità e la libertà d'impresa occorre dunque prendere le distanze da entrambe le ricostruzioni riportate, esaminando i protocolli secondo un diverso approccio. A ben vedere bisogna distinguere due prospettive: la fase di affidamento e la fase esecutiva. Rispetto a quest'ultima, che è retta da regole di diritto privato, i protocolli possono essere intesi a tutti gli effetti come accordi liberamente accettati dall'impresa aggiudicataria, contenenti delle clausole che, se non rispettate, conducono alla risoluzione del contratto. Quanto invece alla fase di affidamento, retta dalle regole dell'evidenza pubblica, i protocolli formano parte integrante della normativa che regola la procedura concorsuale. In definitiva, quindi, è solo nella fase di esecuzione del contratto che l'amministrazione deve misurare l'effettivo rispetto delle clausole del protocollo. La loro adesione, invece, può essere considerata, alla stregua dell'accettazione dei requisiti di ammissione stabiliti dal Codice degli appalti, implicita alla richiesta di partecipare alla gara<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. S. Vinti, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>127</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1 luglio 2015, n. 3467.

Considerare la mancata accettazione dei protocolli di legalità come causa di esclusione dalla gara, tuttavia, comporta un problema di coordinamento con il principio di tassatività delle cause di esclusione, ora disciplinato dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016. Il tema va analizzato tenendo distinti due punti: la compatibilità del contenuto dei protocolli di legalità con il principio di tassatività delle cause di esclusione, e la compatibilità dell'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 con il diritto europeo. Le due questioni, a ben vedere, sono strettamente collegate. Iniziando dalla prima, conviene ribadire che per il principio di tassatività delle cause di esclusione la *lex specialis* di gara non può contenere cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e da altre disposizioni di legge. È evidente, quindi, che fino all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 risultava complesso legittimare cause di esclusioni aggiuntive, quali erano le clausole previste dai protocolli, senza che queste avessero alcun fondamento nel Codice né in altre disposizioni di legge<sup>128</sup>. Con l'entrata in vigore della legge anticorruzione, si è visto, questo problema è stato risolto, dato che a partire da quel momento i protocolli di legalità, e con essi le loro clausole, hanno trovato un riconoscimento a livello legislativo. Adesso, quindi, le clausole previste dai protocolli di legalità sono ammissibili anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, poiché trovano fondamento in una di quelle «altre disposizioni di legge», ossia l'art. 1, comma 17, della l. 190/2012, legittimate ad introdurle.

La copertura offerta dalla legge anticorruzione al contenuto dei protocolli di legalità suscita, però, alcune riflessioni. L'art. 1, comma 17, infatti, può essere letto come una norma che elude il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dal Codice degli appalti. In effetti, è vero che quest'ultimo permette l'introduzione di cause di esclusione previste da disposizioni di legge; l'articolo in questione, però, non contiene una specifica causa di esclusione ma rimanda a quelle previste in atti non legislativi, ossia i protocolli. Introducendo un richiamo "in bianco" a tali strumenti, dunque, l'art. 1, comma 17, permette alle pubbliche amministrazioni di *bypassare* la tassatività delle cause di esclusione.

---

<sup>128</sup> Cfr. M. Frontoni, *op. cit.*, pp. 38-39, che riporta l'interpretazione proposta dall'ANAS secondo la quale la funzione escludente delle clausole contenute nei protocolli di legalità si giustificava, all'epoca, alla luce della legislazione in materia di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata nel settore degli appalti.

Essendo, inoltre, quest'ultimo un principio di derivazione comunitaria, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di esprimersi sulla compatibilità dell'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 con il diritto europeo. In particolare, ha rimesso all'attenzione della Corte due quesiti. In primo luogo, ha domandato se l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, che tipizza a livello europeo le cause di esclusione<sup>129</sup>, entri in contrasto con l'art. 1, comma 17, della legge anticorruzione, idoneo, come si è visto, ad aggirare il principio di tassatività. In secondo luogo ha chiesto se il riconoscimento legislativo dei protocolli di legalità possa essere giustificato alla luce dell'esigenza imperativa di contrastare la criminalità organizzata nel settore degli appalti<sup>130</sup>.

La Corte di Giustizia, nella sentenza C-425/2014, non ha risposto nel merito ai quesiti posti dal giudice italiano. In effetti, non si è pronunciata sulla compatibilità dell'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 con l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, evidenziando che l'appalto pubblico in questione in quel determinato caso era di un valore inferiore alla soglia di applicazione di quella direttiva. La Corte, ad ogni modo, si è espressa in favore dell'ammissibilità dell'art. 1, comma 17, della l. 190/2012, non in riferimento al citato art. 45 ma rispetto ai principi generali dell'ordinamento europeo. Innanzitutto, ha considerato i protocolli di legalità come delle misure strategiche nella prevenzione e nella lotta della criminalità organizzata. Ha affermato, infatti, che «una misura quale l'obbligo di dichiarare l'accettazione di un tale protocollo di legalità appare idonea a rafforzare la parità di trattamento e la trasparenza nell'aggiudicazione di appalti». Poi, ha evidenziato come tale obbligo, incombando su qualsiasi candidato, non violi il principio di non discriminazione.

Nell'analizzare la loro conciliabilità con il principio di proporzionalità, tuttavia, ha introdotto una distinzione. In effetti, l'art. 1, comma 17, obbligando i contraenti ad accettare le clausole di un protocollo di legalità, costituisce, in astratto, una misura proporzionale, poiché rappresenta uno strumento che non eccede quanto necessario al fine di contrastare le infiltrazioni mafiose. Il principio di proporzionalità, però, può essere violato dal contenuto dei singoli

---

<sup>129</sup> Attualmente la direttiva in questione è stata abrogata dalla direttiva 2014/24/UE, che riproduce il contenuto dell'art. 45 all'art. 57.

<sup>130</sup> Cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 19 dicembre 2008, n. 1100.

protocolli. Per rispettarlo a pieno, quindi, occorre che gli impegni e le dichiarazioni che li costituiscono non vadano oltre quanto è necessario per raggiungere gli scopi che perseguono. In altri termini, la Corte, legittimando l'art. 1, comma 17, della legge anticorruzione, ha ritenuto ammissibile, in via generale, l'esclusione dalle gare a seguito della mancata accettazione dei protocolli di legalità. Ha però subordinato la compatibilità di questi ultimi con l'ordinamento comunitario alla valutazione del loro contenuto che, se sproporzionato, li rende illegittimi<sup>131</sup>.

La pronuncia della Corte di Giustizia, dunque, riconosce la legittimità dei protocolli alla luce dei principi generali dell'ordinamento europeo. Va però rimarcata l'elusione della questione pregiudiziale: rimane tuttora pendente se l'art. 1, comma 17, della legge anticorruzione sia conforme all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE. In altre parole, è certo che i protocolli di legalità siano coerenti con i principi generali del diritto europeo; lo è meno la loro ammissibilità come cause di esclusione aggiuntive oltre a quelle dettate dall'art. 45. La questione sulla quale la Corte di Giustizia non si è pronunciata attiene quindi alla possibilità o meno di derogare al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Tale problema, invece, è stato risolto dai giudici italiani, che hanno dedotto la legittimità comunitaria dei protocolli dal loro scopo: essendo, infatti, strumenti finalizzati alla tutela dell'ordine pubblico, sono volti a soddisfare una di quelle «esigenze imperative di interesse generale» in relazione alle quali gli stati membri possono prevedere cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle tipizzate dall'art. 45 della direttiva 2004/18/CE. Questa suggestiva interpretazione, pur non essendo stata vagliata dalla giurisprudenza comunitaria, potrebbe trovare agganci nel quadro disegnato dalla nuova direttiva 2014/24/UE, che rispetto a quella precedente risulta essere maggiormente sensibile sul tema della tutela preventiva della legalità<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr. Corte di Giustizia UE, 22 ottobre 2015, C-425/14; sul tema cfr. C. Cravero, *Protocolli di legalità o Patti di Integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016.

<sup>132</sup> Si consideri in particolare il considerando n. 100 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui è «opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo». Su questo tema cfr. S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 3, pp. 318-331.

#### 4.3. *I profili di coordinamento con la documentazione antimafia*

I protocolli di legalità, essendo degli strumenti finalizzati ad accrescere le misure preventive predisposte dall'ordinamento per combattere la corruzione e l'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici, necessitano di essere coordinati con la disciplina riguardante la documentazione amministrativa antimafia. Giurisprudenza e dottrina, infatti, si sono interrogate su quanto e come i protocolli di legalità possono ampliare e modificare gli obblighi derivanti dal Codice antimafia. In particolare rilevano tre profili critici: l'estensione dei controlli antimafia a situazioni per le quali il d.lgs. 159/2011 non li prevede, il rapporto dei protocolli con le informative atipiche, e l'individuazione delle prefetture competenti a stipularli e ad applicarli.

La prima criticità ha dunque riguardato l'ammissibilità di protocolli di legalità che prevedono come obbligatori i controlli antimafia anche al di sotto delle soglie stabilite dal d.lgs. 159/2011. Dagli artt. 83 e 91 del Codice antimafia si ricava che, salvo le eccezioni, l'informazione antimafia è richiesta per i contratti di valore superiore alle soglie comunitarie, mentre la comunicazione antimafia è necessaria per i contratti di valore compreso tra le soglie comunitarie e 150.000 euro. Per tutti i contratti di valore inferiore a questa cifra, quindi, non si esige alcun tipo di documentazione antimafia. Ci si è chiesti, dunque, se, attraverso i protocolli di legalità, stazioni appaltanti e prefetture potessero accordarsi per derogare a tali previsioni, ampliando l'ambito oggettivo di tali verifiche. In particolare, il problema si è posto da un lato riguardo all'ammissibilità delle clausole che obblighino la stazione appaltante ad acquisire l'informazione al posto della comunicazione per gli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie; dall'altro rispetto alla possibilità di introdurre clausole che prevedano l'acquisizione della comunicazione antimafia anche nell'ambito di appalti di valore inferiore a 150.000 euro. In altri termini, la questione verteva sulla possibilità per stazioni appaltanti e prefetture di superare, per mezzo dei protocolli di legalità, sia il limite "interno" alla documentazione antimafia, ossia quello che distingue l'ambito oggettivo delle informazioni da quello delle comunicazioni, sia quello "esterno", e cioè quello che circoscrive l'ambito oggettivo della documentazione antimafia *tout court*.

In passato la giurisprudenza prevalente precludeva entrambe le possibilità: l'eccezionalità della normativa antimafia, infatti, era tale da impedire qualunque sua applicazione «analogica o estensiva» in ossequio a previsioni dettate da protocolli stretti tra prefetture e stazioni appaltanti, e quindi rimesse in ultima istanza a scelte discrezionali della pubblica amministrazione<sup>133</sup>. Tuttavia, pur condividendo l'assunto per cui la normativa antimafia vada interpretata in modo restrittivo, è stato osservato come questo non comporti il divieto di estendere la portata delle verifiche. Interpretare rigidamente il complesso delle norme antimafia nell'ambito di un appalto sotto soglia, infatti, implica esclusivamente la non illegittimità di un bando che non preveda l'acquisizione dell'informazione antimafia, non anche l'illegittimità di un bando che la preveda<sup>134</sup>.

Un'argomentazione simile, d'altronde, è stata elaborata dal Consiglio di Stato che, a partire dalla sentenza 240/2008, ha invertito l'orientamento giurisprudenziale dominante. I giudici di Palazzo Spada, infatti, hanno criticato il ragionamento seguito dalla giurisprudenza sopra citata per aver inferito da un obbligo di richiedere le informazioni per i contratti sopra soglia un divieto di acquisirle per quelli sotto soglia. In questo modo il Consiglio di Stato ha individuato una "zona grigia" tra i contratti di valore inferiore a 150.000 euro, per i quali le informative non possono essere richieste, e quelli di valore superiore alle soglie comunitarie, per i quali le informative sono necessarie per legge, nella quale la loro richiesta è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

Quest'ultima, quindi, nell'esercizio di tale discrezionalità è legittimata a stipulare protocolli di legalità che prevedano come obbligatoria l'acquisizione di informazioni antimafia anche per i contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria, per i quali, stando alla normativa antimafia, basterebbe una comunicazione<sup>135</sup>. Conseguentemente, il giudice amministrativo si è allineato all'orientamento che consente alle stazioni appaltanti di richiedere l'informazione antimafia anche per i contratti sotto soglia comunitaria, ma che continua ad impedire la richiesta di qualunque tipologia di documentazione antimafia per i contratti di valore inferiore a 150.000 euro. È possibile concludere, pertanto, che l'evoluzione giurisprudenziale ha riguardato il

---

<sup>133</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 69.

<sup>134</sup> Cfr. F. Saitta, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>135</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240.

superamento del limite “interno” alla documentazione antimafia, ma non quello “esterno”<sup>136</sup>.

La seconda criticità che caratterizza il rapporto tra documentazione antimafia e protocolli di legalità attiene invece alla possibilità di convertire, per mezzo di questi ultimi, gli effetti di un’informativa atipica in quelli di un’informativa tipica<sup>137</sup>. In altri termini, la giurisprudenza si è interrogata circa l’ammissibilità di protocolli di legalità attraverso i quali le stazioni appaltanti, esercitando previamente la propria discrezionalità, si impegnavano con le prefetture ad escludere automaticamente dalle gare le imprese colpite da un’informativa atipica, invece che valutare il caso concreto ed assumersi la responsabilità di decidere se espellere o meno l’impresa coinvolta. Andavano in questo senso le previsioni riportate, ad esempio, nel protocollo di legalità tra l’ANAS e la prefettura di Napoli del 13 gennaio 2004 ed in quello stipulato tra Roma Metropolitane s.r.l., la società di progetto “Metro C” S.p.A. e la prefettura di Roma. Il primo, all’art. 2 stabilisce che «la stazione appaltante si impegna, ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge, ad inserire, altresì, nei propri bandi di gara la facoltà per l’Ente di escludere le ditte per le quali il Prefetto fornisce informative antimafia ai sensi dell’art. 1-septies del d.l. 629/82». Analogamente, il secondo sanciva all’art. 5 che «le informazioni c.d. atipiche producono gli stessi effetti delle informazioni negative ai fini dell’interdizioni o dell’estromissione dell’impresa cui dette informazioni si riferiscono».

Contrariamente a tali previsioni, la giurisprudenza ha smentito che le stazioni appaltanti possano reagire ad un’informativa atipica nello stesso modo in cui rispondono ad un’informativa tipica, e cioè escludendo l’impresa coinvolta in

---

<sup>136</sup> In realtà qualche pronuncia particolarmente innovativa da questo punto di vista è stata emessa. In particolare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 7 giugno 2013, n. 3713 ha ammesso, entro determinate condizioni, anche il superamento del cosiddetto “limite esterno”, consentendo l’acquisizione della documentazione antimafia anche rispetto a contratti di valore inferiore ai 150.000 euro. Ha infatti affermato che «il mancato raggiungimento della soglia comunque non impedirebbe all’amministrazione finanziaria di acquisire l’informazione antimafia, ove ritenga necessario o comunque prudente avviare il relativo sub procedimento».

<sup>137</sup> Come si è spiegato nel paragrafo relativo alla documentazione antimafia, l’impresa che nell’ambito di una gara pubblica riceve un’informativa interdittiva tipica è esclusa automaticamente dalla gara; se, invece, riceve un’informativa atipica, la sua esclusione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che, valutando gli elementi forniti dal prefetto, deve decidere se espellere o meno l’impresa coinvolta.

modo automatico<sup>138</sup>. Il Consiglio di Stato ha spiegato che non è consentito alle stazioni appaltanti prevedere nei bandi l'esclusione dalla gara a seguito di un'informativa atipica, poiché «l'amministrazione non può abdicare a priori all'esercizio della sua discrezionalità»<sup>139</sup>. La pubblica amministrazione che voglia escludere un'impresa colpita da informativa atipica, quindi, deve farlo assumendo la responsabilità di esercitare la propria discrezionalità e non svolgendo una mera attività a carattere vincolato. Conseguentemente, il provvedimento che adotta a tal fine deve essere adeguatamente motivato, non essendo sufficiente il semplice rinvio a quanto considerato dal prefetto. In definitiva, pertanto, va rigettata la possibilità che i protocolli di legalità siano utilizzabili dalle stazioni appaltanti per limitare la propria discrezionalità rispetto all'istituto delle informative atipiche, accrescendo contemporaneamente quella del prefetto. La giurisprudenza, infatti, esclude che attraverso questi atti si possa derogare all'equilibrio di poteri individuato dal complesso delle norme in materia di antimafia.

Infine, va analizzato il tema della competenza sui protocolli di legalità, rispetto al quale non si riscontra alcuna indicazione normativa. L'unico riferimento a riguardo è rappresentato dall'art. 194, comma 3, lett. *d*), del Codice dei contratti pubblici che, nel disciplinare l'istituto dell'affidamento al contraente generale, attribuisce al soggetto aggiudicatore la possibilità di stipulare «appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità». A ben vedere la disposizione si presta a due differenti chiavi di lettura: in effetti, non è chiaro se la specificazione «in materia di sicurezza, di prevenzione e repressione della criminalità» si riferisca ad «appositi accordi» o ad «organi competenti». Considerando valida quest'ultima versione, si deduce che gli organi in questione siano le prefetture, in quanto amministrazioni dedite all'ordine e alla sicurezza pubblica.

La norma citata, tuttavia, non fornisce alcuna indicazione rispetto alla competenza territoriale di questi organi. Occorre infatti distinguere tra la prefettura competente a stipulare il protocollo da quella competente ad applicarlo. Questa differenziazione acquisisce particolare importanza soprattutto nei casi in cui i protocolli prevedono un ampliamento delle verifiche antimafia rispetto a

---

<sup>138</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-ter, 16 ottobre 2013, n. 9274; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2009, n. 6579.

<sup>139</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948.

quelle previste dal d.lgs. 159/2011. In questi casi, difatti, può capitare che l'applicazione di un protocollo stipulato dalla prefettura della provincia in cui ha sede la stazione appaltante risulti a carico di un'altra prefettura<sup>140</sup>. In particolare, la prefettura competente ad applicare detto protocollo, e quindi a condurre le verifiche antimafia ulteriori da quest'ultimo previste, è individuata in base al criterio della sede dell'impresa oggetto di tali controlli. In effetti, ai sensi degli artt. 87 e 90 del Codice antimafia, al netto del caso in cui la documentazione antimafia è acquisita mediante la consultazione della banca dati nazionale unica, e senza considerare l'ipotesi prevista per le società costituite all'estero prive di una sede secondaria, la prefettura competente ad effettuare i controlli coincide con quella in cui risiedono i soggetti da sottoporre a tali verifiche.

In definitiva, da questa rapida e non esaustiva disamina della relazione tra documentazione antimafia e protocolli di legalità appare chiaramente come questi ultimi abbiano svolto, e svolgano, un ruolo determinante nell'ampliare e rendere maggiormente efficace la lotta alla criminalità organizzata. Sono emerse, tuttavia, anche diverse criticità, con le quali devono confrontarsi giurisprudenza e dottrina, in attesa di un intervento del legislatore. Quest'ultimo sembra auspicabile soprattutto per individuare un criterio in base al quale identificare le prefetture competenti a stipulare ed applicare i protocolli. Quanto a giurisprudenza e dottrina, invece, si è visto come giochino un ruolo particolarmente significativo in questo ambito. In effetti, se è vero che i protocolli aumentano il grado di tutela preventiva della legalità, lo è altrettanto che lo fanno in un modo discutibile, ossia imponendo, di fatto, doveri collaborativi ai privati. È proprio su questo versante che, si è visto, sono intervenute le più rilevanti ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinarie, le quali, essendo per loro natura più flessibili rispetto a quelle normative, hanno cercato di individuare i punti di equilibrio tra le varie esigenze, evitando che i protocolli fossero utilizzati per eludere completamente la tipicità dei poteri pubblici.

---

<sup>140</sup> Cfr. M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in GiustAmm.it, 2016, p. 26.

## 5. Gli elenchi delle imprese virtuose: le *white list*

### 5.1. *La nascita e gli sviluppi*

La diffusione dei protocolli di legalità ha contribuito allo sviluppo dell'altro istituto posto alla base del *rating*: le cosiddette *white list*, ossia gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a misure di prevenzione di cui all'art. 67, comma 4, del d.lgs. 159/2011 né a tentativi di infiltrazione mafiosa. Le sue origini, infatti, vanno rintracciate nel Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'interno e Confindustria il 10 maggio 2010, nonché nella disciplina posta da alcuni decreti emanati tra il 2009 e il 2012.

Prendendo le mosse dal Protocollo stipulato nel 2010, occorre specificare che prevede un doppio livello di adesione: quello da parte delle Associazioni territoriali e/o di categoria di Confindustria e quello delle singole imprese associate. Queste ultime si impegnano, tra l'altro, a predisporre un elenco di partner commerciali particolarmente qualificati non solo dal punto di vista tecnico e finanziario, ma anche etico: le cosiddette *vendors' list*. In tali elenchi vengono ricompresi tutti gli operatori economici dai quali le imprese aderenti al Protocollo acquistano beni e servizi di valore superiore a 10.000 euro.

Affinché un operatore economico possa offrire tali prestazioni, e di conseguenza essere inserito nelle *vendors' list*, non deve obbligatoriamente entrare a far parte dei soggetti firmatari dell'accordo, essendo sufficiente a tal fine il rispetto di alcune clausole previste dal Protocollo e dalle relative linee guida. La controparte contrattuale dell'impresa aderente al Protocollo, infatti, deve necessariamente impegnarsi a consegnare la documentazione antimafia richiesta, ad attestare la propria regolarità contributiva e fiscale, ed a comunicare le eventuali variazioni intervenute. È tenuta, poi, ad osservare le norme in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro, a consentire la tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del contratto, ed a denunciare i fenomeni estorsivi. Inoltre, nell'ambito dei contratti pubblici, e cioè quando l'impresa aderente al Protocollo è nelle vesti di stazione appaltante, deve acquisire la sua preventiva approvazione prima di stipulare eventuali subcontratti<sup>141</sup>. È evidente,

---

<sup>141</sup> Protocollo di legalità stipulato tra il Ministero dell'interno e Confindustria il 10 maggio 2010.

dunque, come l'osservanza di tutti questi vincoli renda particolarmente affidabili gli operatori economici che, pur non prendendo parte al Protocollo, entrano in contatto con le imprese che lo hanno stipulato. I loro dati, pertanto, vengono prima inseriti nelle *vendors' list* di ciascuna impresa aderente, e poi fatti confluire in un elenco unico dei fornitori pubblicato sul sito di Confindustria.

Nel disciplinare tale elenco, il Documento per la commissione della legalità relativo al Protocollo di cui sopra richiama le *white list* prefettizie istituite dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70. In particolare, stabilisce che un'impresa aderente al Protocollo che voglia concludere un contratto con un operatore economico presente in una *white list* prefettizia sia esonerata dall'obbligo di richiedere la documentazione antimafia: si tratterebbe, infatti, di un adempimento superfluo, dato che per iscriversi a quel tipo di elenco gli operatori economici si sono già sottoposti, con successo, alle verifiche antimafia. Va osservato, però, che il Protocollo in questione richiama il d.l. 70/2011 soltanto perché prima dell'entrata in vigore della l. 190/2012 costituiva l'unica norma a dettare una disciplina generale sulle *white list*, prevedendo che fossero istituite presso «ogni prefettura». Ciononostante, tale decreto non può essere considerato un atto chiave nella disciplina delle *white list*. Da un lato, infatti, non è mai entrato in vigore, non essendo mai stato adottato il d.P.C.M. attuativo; dall'altro, nemmeno gli si può riconoscere il merito di aver introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto in questione.

Le *white list*, infatti, nascono due anni prima, con il decreto legge 28 aprile 2009, n. 39, convertito con modificazioni dalla legge 24 giugno 2009, n. 77, emanato nell'ambito degli interventi per la ricostruzione delle zone abruzzesi colpite dal terremoto del 6 aprile 2009. L'origine di questi strumenti, quindi, va individuata nell'art. 16, comma 5, del decreto citato, laddove dispone che «per l'efficacia dei controlli antimafia nei contratti pubblici (e nei successivi subappalti e subcontratti) aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture e nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche [...] è prevista la costituzione, presso il prefetto territorialmente competente, di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, cui possono rivolgersi gli esecutori dei lavori oggetto del presente decreto». Nell'ottica di questa norma, pertanto, le *white list* sono delle liste di soggetti economici di comprovata affidabilità a cui possono fare riferimento i contraenti della pubblica amministrazione qualora vogliano subappaltare parte della prestazione che

devono eseguire. La disciplina relativa alla costituzione, all'iscrizione e alla revisione periodica di tali elenchi è stata dettata dal d.P.C.M. 18 ottobre 2011.

Nella stessa direzione del decreto per la ricostruzione post-sismica in Abruzzo si sono mossi, successivamente, il decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, e il decreto legge 30 dicembre 2009, n. 195, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2010, n. 26: entrambi, infatti, hanno istituito un elenco analogo a quello previsto dall'art. 16, comma 5, del d.l. 39/2009, nel primo caso per la realizzazione delle opere in prospettiva dell'Expo Milano 2015, nel secondo rispetto al Piano Straordinario carceri. Emerge chiaramente la differenza rispetto al d.l. 70/2011: mentre quest'ultimo disciplina l'istituto delle *white list* a livello generale, gli altri lo hanno previsto in vista di esigenze specifiche.

Al netto delle differenze segnalate, però, va messo in luce il medesimo funzionamento. In tutti i casi finora trattati, infatti, l'iscrizione agli elenchi è volontaria ed è subordinata al previo compimento delle stesse verifiche antimafia a cui bisogna essere sottoposti per poter partecipare agli appalti di valore superiore alle soglie comunitarie. In altre parole, occorre dimostrare alla prefettura che svolge i controlli non solo di non aver subito i provvedimenti giudiziari di cui all'art. 67 del d.lgs. 159/2011, ma anche di non essere soggetti al rischio di inquinamento mafioso. A fronte di questi oneri, le imprese iscritte acquisiscono una sorta di "patente di legalità", entrando così nel novero delle imprese dal quale "preferibilmente" i contraenti della pubblica amministrazione dovrebbero attingere per selezionare i propri subappaltatori. Nella disciplina fin qui richiamata, dunque, l'iscrizione alla *white list* rappresenta il mero presupposto per una premialità che dovrebbe essere riconosciuta da altri soggetti privati. In altri termini, le norme in questione non prevedono alcun vantaggio concreto per le imprese iscritte alla *white list*, se non una sorta di "etichetta di legalità" che il mercato dovrebbe premiare<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. S. Gambacurta, *Le novità in materia di procedimento amministrativo e di contratti pubblici. Le white list*, in *Anticorruzione: commento alla riforma: la legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi: D.Lgs. 235/2012 (Incandidabilità), D.Lgs. 33/2013 (Trasparenza), D.Lgs. 39/2013 (Incompatibilità), D.Lgs. 62/2013 (Codice comportamento), D.P.C.M. 18 aprile 2013 (White list)*, F. Ferrero, S. Gambacurta (a cura di) Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 221.

## 5.2. *L'iscrizione alle nuove white list tra volontarietà formale ed obbligatorietà sostanziale*

I successivi interventi legislativi hanno delineato un sistema maggiormente incentivante. Il cambiamento è avvenuto con il decreto legge 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modificazioni dalla legge 1° agosto 2012, n. 122, recante le misure per la ricostruzione delle province emiliane, venete e lombarde colpite dal terremoto del maggio 2012. Con la sua entrata in vigore, infatti, sono state previste premialità ben più appetibili rispetto al semplice riconoscimento dell'onestà da vantare nel mercato. In effetti, l'art. 5-bis, comma 1, istituisce presso le prefetture delle province in questione «gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei settori di cui al comma 2, cui si rivolgono gli esecutori dei lavori di ricostruzione», aggiungendo poi che per l'affidamento e l'esecuzione di tali attività «è necessario comprovare quantomeno l'avvenuta presentazione della domanda di iscrizione negli elenchi sopracitati».

Il cambio di passo è palese: ai sensi di questo articolo, qualunque impresa voglia partecipare agli appalti riguardanti le attività «maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa»<sup>143</sup> deve iscriversi alle *white list*. Nonostante questa rilevante differenza, però, l'applicazione del decreto in parola è rimessa alle stesse modalità attuative disciplinate dal d.P.C.M. 18 ottobre 2011, previsto, come detto, nell'ambito delle liste per la ricostruzione abruzzese. In effetti, il legislatore stesso pare non essersi accorto dell'importante novità introdotta dal decreto per l'Emilia, perché dal punto di vista formale l'iscrizione alle *white list* continua ad essere prevista come facoltativa, mentre sul piano sostanziale viene individuata come *condicio sine qua non* per partecipare a determinati appalti.

Questa ambiguità non viene risolta nemmeno dalla l. 190/2012, che ha esteso la disciplina prevista fino ad allora soltanto ad ambiti settoriali (il Piano straordinario carceri, l'Expo Milano 2015 e le ricostruzioni post-sismiche in Abruzzo e in Emilia) a tutti i contratti pubblici riguardanti le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa. In effetti, nella versione

---

<sup>143</sup> Tali attività sono elencate dal comma 2 del medesimo articolo. Si tratta di un elenco aperto, in quanto viene riconosciuta la possibilità di individuare ulteriori settori, aggiunti, per ogni singola regione, «con ordinanza del Presidente in qualità di Commissario delegato, conseguentemente alle attività di monitoraggio ed analisi delle attività di ricostruzione».

originaria la legge anticorruzione non si poneva in continuità con la legge 74/2012 per l'Emilia ma con quelle ad essa precedenti. Disegnava, infatti, un impianto normativo in cui l'iscrizione alle *white list* era sia formalmente che sostanzialmente facoltativa, poiché non vi era nessun obbligo per le stazioni appaltanti di ricorrere a tali elenchi per poter stipulare i contratti pubblici in quelle determinate attività. Il d.P.C.M. 18 aprile 2013, emanato per attuarlo, stabilisce espressamente che l'iscrizione negli elenchi è volontaria. Rispetto a questa disciplina a carattere generale, quindi, l'art. 5-*bis* comma 1 del d.l. 74/2012, nel prevedere un regime più rigoroso, si poneva in rapporto di specialità.

L'evoluzione verso un sistema ad iscrizione obbligatoria anche a livello generale si è realizzata con l'emanazione del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Tale intervento, infatti, ha riformato la l. 190/2012 rendendo obbligatoria la consultazione delle *white list* per affidare contratti pubblici nelle attività maggiormente esposte all'inquinamento mafioso. Per tali attività l'art. 1, comma 52, dopo aver stabilito che la documentazione antimafia è richiesta in ogni caso, indipendentemente dalle soglie individuate dal Codice antimafia, specifica che questa è «obbligatoriamente acquisita [...] attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa». Pertanto, sulla scia di quanto aveva previsto il d.l. 74/2012 per la ricostruzione post-sismica in Emilia, la legge anticorruzione prevede ora che i soggetti competenti a richiedere la documentazione antimafia ai sensi dell'art. 83 del Codice antimafia, nell'ambito delle attività particolarmente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa non devono farlo secondo le modalità individuate dal medesimo codice, ma attraverso la consultazione delle *white list*.

Questo obbligo risulta ulteriormente rafforzato dalla disciplina transitoria dettata dall'art. 29, comma 2, del d.l. 90/2014, secondo cui, nel periodo di prima applicazione<sup>144</sup>, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti pubblici relativi alle attività particolarmente esposte a condizionamenti mafiosi «previo accertamento della avvenuta presentazione della domanda di iscrizione

---

<sup>144</sup> Originariamente, tale periodo non poteva superare i 12 mesi dalla data di entrata in vigore del d.l. 90/2014. Tale termine è stato poi prorogato dall'art. 11 bis del d.l. 78/2015, convertito dalla l. 125/2015, fino all'attivazione della Banca Dati Nazionale Unica della documentazione antimafia.

nell'elenco». La rilevanza delle *white list*, quindi, è ribadita dalla prescrizione per cui, appena entrato in vigore il nuovo decreto, le imprese dovevano essere selezionate, se non tra quelle registrate nell'elenco, quantomeno tra quelle che avevano fatto domanda di iscrizione. Qualora quest'ultima fosse stata negata successivamente all'affidamento, il decreto in questione stabilisce che si sarebbero applicate le norme del Codice antimafia su revoca e recesso a seguito di informazioni interdittive sopravvenute. Da questa previsione, dunque, può ricavarsi in via interpretativa la regola generale per cui l'iscrizione delle imprese nelle *white list* rappresenta una condizione necessaria per poter stipulare contratti pubblici aventi ad oggetto esclusivo le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa<sup>145</sup>.

Dal punto di vista delle imprese cambia poco: in effetti, se è vero che per quelle iscritte alle *white list* non occorre acquisire l'informativa liberatoria, lo è altrettanto che i requisiti per essere ammessi alle prime coincidono con quelli necessari per ricevere la seconda. Da un lato, infatti, ai sensi dell'art. 7 del d.P.C.M. 18 aprile 2013 «l'informazione antimafia non è richiesta nei confronti delle imprese iscritte nell'elenco per l'esercizio delle attività per cui è disposta l'iscrizione». Dall'altro, secondo l'art. 2 dello stesso decreto, l'iscrizione in tali elenchi è soggetta alle medesime condizioni attestate dall'informativa antimafia liberatoria: «l'assenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del Codice antimafia» e «l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, di cui all'art. 84, comma 3, del Codice antimafia». Per le imprese, quindi, viene meno soltanto un obbligo strumentale: dato che per poter partecipare a determinate tipologie di gare d'appalto è imprescindibile l'inclusione in uno di questi elenchi, devono dimostrare il possesso dei requisiti "liberatori" in un momento previo ed indipendente dall'indizione di una specifica gara, ma relazionato all'iscrizione o alla richiesta di rinnovo per la *white list*. Dal punto di vista delle prefetture, invece, il nuovo sistema comporta un notevole alleggerimento dell'attività di indagine: salvo le verifiche sporadiche condotte in base all'art. 5, comma 3, del d.P.C.M. 18 aprile 2013, infatti, sono esonerate per almeno dodici mesi (ossia il periodo di efficacia dell'iscrizione) dall'onere di

---

<sup>145</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 23 marzo 2016, n. 1511.

dover attestare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa per le imprese inserite negli elenchi<sup>146</sup>.

L'interpretazione secondo cui per i settori più a rischio di inquinamento mafioso le verifiche antimafia sono da effettuarsi necessariamente mediante la consultazione delle *white list*, pur essendo condivisa dalla giurisprudenza prevalente ed ampiamente giustificata sulla base delle modifiche operate dal d.l. 90/2014 sulla legge anticorruzione, suscita qualche perplessità. In particolare, emerge il contrasto tra la normativa primaria, e cioè l'art. 1, comma 52, della l. 190/2012, e quella secondaria, ossia il decreto attuativo: in effetti, da un lato, come si è visto, la legge anticorruzione così come modificata dal d.l. 90/2014, individuando in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di consultare le *white list* per determinati settori di contratti pubblici, ha costretto le imprese che vi operano ad iscriversi; dall'altro il d.P.C.M. 18 aprile 2013, emanato sulla base dell'originaria legge anticorruzione, all'art. 2 continua a prevedere come volontaria l'iscrizione a tali elenchi.

Come è stato puntualmente evidenziato dall'ANAC, dunque, ci si trova dinnanzi ad un quadro normativo che, pur imponendo come obbligatorio l'utilizzo delle *white list*, non prevede in modo esplicito un corrispondente obbligo per le imprese di registrarsi nel medesimo. In effetti, se l'iscrizione è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'impresa, il popolamento delle *white list* può risultare parziale, e quindi inidoneo a renderle davvero rappresentative degli operatori economici che operano nei settori più esposti al rischio di infiltrazioni criminali. Affinché possa funzionare il sistema delineato dal d.l. 70/2014, pertanto, pare opportuno riformare il d.P.C.M. 18 aprile 2013, sopprimendo il carattere volontario dell'iscrizione agli elenchi e prevedendone, in coerenza con la normativa primaria, l'obbligatorietà<sup>147</sup>.

Un secondo elemento critico da riscontrare nel carattere vincolante della consultazione delle *white list* attiene alla compatibilità con la tutela della concorrenza nell'ordinamento europeo. In contrasto con la ricostruzione dell'istituto fin qui seguita, infatti, ne è stata avanzata una “comunitariamente

---

<sup>146</sup> Cfr. J. Buggea, *Le "white list": strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014, p. 685.

<sup>147</sup> Cfr. ANAC, Atto di segnalazione n. 1 del 21 gennaio 2015, relativo alla disciplina delle verifiche antimafia mediante *White list*.

orientata”. In particolare, è stato sottolineato come il vincolo in capo alle stazioni appaltanti di consultare le *white list* non debba essere inteso come un obbligo di ricorrere esclusivamente alle imprese ivi incluse. Bisogna, al contrario, interpretarlo come una mera indicazione procedimentale: per acquisire le informazioni relative all’affidabilità dell’impresa prescelta, la pubblica amministrazione deve innanzitutto valersi della *white list*, e solo nel caso in cui l’impresa in questione non risulti iscritta può seguire il procedimento ordinario richiedendo le informative necessarie al prefetto<sup>148</sup>.

Risulta evidente come questa tesi distingua chiaramente il momento delle verifiche antimafia da quello di scelta del contraente, sottraendo il secondo da qualsiasi tipo di condizionamento derivante dalla procedura seguita per svolgere il primo. In questo modo, è stato sostenuto, si tutelano le imprese non iscritte, ed in particolare quelle straniere, in ossequio ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi. È stato messo in luce, infatti, come l’introduzione delle *white list* possa comportare un irrigidimento di alcuni settori del mercato degli appalti tale da rappresentare una specie di riedizione dell’ormai abrogato Albo Nazionale Costruttori. Questi elenchi, infatti, includendo solo le imprese che volontariamente si sottopongono ai controlli antimafia, generano una sorta di “presunzione di disonestà” nei confronti di chi, pur non avendo nessun legame con la criminalità organizzata, non vi aderisce<sup>149</sup>.

Contrariamente a quanto osservato, tuttavia, va rilevato che il vincolo in capo alle stazioni appaltanti di selezionare le imprese dalle *white list*, se accompagnato dal corrispettivo obbligo di iscriversi, non irrigidisce il mercato: in effetti, obbligando tutti gli operatori economici a registrarsi negli elenchi li si mette automaticamente in condizione di accedere ai rispettivi mercati. In questo quadro, l’unico ostacolo allo sviluppo della libera concorrenza potrebbe essere rappresentato dall’esistenza di barriere che si frappongono tra le imprese non italiane e l’iscrizione alle *white list*. Detto altrimenti, il libero accesso alle *white*

---

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Cfr. B. Frattasi, S. Gambacurta, *L’ambito soggettivo e oggettivo della documentazione antimafia*, in *Codice antimafia: commento al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 dopo il D. Lgs. 218/2012 (Correttivo) e la Legge 228/2012 (Legge di stabilità 2013): le misure di prevenzione personali e patrimoniali, la documentazione antimafia, l’Agenzia per i patrimoni di mafia*, A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta (a cura di), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 228.

*list* da parte degli operatori economici stranieri costituisce la condizione necessaria e sufficiente affinché il sistema delineato dalla nuova legge anticorruzione possa dirsi compatibile con i principi comunitari. In questo senso, l'apertura delle *white list* alle imprese straniere è garantita dal combinato disposto degli articoli 1 e 3 del d.P.C.M. 18 aprile 2013, dal quale emerge che le imprese costituite all'estero e prive di una sede stabile in Italia possono scegliere quale prefettura debba disporre la propria iscrizione<sup>150</sup>.

### 5.3. *Le attività maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa*

L'iscrizione alle *white list*, pur non costituendo un intralcio alla concorrenza, rappresenta comunque un adempimento ulteriore a carico delle imprese che operano in determinati settori. In quanto tale, quindi, deve essere giustificato sulla base di una specifica esigenza. Quest'ultima si deve rintracciare nella necessità di porre sotto più stringenti controlli gli operatori economici coinvolti in attività che, per la loro natura, sono più esposte a contatti con le organizzazioni criminali. La necessità di prestare maggiore attenzione a specifici settori è emersa soprattutto a partire dalla circolare del Ministero dell'interno del 23 giugno 2010, n. 4610, con la quale sono state dettate le linee di indirizzo per un controllo più incisivo delle attività legate al ciclo di realizzazione delle opere pubbliche considerate particolarmente vulnerabili. La stessa circolare conteneva, nel primo allegato, l'elenco di tali attività, rispetto alle quali prefigurava la sottoposizione ad uno *screening* preventivo sul modello individuato a quel tempo solo dai decreti legge 39 e 135 del 2009 per la ricostruzione post-sismica in Abruzzo e per le opere dell'Expo Milano 2015.

Tale elenco, infatti, è stato poi ripreso quasi fedelmente dal d.P.C.M. 18 ottobre 2011, emanato proprio per attuare le previsioni sulle prime *white list* dettate da quei decreti. La sua prima apparizione nella normativa di rango primario è avvenuta con il d.l. 74/2012, per poi essere riprodotto ed integrato dalla l. 190/2012. Quest'ultima, all'art. 1, comma 53, definisce come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa il trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; il trasporto, anche transfrontaliero, e lo smaltimento

---

<sup>150</sup> Questa soluzione è coerente con l'art. 91 comma 5 del Codice antimafia, così come modificato dal d.lgs. 218/2012, che permette il rilascio della documentazione antimafia anche rispetto alle imprese straniere prive di sede stabile in Italia.

di rifiuti per conto di terzi; l'estrazione, la fornitura e il trasporto di terra e di materiali inerti; il confezionamento, la fornitura e il trasporto di calcestruzzo e di bitume; i noli a freddo di macchinari; la fornitura di ferro lavorato; i noli a caldo; gli autotrasporti per conto di terzi; e la guardiania dei cantieri. Il giudice amministrativo ha ribadito che si tratta di un elenco tassativo: al di fuori di delle ipotesi ivi contemplate, infatti, la verifica dell'insussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa va svolta mediante gli ordinari strumenti previsti dal Codice antimafia, e cioè le informazioni e le comunicazioni<sup>151</sup>.

Alla luce del comma 54 del medesimo articolo, tuttavia, l'elenco individuato non può considerarsi chiuso né definitivo. Stabilisce infatti che può essere "aggiornato" attraverso un peculiare procedimento. Il decreto di aggiornamento è infatti adottato dal Ministero dell'interno, di concerto con i Ministeri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, che devono esprimersi entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema al Parlamento, dopo i quali il decreto può essere adottato anche in assenza di tali pareri. Paradossalmente, quindi, il comma 54 rimette ad una fonte di rango secondario la possibilità non solo di integrare ma anche di modificare l'elenco individuato dal comma precedente, e cioè da una fonte di rango primario. In effetti, ai sensi di questa previsione un decreto del Ministero dell'interno potrebbe anche eliminare una o più voci dall'elenco delle attività considerate maggiormente a rischio di inquinamento mafioso dal comma 53. Questa interpretazione, d'altronde, è coerente con la previsione per cui l'adozione del decreto in questione è subordinata ad un procedimento speciale, che vede coinvolte, oltre agli altri ministeri di cui si è detto, le commissioni parlamentari: l'emanazione del loro parere, analogamente al procedimento di formazione dei decreti legislativi, potrebbe conferire al decreto del Ministero dell'interno quel *quid* di legittimazione necessario per poter intervenire su una disciplina di rango legislativo<sup>152</sup>.

Riguardo alla regolamentazione delle attività più a rischio di infiltrazione mafiosa, infine, merita una riflessione il comma 52-*bis*, per il quale l'iscrizione alla *white list* è valida anche rispetto ad attività diverse da quelle per le quali è

---

<sup>151</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 23 marzo 2016, n. 1511.

<sup>152</sup> Cfr. S. Gambacurta, op cit., p. 224.

stata disposta. Tale previsione è stata introdotta dal citato d.l. 90/2014 per porre rimedio al problema del coordinamento tra le liste. Originariamente, infatti, l'eventuale iscrizione di un'impresa in più elenchi comportava, per ognuno, la ripetizione del controllo del possesso dei requisiti sia ai fini dell'iscrizione che della permanenza. L'introduzione del comma 52-*bis*, eliminando questo aggravio procedimentale, ha rappresentato quindi un rilevante elemento di semplificazione<sup>153</sup>.

#### *5.4 Il dialogo tra imprese e prefetture: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo*

La peculiarità dell'istituto delle *white list* all'interno del complesso della normativa sulla tutela preventiva della legalità negli appalti pubblici non può essere compresa senza soffermarsi sul rapporto che si instaura tra imprese e pubblica amministrazione. In effetti, alla base di questo sistema vi è una sorta di "patto di fiducia" tra gli operatori economici e le prefetture: i primi si iscrivono per attestare, in un momento precedente a qualsiasi gara di appalto, la propria estraneità a qualunque condizionamento mafioso; le prefetture, dal canto loro, decidono di "fidarsi" di questi soggetti per dodici mesi, lasciandoli, salvo eccezioni<sup>154</sup>, nel novero delle imprese già abilitate dall'ordinamento a contrarre con la pubblica amministrazione.

Per analizzare la relazione tra prefetture ed imprese occorre prendere in considerazione due elementi: il procedimento di iscrizione e l'onere collaborativo. Come si è visto, affinché il procedimento vada a buon fine, e quindi sia preordinato alla registrazione delle imprese nell'elenco, devono sussistere le medesime condizioni previste per ottenere un'informazione antimafia liberatoria. Anche la sequenza degli adempimenti prefettizi, d'altronde, sembra ricalcare quella preordinata all'adozione di quel tipo di provvedimento. In effetti, ai sensi dell'art. 3 del d.P.C.M. 18 aprile 2013, l'iscrizione è disposta dalla prefettura

---

<sup>153</sup> Cfr. J. Buggea, *op. cit.*, pp. 685-686.

<sup>154</sup> Un'impresa può essere cancellata dalle *white list* prima della scadenza della sua iscrizione, a causa della comprovata perdita delle condizioni necessarie, in due differenti situazioni: la verifica condotta dal prefetto dopo le modifiche dell'assetto proprietario o degli organi sociali dell'impresa (ex. art. 4 del d.P.C.M. 18 aprile 2013); o alle verifiche effettuate dal prefetto in qualsiasi momento, anche a campione (ex. art. 5 del medesimo decreto).

competente, che deve in prima battuta ricorrere alla banca dati nazionale unica. Se dalla sua consultazione emerge la possibilità di rilasciare all'impresa in questione l'informazione antimafia liberatoria, il prefetto procede alla sua registrazione. Se, invece, l'impresa non è tra i soggetti ivi censiti, oppure gli accertamenti antimafia ad essa relativi sono stati effettuati oltre un anno prima, o dalla sua consultazione emerge l'esistenza di una causa ostativa al rilascio di detta informativa, la prefettura competente sottopone alle verifiche necessarie l'impresa che ha richiesto l'iscrizione. Questi controlli possono avere esito liberatorio, e quindi il prefetto procede all'iscrizione dell'impresa, concludendo il relativo procedimento nel termine di novanta giorni dalla data di ricevimento dell'istanza di iscrizione; oppure esito interdittivo, nel qual caso la prefettura adotta un provvedimento di diniego dell'iscrizione.

Una lettura superficiale di questa norma potrebbe portare a concludere che il procedimento di iscrizione alla *white list* sia equivalente a quello per ottenere l'informativa liberatoria. A ben vedere, però, si tratta di due procedimenti aventi una natura giuridica differente. In effetti, il procedimento per ottenere un'informativa liberatoria rappresenta un sub-procedimento nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico; possiede, quindi, una natura certificativa (nel caso delle comunicazioni antimafia) o una natura mista di accertamento e certificativa (nell'ipotesi di informazione antimafia). Quello di iscrizione alle *white list*, al contrario, ha natura concessoria, poiché costituisce un procedimento autonomo volto a conferire uno *status*, e cioè quello di impresa affidabile dal punto di vista dei requisiti antimafia<sup>155</sup>.

Questa versione, tra l'altro, viene confortata dalla previsione per cui, ai sensi degli artt. 3, 4 e 5 del d.P.C.M 18 aprile 2013, il provvedimento di diniego dell'iscrizione e quello di cancellazione vengono adottati «nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241», e cioè comunicando al destinatario i motivi del diniego o della cancellazione e mettendolo nelle condizioni di rimuoverli. L'emanazione di un'informativa interdittiva, invece, viene comunicata soltanto alle stazioni appaltanti<sup>156</sup>. Questa differenza deriva proprio dalla diversa natura dei procedimenti in questione, dato che i primi hanno

---

<sup>155</sup> Cfr. S. Gambacurta, *op. cit.*, pp. 229-230.

<sup>156</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 13 giugno 2014, n. 2691.

carattere autonomo, mentre il secondo viene inquadrato più che nel rapporto tra imprese e prefetto in quello che sussiste tra quest'ultimo e le stazioni appaltanti.

Il secondo elemento che caratterizza il dialogo tra amministrazione prefettizia ed imprese iscritte nelle *white list* consiste nell'onere di collaborazione che queste ultime devono assumersi nei confronti del prefetto. Ai sensi dell'art. 1, comma 55, infatti, «l'impresa iscritta nell'elenco di cui al comma 52 comunica alla prefettura competente qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dalla data della modifica». L'art. 4 del decreto attuativo specifica che tale termine decorre «dalla data di adozione dell'atto o dalla stipula del relativo contratto che determina tali modifiche». A seguito di tale comunicazione, il prefetto deve verificare se, nonostante le modificazioni societarie intervenute, permangono le condizioni grazie alle quali era stata disposta l'iscrizione dell'impresa in questione; qualora ne ravvisi la mancanza, infatti, deve procedere a cancellarla dall'elenco. Tale misura, inoltre, è prevista anche dall'art. 5 nel caso in cui vengano accertate le modifiche di cui sopra senza che l'impresa in questione le abbia comunicate.

Dal complesso della normativa richiamata emerge chiaramente come l'intento del legislatore consista nel coinvolgere sempre di più le imprese nel controllo della loro stessa legalità. Analogamente a quanto detto per i protocolli di legalità, però, anche la disciplina delle *white list* pare introdurre, sotto l'apparente forma di un'adesione volontaristica, una serie di mansioni ed adempimenti obbligatori a carico dei privati. Come specificato nella premessa, ma come spesso si tende a trascurare, all'aumento delle cautele antimafia ed anticorruzione rimesse a carico delle singole imprese corrisponde una notevole crescita dei costi. Si assiste, quindi, ad un trasferimento della spesa "amministrativa" per contrastare la criminalità dalle pubbliche amministrazioni alle imprese virtuose. Tale trasferimento, tuttavia, non può essere giustificato solo sulla base del fine di un più avanzato sistema preventivo. Occorre, invece, riconoscere, distinguere e premiare il merito delle imprese più attive sul fronte della tutela della legalità. È proprio questa, dunque, la prospettiva nella quale si inserisce il *rating* di legalità.

## CAPITOLO TERZO

### QUANDO ESSERE ONESTI CONVIENE: IL RATING DI LEGALITÀ

#### 1. Il fine e la *ratio*

Tra gli strumenti previsti dall'ordinamento per coinvolgere i soggetti privati nel contrasto della corruzione e della criminalità organizzata assume un ruolo principale il *rating* di legalità. Si tratta di uno strumento che, ponendosi in linea di continuità con i protocolli di legalità e le *white list*, contribuisce ad instaurare un sistema di “filtraggio” delle imprese volto a garantire la sicurezza del mercato<sup>157</sup>. Rispetto agli istituti appena richiamati, però, ha un ambito di applicazione più ampio: in effetti, non nasce né si limita ai contratti pubblici, ma esplica le proprie potenzialità anche in altri settori dell'economia. Inoltre, ne capovolge completamente la prospettiva: mentre i protocolli di legalità e le *white list* rappresentano sostanzialmente degli strumenti ai quali le imprese devono aderire a costo di una loro penalizzazione nel mercato degli appalti, il *rating* di legalità costituisce una misura di tipo premiale. L'ordinamento, infatti, vuole promuovere il valore della legalità non soltanto punendo chi non si conforma agli standard individuati per legge, ma anche gratificando chi, di sua spontanea volontà, li supera.

---

<sup>157</sup> Cfr. Comunicazione Ministero dell'interno - Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere “Comuni”, 9 novembre 2012.

Il *rating* di legalità, dunque, può essere definito come un sistema premiale in favore degli operatori economici che si distinguono nella tutela della legalità, andando oltre quanto richiesto dalla disciplina di settore. La sua peculiarità va rintracciata proprio nel presupposto che ne è alla base: per ottenerlo, infatti, ad un'impresa non basta tenere comportamenti non illegittimi, ma deve adottare misure positive di contrasto all'illegalità, eticamente e socialmente rilevanti<sup>158</sup>. Rappresenta, pertanto, un istituto ben più ambizioso dei suoi antecedenti: mettendo in relazione misure premiali a comportamenti considerati virtuosi, spinge i protagonisti del mercato a collaborare attivamente con le autorità ai fini di una più intensa ed effettiva tutela della legalità.

In questo modo il *rating* diviene un indicatore attraverso il quale è possibile misurare l'affidabilità degli operatori economici, facendo emergere quelli con un punteggio più alto. Questa discriminazione, lungi dal minare la concorrenzialità del mercato, è preordinata al suo rafforzamento. In effetti, lo scopo principale dell'istituto deve essere rintracciato proprio nell'intento, ampiamente condiviso dall'Unione europea, di istaurare una concorrenza leale.

Questo obiettivo si comprende meglio se considerato alla luce del legame tra criminalità e concorrenza: solo abbattendo la prima è possibile garantire a pieno la seconda. Il sostanziale ed uniforme rispetto della legalità, infatti, rappresenta la pre-condizione della parità concorrenziale tra gli operatori economici, necessaria a far emergere, a seguito della competizione economica, l'impresa più efficiente. Ne consegue l'intrinseca incompatibilità tra mercato concorrenziale e impresa criminale: effettivamente, quest'ultima, violando le regole, trae beneficio da vantaggi che non derivano dalle proprie capacità economiche, bensì dal potere di distorcere il naturale andamento dell'economia. In altre parole, la presenza di fenomeni corruttivi o mafiosi falsa il funzionamento del mercato, garantendo una posizione privilegiata alle imprese legate alle organizzazioni criminali. In particolare, queste ultime sono avvantaggiate dalla possibilità di disporre di ingenti capitali di oscura provenienza e di reperire i fattori produttivi a condizioni migliori rispetto ai propri concorrenti, potendo contare, tra l'altro, su una forte compressione salariale. Nel caso di connivenza con i funzionari pubblici, inoltre, le imprese disoneste possono risparmiare su molte tipologie di

---

<sup>158</sup> Cfr. G. Marchianò, *Il rating delle imprese non può rimanere una delle tante grida manzoniane nell'individuazione delle misure premiali*, in *Informator*, 2015, 1, p. 80.

costi, come ad esempio quelli relativi allo smaltimento dei rifiuti, alla tutela dei lavoratori o alla normativa fiscale<sup>159</sup>. È evidente quindi come tutti questi fattori pregiudichino il corretto funzionamento della concorrenza. Se non contrastati, infatti, trasformano il mercato nel luogo in cui non prevale l'impresa più efficiente, ma quella che meglio delle altre è in grado di eludere l'insieme delle regole e dei vincoli giuridici che lo regolano.

Da quanto detto emerge chiaramente come il legislatore, sia italiano che comunitario, abbia acquisito consapevolezza circa l'imprescindibile legame tra concorrenza e legalità. Detto altrimenti, negli ultimi anni si è presa coscienza del fatto che una "vera" concorrenza non può che essere una "sana" concorrenza. Per garantirla, quindi, non bisogna esitare ad introdurre strumenti in grado di discriminare le imprese sulla base di fattori non prettamente economici come il *rating*: questi, infatti, si rendono necessari per contrastare un fenomeno, quello criminale, che se lasciato indisturbato rischia di compromettere il funzionamento del mercato e di ridurre la produttività dell'economia. In effetti, la tutela della legalità non è finalizzata esclusivamente a proteggere le imprese "pulite" che si vedono sopraffatte da quelle disoneste, ma è volta anche a garantire le condizioni ottimali per la crescita e lo sviluppo della società nel suo complesso<sup>160</sup>. I comportamenti economici premiati dal *rating*, inoltre, consentono anche di raggiungere gli obiettivi dettati dalle norme europee in materia di lotte alle frodi. L'Unione europea, infatti, vuole premiare le imprese che non violano le regole e che garantiscono il corretto utilizzo dei finanziamenti. In questo senso il *rating* può assurgere a criterio per identificarle, mettendo in luce i soggetti economici più adatti per usufruire degli aiuti europei nel rispetto del principio di sana gestione finanziaria delle risorse comunitarie<sup>161</sup>. In definitiva, favorendo attraverso un sistema premiale l'osservanza delle leggi, l'istituzione del *rating* avvia un circolo virtuoso per tutta l'economia.

Il *rating*, pertanto, è uno strumento volto a dare importanza al rispetto e alla promozione della legalità nelle politiche aziendali. Da un punto di vista prettamente teorico si può affermare che sia il mezzo giuridico attraverso il quale

---

<sup>159</sup> Cfr. AGCM, *La politica di concorrenza nell'economia italiana. Profili generali e linee di intervento*, 2012, p. 24 e ss.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> Cfr. T. Tomasi, *Il rating di legalità come premio per le imprese virtuose*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 136 e ss.

l'ordinamento vuole inserire, tra gli obiettivi perseguiti dalle imprese, anche il raggiungimento di elevati standard relativi alla trasparenza e alla correttezza dei propri comportamenti. In altri termini, il *rating* vuole integrare la naturale finalità perseguita dagli operatori economici, ossia il profitto, con obiettivi di tipo etico. Per raggiungere questo proposito, il sistema non può fare affidamento solo sulla buona volontà delle imprese, ma deve prevedere misure idonee a ricompensare questo tipo di sforzi. La promozione della legalità, infatti, presuppone un elevato dispendio di risorse e non di rado rappresenta un peso nel perseguimento di opportunità economiche di rilievo. Se l'ordinamento ignorasse questo dato di fatto, avvantaggerebbe in modo implicito le imprese che non adottano comportamenti extra-economici virtuosi, incentivando quelle coinvolte anche nel sociale ad abbandonare il proprio impegno. È pertanto opportuna una presa d'atto di carattere sociologico ben precisa: i soggetti economici sono per loro natura egoisti, e perseguono soltanto il profitto, nel modo più efficace ed efficiente possibile.

Solo sulla base di queste premesse si può comprendere la logica di funzionamento del *rating* e la sua incidenza sulle decisioni dei soggetti economici. Prevedendo un sistema premiale, infatti, tale strumento vuole legare i comportamenti virtuosi, ma di per sé non remunerativi, ad una serie di vantaggi concreti. In questo modo costituisce un incentivo per metterli in pratica: grazie al *rating* di legalità, le imprese adottano comportamenti virtuosi non fini a se stessi, ma perché rappresentano il modo più efficace ed efficiente per raggiungere il profitto. In breve, il *rating* trasforma il rispetto e la promozione della legalità da "fine" a "mezzo": essere onesti e collaborare con le autorità nel contrasto della criminalità conviene, perché l'ordinamento prevede uno strumento capace di premiare i comportamenti orientati in tal senso. La *ratio* dell'istituto, dunque, consiste proprio nel fornire agli operatori economici un incentivo ad informare la propria attività al rispetto e alla promozione di principi etici attraverso la previsione di forme premiali dal punto di vista economico. In conclusione, tanto più consistenti saranno i vantaggi in termini di profitto generati dal *rating*, tanto più l'onestà e la legalità potranno emergere come valori ispiratori del mondo degli affari.

## 2. Presupposti e procedimenti

### 2.1. Il fondamento legislativo

Il *rating* di legalità viene introdotto nell'ordinamento giuridico italiano con il cosiddetto "decreto liberalizzazioni", ossia il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Tale decreto detta all'art. 5-*bis* la disciplina del "Rating di legalità delle imprese", attribuendo un ruolo fondamentale all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Quest'ultima deve innanzitutto segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie per favorire l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali. Collaborando con il Ministero dell'interno e con il Ministero della giustizia, poi, deve elaborare il *rating* di legalità attraverso un proprio regolamento. In effetti, il d.l. 1/2012 delinea solo per sommi capi l'istituto in parola, rimettendone lo sviluppo alla normativa secondaria. In particolare, ha previsto l'adozione di due regolamenti: oltre a quello dell'AGCM, infatti, dovevano emanarne uno il Ministero dell'economia e delle finanze con il Ministero dello sviluppo economico.

Il d.l. 1/2012, però, ha circoscritto la portata di questi regolamenti, individuando alcuni punti imprescindibili. Rispetto al regolamento dell'AGCM, al quale è rimessa l'elaborazione della disciplina di dettaglio del *rating*, la normativa primaria ha fissato due elementi: deve trattarsi di uno strumento volontario e deve riguardare esclusivamente le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro (riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza). L'individuazione delle modalità attraverso le quali si tiene conto del *rating* di legalità, invece, sono rimesse ad un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero dello sviluppo economico. Il decreto legge stabilisce però che devono riferirsi a due ambiti in particolare: la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e l'accesso al credito bancario.

Il d.l. 1/2012 e la sua legge di conversione, pertanto, costituiscono il fondamento legislativo del *rating* di legalità. Stando a queste previsioni normative, però, l'istituto in questione non pare avere nessuna applicazione nel

settore degli appalti pubblici. Solo alla luce dei suoi decreti attuativi e delle sue evoluzioni, infatti, è possibile comprenderne le sue implicazioni nell'ambito della contrattualistica pubblica.

## 2.2. I requisiti

È opportuno affrontare innanzitutto i requisiti in presenza dei quali viene attribuito il *rating*, analizzando le norme poste dal regolamento dell'AGCM, adottato con la Delibera del 14 novembre 2012, n. 24075<sup>162</sup>. La disciplina sui requisiti per l'attribuzione del *rating* è dettata dagli artt. 1-4. Mentre l'art. 4 stabilisce quali sono le modalità attraverso cui viene attestato il possesso dei requisiti<sup>163</sup>, gli altri tre hanno carattere sostanziale, identificando quali sono le caratteristiche che contraddistinguono le imprese iscritte al *rating* di legalità. A ben vedere, ciascun articolo individua una categoria di requisiti: l'art. 1 definisce le caratteristiche imprescindibili per poter richiedere la concessione del *rating*; l'art. 2 stabilisce l'elenco dei requisiti necessari ad essere iscritti nel *rating* di legalità, e quindi a possedere il punteggio minimo; l'art. 3 prevede la serie di elementi idonei ad aumentare il punteggio del *rating*.

Prendendo le mosse dall'analisi delle caratteristiche che denotano i soggetti potenzialmente interessati al *rating*, è doveroso sottolineare come l'art. 1 della Delibera AGCM si limiti a riprodurre e ad integrare parte della disciplina già dettata dall'art. 5-ter del d.l. 1/2012. Si è visto, infatti, che quest'ultimo stabilisce che il *rating* riguarda soltanto le imprese operanti nel territorio nazionale con un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza. Il regolamento AGCM, oltre a specificare che il fatturato da prendere in considerazione a tal fine è quello relativo all'ultimo esercizio nell'anno precedente alla domanda, risultante da un bilancio regolarmente approvato e pubblicato, aggiunge una terza condizione: possono richiedere il

---

<sup>162</sup> Questo regolamento è stato modificato ed integrato dalla delibera n. 25017 del 17 luglio 2014, dalla delibera n. 25207 del 4 dicembre 2014 ed infine dalla delibera n. 26166 del 13 luglio 2016.

<sup>163</sup> Ai sensi dell'art. 4, i requisiti di cui agli artt. 2 comma 2 e 3 comma 2 e 4 sono attestati mediante autocertificazione del legale rappresentante, mentre quelli di cui all'art. 2 comma 3 sono verificati dall'AGCM attraverso la consultazione della banca nazionale unica antimafia. La sussistenza di annotazioni di cui all'art. 3 comma 5, invece, è verificata dall'ANAC mediante la consultazione del casellario informatico, istituito presso l'Osservatorio.

*rating*, infatti, soltanto gli operatori economici che alla data dell'istanza siano iscritti nel Registro delle imprese da almeno due anni. Il Consiglio di Stato ha evidenziato la ragionevolezza di quest'ultima condizione, visto che il giudizio sullo standard di legalità dell'operato dell'impresa non può che effettuarsi sull'analisi del comportamento tenuto da quest'ultima in un sufficiente lasso di tempo. Nello stesso parere, inoltre, i giudici di Palazzo Spada hanno specificato la disposizione per cui possono richiedere il *rating* non soltanto le imprese aventi sede legale in Italia, ma anche quelle aventi «sede operative» nel territorio nazionale. Hanno precisato, infatti, che la «sede operativa» consiste nella sede, anche differente da quella legale o amministrativa, «in cui è materialmente svolta la sua attività economica»<sup>164</sup>, mettendo in luce, poi, come questa scelta permetta di conseguire il *rating* anche alle imprese costituite in stati non appartenenti all'Unione europea, che però hanno aperto una loro sede secondaria nel territorio italiano. In definitiva, dall'analisi del primo articolo del regolamento emerge la volontà dell'Autorità di rivolgersi ad una platea di soggetti particolarmente ampia, che ricomprende, indistintamente, operatori economici aventi forma giuridica e modelli di *governance* differenti.

Dopo aver delineato i caratteri delle imprese che possono richiedere il rilascio del *rating* di legalità, occorre soffermarsi sui requisiti minimi per ottenerlo dettati dall'art. 2, e cioè le condizioni in mancanza delle quali un'impresa non può aspirare nemmeno al punteggio base del *rating*. Innanzitutto, il *rating* non può essere rilasciato alle imprese i cui imprenditori o altri soggetti rilevanti<sup>165</sup> abbiano ricevuto misure di prevenzione e misure cautelari, o nei confronti dei quali sia stata pronunciata una sentenza di condanna, emesso un decreto penale di condanna o una sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del Codice di procedura penale per i reati previsti dal d.lgs. 231/2001 e per i reati tributari. Inoltre, non deve essere stata nemmeno avviata l'azione penale per delitti attinenti ad attività di stampo mafioso. Un'altra condizione riguarda l'estraneità dell'impresa rispetto alle sentenze di condanna e alle misure cautelari per illeciti amministrativi derivanti dai reati disciplinati dal citato d.lgs. 231/2011. Il soggetto economico, inoltre, non può iscriversi al *rating* di legalità

---

<sup>164</sup> Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 11 giugno 2013, n. 2697.

<sup>165</sup> I soggetti rilevanti per le imprese individuali consistono nel titolare e nel direttore tecnico. Per le imprese collettive, invece, sono costituiti da amministratori, direttore generale, direttore tecnico, rappresentante legale e soci di maggioranza.

nel caso in cui abbia ricevuto provvedimenti di condanna da parte dell'AGCM o della commissione europea per illeciti *antitrust* gravi, oppure nel caso in cui sia stato accertato, attraverso un idoneo provvedimento, un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato. Sono escluse, poi, tutte quelle imprese rispetto alle quali sono state accertate violazioni delle norme a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, o in materia di obblighi retributivi, contributivi, assicurativi o fiscali. Un altro requisito per poter beneficiare del punteggio minimo del *rating* è rappresentato dall'aver effettuato tutti i pagamenti e le transazioni finanziarie di importo maggiore a mille euro esclusivamente mediante strumenti di pagamento tracciabili. Ancora, il *rating* è precluso alle imprese a cui siano stati revocati finanziamenti pubblici per i quali non siano stati adempiuti gli obblighi di restituzione. Infine, non possono beneficiare del *rating* i soggetti economici che abbiano ricevuto comunicazioni o informazioni antimafia in corso di validità<sup>166</sup>.

Occorre precisare che, per poter impedire l'attribuzione del punteggio minimo, tutti i provvedimenti sopra citati devono essere divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato. La loro idoneità a precludere l'attribuzione del *rating*, inoltre, può venire meno dopo cinque anni dal passaggio in giudicato della sentenza o del provvedimento di condanna. In sostanza, decorso tale lasso di tempo l'impresa in questione potrà acquisire il *rating* a condizione che dimostri la totale dissociazione dell'attuale struttura rispetto ai reati che erano stati accertati in via definitiva. In altri termini, il soggetto economico deve dimostrare di essere mutato rispetto a quello che cinque anni prima era stato condannato.

Da quanto detto, emerge abbastanza chiaramente che i requisiti necessari per ottenere il *rating* non presuppongono uno standard di legalità particolarmente elevato. In effetti, non sembrano individuare una soglia di legalità più alta rispetto a quella che teoricamente dovrebbe essere rispettata da qualsiasi impresa. Per sua natura, però, il *rating* di legalità non costituisce un'attestazione "secca", che distingue semplicemente gli operatori economici che lo possiedono dagli altri,

---

<sup>166</sup> Per un'analisi più esaustiva si rimanda all'art. 2 della delibera AGCM del 14 novembre 2012, n. 24075. Si veda, inoltre, L. Borneo, *Chi sono gli attori destinatari del Rating e quali sono i benefici principali derivanti dall'ottenimento*, in *Il rating di legalità: presupposti, caratteristiche, applicazioni*, A. Casadei (a cura di), Master per giuristi d'impresa, Bononia University press, Bologna, 2014, pp. 49-54.

ma è uno strumento capace di misurare, graduare e qualificare lo sforzo e la capacità delle imprese di spendersi nel campo della tutela e della promozione della legalità. I requisiti elencati finora, dunque, sono necessari solamente per accedere alla classifica definita dal *rating*. Per poterla scalare, invece, le imprese devono impegnarsi su ulteriori e ben più impegnativi fronti. È questo, quindi, l'ambito su cui incide la terza categoria di requisiti individuata dal regolamento dell'AGCM, ossia quella riguardante le condizioni per aumentare il punteggio del *rating*. Quest'ultimo può variare tra una e tre "stelle", sulla base di un sistema disciplinato dall'art. 3. Al ricorrere di tutti i requisiti identificati dall'art. 2, si è detto, l'impresa può iscriversi nel *rating* di legalità con il punteggio minimo, ossia di una "stella". Per poterne ottenere un'altra, l'operatore economico deve integrare almeno tre delle otto condizioni identificate dall'art. 3 per l'aumento di punteggio<sup>167</sup>. Al ricorrere di ognuna di essa, infatti, il punteggio base viene integrato di un segno "più", il conseguimento di tre dei quali comporta l'attribuzione di una "stella" aggiuntiva, fino al raggiungimento di un punteggio totale massimo di tre "stelle".

Tra queste condizioni assumono particolare importanza i protocolli di legalità e le *white list*. Due degli otto requisiti identificati, infatti, sono attinenti a questi strumenti. L'art. 3, comma 2, del regolamento stabilisce espressamente che tra le imprese iscritte al *rating* sarà riconosciuto un punteggio maggiore a quelle che rispettano i contenuti dei protocolli di legalità. In particolare, si fa riferimento a quello sottoscritto da Confindustria e dal Ministero dell'interno il 10 maggio 2010 (e rinnovato il 19 giugno 2012), a quello stipulato dal medesimo Ministero con la Alleanza delle Cooperative Italiane il 14 novembre 2013 e a quelli conclusi a livello locale tra prefetture e associazioni di categoria. L'intento di valorizzare i protocolli di legalità in quanto tali, d'altronde, si ricava soprattutto dalla previsione per cui ai fini dell'aumento di punteggio del *rating* rilevano anche gli «ulteriori protocolli che verranno sottoscritti dal Ministero dell'Interno con altre associazioni imprenditoriali». Pertanto, nonostante i molteplici dubbi che lo circondano ed i rilevanti profili critici circa la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario, l'istituto dei protocolli di legalità è stato potenziato dall'AGCM. Il regolamento di attuazione del d.l. 1/2012, d'altronde, ne ha esteso

---

<sup>167</sup> In realtà l'elenco definito dal comma 2 dell'art. 3 ne individua sette. A queste, però, deve aggiungersi la condizione speciale posta dal comma 4, equiparabile a tutti gli effetti agli altri requisiti.

in modo significativo la portata: la sua funzione, relegata fino ad allora esclusivamente all'ambito delle verifiche antimafia, è stata elevata a condizione idonea ad incrementare il punteggio del *rating* di legalità.

L'altro requisito rilevante sia per l'aumento del livello di *rating* di legalità che nel settore delle verifiche antimafia è costituito dall'iscrizione nelle *white list*. L'art. 3, comma 2, lett. c), lega l'incremento di punteggio all'iscrizione dell'impresa «in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa istituiti ai sensi delle vigenti disposizioni di legge». Queste ultime sono da ricondurre senza dubbio a quelle dettate dalla l. 190/2012 sulle *white list*. Questa previsione, tuttavia, risulta critica se posta in relazione con la Circolare del Ministero dell'interno del 14 agosto 2013. Quest'ultima, infatti, stabilisce esplicitamente che il catalogo dei settori maggiormente esposti a rischio di inquinamento mafioso individuato dall'art. 1, comma 53, della legge anticorruzione ha carattere tassativo, e quindi non può essere esteso in via interpretativa. Pertanto, sono considerate inammissibili le richieste di iscrizione per settori non coincidenti con quelli ivi identificati. Questa specificazione, mentre risulta ininfluente nel contesto delle verifiche antimafia, dato che non vi è né l'obbligo né il vantaggio per le imprese non operanti in quei settori ad iscriversi nelle *white list*, assume rilevanza nell'ambito dell'attribuzione del punteggio ai fini del *rating* di legalità. Emerge, infatti, come quello relativo all'iscrizione alle *white list* sia un requisito soddisfacibile esclusivamente dalle imprese implicate in settori reputati maggiormente a rischio di infiltrazioni mafiose. Per tutte le altre, dunque, sarà impossibile incrementare il proprio *rating* in questo modo. In altre parole, dato che le *white list* sono uno strumento utilizzabile soltanto da imprese operanti in particolari attività, la condizione che riconduce un punteggio maggiore a chi vi si iscrive non può essere appagata da tutti quei soggetti che non possono accedervi.

Un problema simile si verifica in relazione al fattore premiale speciale individuato ai sensi del comma 4 dell'art. 3, secondo il quale il soggetto economico potrà conseguire un segno "più" ove dimostri di aver denunciato alle autorità taluno dei reati previsti dall'art. 2 commessi a danno dell'imprenditore, dei propri familiari o dei propri collaboratori. L'incremento del punteggio, in ogni caso, è subordinato all'esercizio dell'azione penale rispetto ai fatti di reato denunciati. Si tratta, dunque, di un elemento volto ad incentivare i comportamenti

attivi in tema di antimafia. Emerge chiaramente, però, come anche questo requisito non sia a disposizione di tutti gli operatori economici, ma solo di quelli che effettivamente abbiano subito quei determinati reati. Detto altrimenti, si tratta di una condizione che può essere soddisfatta soltanto dalle vittime di particolari reati, irraggiungibile, neppure volendo, dagli imprenditori non coinvolti in simili episodi.

Proprio per porre rimedio a tali criticità, il regolamento prevede che solamente sei su otto di questi requisiti possano essere utilizzati ai fini dell'incremento del *rating*. In effetti, essendo due il numero massimo di “stelle” che possono essere guadagnate in aggiunta di quella minima, e corrispondendo ciascuna “stella” al soddisfacimento di tre requisiti posti dall'art. 3, per raggiungere il livello massimo di *rating* è sufficiente integrare sei degli otto requisiti aggiuntivi. Di conseguenza, anche i soggetti economici che non operano nei settori maggiormente a rischio di inquinamento mafioso, né sono stati vittime dei reati definiti dal regolamento, possono ottenere il punteggio massimo del *rating* di legalità. Per raggiungerlo, però, è necessario che soddisfino tutte le restanti condizioni. Queste, oltre al rispetto dei protocolli di legalità, ricomprendono l'utilizzo di sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche in relazione ad importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge, oppure l'adozione di processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*. Rilevano in questo senso anche l'adesione ai codici etici di autoregolamentazione promossi dalle associazioni di categoria, la previsione di pratiche di mediazione ulteriori rispetto a quelle richieste dalla legge, oppure la stipula di protocolli tra le associazioni di consumatori e quelle di imprese per l'attuazione delle conciliazioni paritetiche. Ulteriori condizioni per l'incremento del punteggio di *rating* consistono nell'adozione di sistemi organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione, e nell'impiego di strutture organizzative in grado di assicurare il controllo di conformità delle attività aziendali alle disposizioni normative applicabili all'impresa, oppure del modello organizzativo definito dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Nel contesto dei requisiti per aumentare il punteggio del *rating* di legalità, dunque, assumono particolare importanza i concetti di *Corporate Social Responsibility*, di codici etici e di modelli organizzativi di contrasto alla corruzione. Analogamente all'iscrizione nelle *white list* o alla sottoscrizione dei protocolli di legalità, si tratta di pratiche liberamente assunte dai soggetti

economici, sulla base di considerazioni prettamente economiche. Sono tutti caratterizzati, però, da ricadute positive anche nei confronti del resto della società. Per questo sono promossi e sostenuti dall'ordinamento attraverso vari strumenti giuridici, uno dei quali è proprio il *rating* di legalità. Prima di procedere all'analisi della sua disciplina, quindi, conviene soffermarsi su questi concetti, esaminandone i contenuti e le interrelazioni.

### 2.3. *La tutela della legalità tra responsabilità sociale d'impresa, codici etici e "modello 231"*

Il filo conduttore che lega la nozione di *Corporate Social Responsibility* ai codici etici e alle strutture organizzative richiamate dal d.lgs. 231/2001 è rappresentato dall'impegno delle imprese nel contrasto della corruzione. Emerge in modo chiaro, dunque, la connessione con il *rating* di legalità, essendo quest'ultimo uno strumento volto a gratificare i soggetti che si spendono in tal senso, assicurandogli un punteggio più alto e quindi delle premialità maggiori. Per inquadrare correttamente questi concetti nell'ambito della trattazione sul *rating*, quindi, occorre non discostarsi dal fine che hanno in comune: la promozione e la tutela preventiva della legalità. Il rischio di farlo, d'altronde, non è così remoto, dal momento che sia i codici etici che la responsabilità sociale d'impresa hanno obiettivi che si estendono ben oltre il contrasto alla corruzione.

La *Corporate Social Responsibility*, infatti, si può descrivere come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»<sup>168</sup>. Questa definizione, poi, è stata riprodotta quasi integralmente dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, conosciuto come «Testo Unico di sicurezza». In linea con quanto detto, quindi, la *Corporate Sociale Responsibility* è volta a spingere le imprese a far diventare parte integrante della propria strategia scelte di natura etica, solidaristica ed ambientale finalizzate a contribuire al miglioramento della società nella quale operano<sup>169</sup>. Tali decisioni, però, sono

---

<sup>168</sup> Libro Verde della Commissione Europea, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 2001, p. 7.

<sup>169</sup> Cfr. M. Lepore, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2009, 3/1, p. 856.

sempre volontarie e mai imposte dall'ordinamento, potendo, al più, essere favorite attraverso l'elaborazione di sistemi premiali quali il *rating* di legalità.

I codici etici, dal canto loro, possono essere considerati come gli strumenti attraverso i quali le imprese adottano forme di *Corporate Social Responsibility*. Si possono definire, infatti, come degli strumenti volontari che individuano la responsabilità etico-sociale di ogni partecipante all'organizzazione imprenditoriale. Fissando le norme di condotta, dunque, costituiscono una forma di regolamentazione che dovrebbe garantire il rispetto di determinati principi fondamentali<sup>170</sup>. Se, infatti, è esclusa l'obbligatorietà della loro adozione, è aperta la questione circa la loro vincolatività una volta adottati. In altri termini, uno dei dibattiti più accesi su questo tema riguarda proprio l'idoneità delle norme dettate dai codici etici di imporsi sui destinatari alla stregua delle norme giuridiche<sup>171</sup>.

Responsabilità sociale d'impresa e codici etici, pertanto, rappresentano dei concetti attraverso i quali le imprese individuano obiettivi ulteriori rispetto al profitto, di carattere sociale, etico o ambientale. In questo senso, e a titolo esemplificativo, si possono citare le norme che escludono il ricorso a prodotti fabbricati con l'utilizzo della manodopera minorile, oppure quelle che prescrivono un rispetto dell'ambiente più incisivo di quello previsto dalle leggi di settore. A seguito di queste considerazioni è doveroso interrogarsi sui motivi per i quali le imprese si impegnano su questi fronti. Escludendo l'interpretazione secondo cui il rispetto di più elevati standard sociali, etici ed ambientali costituisca un fine e non un mezzo per l'impresa, bisogna chiedersi quali vantaggi questo comporti in termini di utile economico. In effetti, è vero che l'impresa si pone obiettivi ulteriori rispetto al profitto, ma tali obiettivi sono sempre strumentali al profitto. In altre parole, attraverso l'assunzione di responsabilità sociale, l'impresa intende perseguire il profitto raggiungendo obiettivi ad esso collaterali. Per comprendere a pieno le cause alla base dell'autoregolamentazione delle imprese, dunque, è opportuno discostarsi dall'orientamento secondo cui le imprese che adottano forme di responsabilità sociale non devono esclusivamente

---

<sup>170</sup> Cfr. F. Benatti, *I codici etici come strumento dell'impresa fra responsabilità sociale e giuridica*, in *Studium iuris*, 2016, 5, p. 559.

<sup>171</sup> Cfr. F. Benatti, *L'evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 2/1, pp. 241-254.

mirare ai ricavi, ma anche controllare i propri impatti sociali ed ambientali<sup>172</sup>. Tale descrizione, al contrario, dovrebbe essere riformulata ponendo l'accento sulla strumentalità del monitoraggio delle conseguenze sociali ed ambientali generate rispetto al perseguimento dell'obiettivo naturale di ogni soggetto economico, ossia il profitto.

Alla luce di queste premesse, pertanto, si può ricollegare all'adozione di forme di *Corporate Social Responsibility* un duplice beneficio. Il primo consiste nel riconoscimento del mercato di riferimento: in effetti, i consumatori potrebbero premiare le imprese impegnate su fronti sensibili come la tutela dell'ambiente o la protezione dei soggetti socialmente più deboli. D'altro canto, una serie di vantaggi derivano anche da misure previste direttamente dall'orientamento. In alcune circostanze, infatti, l'adozione di forme di responsabilità sociale, pur conservando la propria volontarietà, è ricollegata a vantaggi concreti dalle normative di settore. Nel perseguimento di alcuni obiettivi socialmente condivisibili, dunque, l'ordinamento ritiene utile il coinvolgimento degli operatori economici, incentivandolo con una serie di misure premiali.

Uno di questi obiettivi consiste nella tutela preventiva della legalità. Attraverso il d.lgs. 231/2001, infatti, l'ordinamento premia concretamente le imprese che si dotano di regole in grado di prevenire la corruzione. A ben vedere, tali regole costituiscono particolari tipologie di codici etici, poiché attraverso la loro adozione le imprese integrano l'obiettivo principale del profitto con quello della tutela interna della legalità. Nel settore privato, infatti, contrastare la criminalità in via preventiva risulta di particolare importanza per la società nel suo complesso, poiché la corruzione sistemica tende a creare un sistema economico bloccato, nel quale agli attori interessa più la difesa delle proprie posizioni di rendita che lo sviluppo della ricerca e dell'innovazione<sup>173</sup>. A questi fini sono stati introdotti programmi rivolti alla prevenzione della corruzione, in cui gioca un ruolo fondamentale la mappatura dei rischi aziendali, a seguito della quale vengono definiti degli standard di controllo elevati per le aree più delicate.

---

<sup>172</sup> Cfr. A. Mastroianni, E. Giordano, D. Ravaioli, *I temi precursori del Rating: la Responsabilità Sociale d'Impresa*, in *Il rating di legalità: presupposti, caratteristiche, applicazioni*, A. Casadei (a cura di), Master per giuristi d'impresa, University press, Bologna, 2014, p. 16.

<sup>173</sup> Cfr. R. Bartoli, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 11, p. 1510.

Ulteriori componenti essenziali di tali programmi sono rintracciabili nella continua sensibilizzazione e formazione del personale, nell'istituzione di un'unità centrale anticorruzione e nella previsione di sanzioni disciplinari nei casi di violazione del regolamento. Queste previsioni, tra l'altro, rappresentano una serie di *best practices* sviluppate anche a livello internazionale, specialmente nel B-20 tenutosi il 17 giugno 2012 a Los Cabos, in Messico. Era un forum dei rappresentanti degli imprenditori dei paesi più industrializzati, al quale hanno partecipato anche varie organizzazioni internazionali impegnate nel tema dell'anticorruzione. In particolare, è stata evidenziata l'importanza di prevedere una serie di incentivi per le aziende che adottano un ruolo attivo nella lotta alla corruzione, in maniera tale da potenziare sempre di più la cooperazione tra pubblico e privato nella tutela della legalità<sup>174</sup>.

La normativa italiana che incentiva le imprese a dotarsi di modelli organizzativi idonei a prevenire la corruzione è contenuta, come anticipato, nel d.lgs. 231/2001, che detta la disciplina della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Il decreto, infatti, dopo aver definito nell'art. 5 le ipotesi in cui la responsabilità di un reato è a carico dell'ente, individua negli artt. 6 e 7 quattro condizioni in presenza delle quali ne è esonerato. In particolare, l'ente non risponde della propria responsabilità qualora provi, innanzitutto, di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello che si è verificato. In secondo luogo, deve dimostrare che la commissione concreta del reato è stata possibile solo grazie ad un comportamento fraudolento del *manager*. È richiesta, poi, la prova che il compito di vigilare sul funzionamento del modello sia stata affidata ad un organo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Infine, occorre provare che non vi sia stata un'insufficiente vigilanza da parte di quest'ultimo organo. In definitiva, dunque, il d.lgs. 231/2001 premia l'impresa che abbia predisposto un modello organizzativo anticorruzione nella misura in cui la esonera dalla responsabilità che altrimenti si sarebbe dovuta assumere.

È possibile ricollegare l'adozione di questo tipo di misure ai codici etici attraverso l'art. 6, comma 3, secondo cui i modelli organizzativi possono essere

---

<sup>174</sup> Cfr. M. Mantovani, *Il ruolo delle aziende nella lotta alla corruzione*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2013, 1, p. 117.

adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. Rispetto alla loro idoneità a prevenire i reati, poi, si esprimono il Ministero della giustizia e gli altri Ministeri competenti. Con l'ausilio delle linee guida elaborate da Confindustria, sono state individuate le caratteristiche tipiche di questi codici, finalizzate a raccomandare, promuovere o vietare determinati comportamenti indipendentemente da quanto previsto a livello normativo. Sulla base di tali indicazioni, la loro struttura dovrebbe essere tripartita, prevedendo nella prima sezione i principi etici generali ed i valori di riferimento, nella seconda le regole specifiche di comportamento alle quali i destinatari devono conformarsi, e nella terza i meccanismi di applicazione, comprensivi del sistema di controllo finalizzato all'osservanza ed al continuo aggiornamento delle regole<sup>175</sup>. Ai sensi dell'art. 7 comma 4, infatti, l'efficace attuazione del modello organizzativo richiede da un lato un sistema disciplinare in grado di sanzionare le sue violazioni, e dall'altro una verifica periodica preordinata a modificarlo in caso di mutamenti nell'organizzazione.

L'adozione di una politica aziendale volta alla tutela della legalità e di modelli organizzativi finalizzati al contrasto della corruzione, dunque, era già incentivata dall'ordinamento. Il *rating* di legalità, quindi, ricomprendendo questi elementi tra i propri requisiti, non fa altro che aumentare la convenienza strategica ad attuarli. Tale istituto rappresenta così una rilevante opportunità di guadagno, poiché i vantaggi che comporta non sono rimessi alla valutazione aleatoria dei consumatori, ma consistono in concreti aiuti per la crescita e per lo sviluppo dell'impresa. Il rilascio del *rating* di legalità, in definitiva, rappresenta sia una ricompensa per gli operatori economici che spontaneamente si sono impegnati nella tutela e nella promozione della legalità, sia un incentivo ad intraprendere questa strada per quelli che ancora non ne sono coinvolti.

#### 2.4. *Gli aspetti procedurali: attribuzione, modifica, sospensione e revoca*

Il rilascio del *rating* di legalità consiste in un provvedimento ad istanza di parte adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ai sensi della delibera AGCM del 14 novembre 2012, n. 24075, infatti, l'impresa che

---

<sup>175</sup> Cfr. S. Luchena, *Codice etico e modelli organizzativo-sanzionatori nel d.lgs. n. 231/01: legittimità ed efficacia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, 2/1, p. 249.

intende ottenere il *rating* di legalità deve presentare l'apposita domanda attraverso la compilazione del formulario pubblicato sul sito dell'Autorità. A partire dal ricevimento della richiesta, l'AGCM ha sessanta giorni per concludere il procedimento, con l'inserimento dell'impresa nell'elenco oppure con il rigetto della domanda. In entrambi i casi, il suo esito deve essere comunicato al richiedente; in particolare, ai sensi del combinato disposto costituito dagli artt. 5, comma 8, e 6, comma 8, nel caso in cui l'AGCM intenda negare l'attribuzione del *rating* è tenuta a comunicare al destinatario i motivi alla base di tale decisione, affinché l'impresa possa presentare per iscritto le proprie osservazioni entro il termine di quindici giorni.

La durata ordinaria del procedimento, prevista per sessanta giorni, si può estendere in cinque ipotesi. Innanzitutto, nel caso di incompletezza dell'istanza presentata il termine inizia a decorrere dalla data di ricevimento della richiesta completa, e quindi viene prolungato di tanto tempo quanto ne impiega l'impresa interessata a fornire tutte le informazioni necessarie. In secondo luogo, la scadenza può essere posticipata di trenta giorni quando il Ministero dell'interno, il Ministero della giustizia o l'ANAC formulano delle osservazioni sulla richiesta di rilascio del *rating*, tempestivamente inviatagli dall'AGCM. Il termine, poi, può essere prorogato per esigenze istruttorie dall'AGCM fino ad un massimo di sessanta giorni, dandone motivata comunicazione all'impresa richiedente. Inoltre, nel caso in cui l'Autorità, per compiere le verifiche necessarie ai fini del rilascio, domandi ad altre pubbliche amministrazioni informazioni relative alla sussistenza dei requisiti dichiarati dal richiedente, la durata ordinaria del procedimento può estendersi di ulteriori quarantacinque giorni. L'ultima ipotesi, invece, è costituita dalla sospensione del procedimento, che può verificarsi a seguito di segnalazioni relative all'eventuale sussistenza di elementi rilevanti ai fini dell'esame delle richieste di attribuzione, effettuate dalle istituzioni preposte al controllo della legalità o dalla Commissione consultiva *rating*<sup>176</sup>. In questa circostanza l'AGCM svolge i necessari accertamenti sospendendo il

---

<sup>176</sup> La Commissione consultiva *rating* è un organo introdotto con la delibera del 4 dicembre 2014, n. 25207, composto da rappresentanti dell'AGCM, del Ministero dell'interno, del Ministero della giustizia, dell'ANAC e del mondo imprenditoriale, e preposto all'analisi ed alla valutazione delle richieste di attribuzione del *rating* di legalità. A tal fine, può effettuare osservazioni e segnalare elementi rilevanti nei venti giorni successivi alla ricezione della richiesta.

procedimento per un periodo non superiore ai dodici mesi, che può essere prolungato in casi di particolare e motivata gravità.

Una volta rilasciato, il *rating* di legalità ha durata di due anni ed è rinnovabile su richiesta, che deve essere approvata dall'AGCM attraverso il medesimo procedimento seguito per l'attribuzione. Ai sensi dell'art. 6 del regolamento, però, durante il periodo di vigenza possono verificarsi tre circostanze che incidono sul *rating*: la modifica, la sospensione e la revoca. Il *rating* di un'impresa, infatti, può modificarsi, poiché nel corso dei due anni il punteggio che era stato attribuito all'impresa in fase di rilascio può ridursi a seguito del venir meno di uno o più requisiti aggiuntivi individuati dall'art. 3. Il *rating*, inoltre, può essere sospeso temporaneamente. Questo avviene in modo automatico nel caso in cui vengano adottate misure cautelari personali o patrimoniali nell'ambito di un procedimento penale per uno dei reati individuati dall'art. 2; al verificarsi di questo tipo di eventi, infatti, l'adozione del provvedimento di sospensione rappresenta un atto vincolato. Il medesimo provvedimento consegue invece all'esercizio di un potere discrezionale nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi identificate dal comma 7 dell'art. 6. Quest'ultimo, infatti, stabilisce che in presenza di una serie di determinati provvedimenti l'Autorità disponga la sospensione solo dopo aver acquisito maggiori informazioni sui fatti ed aver valutato la gravità degli stessi. Infine, il *rating* può essere revocato. Tale fattispecie scaturisce a seguito di due avvenimenti: in caso di perdita di uno o più requisiti necessari per poter accedere al punteggio minimo del *rating*, oppure nell'ipotesi in cui si viene a conoscenza che il *rating* è stato rilasciato sulla base di dichiarazioni false o mendaci.

Rispetto alle tre circostanze appena analizzate, vanno evidenziati gli obblighi reciproci che intercorrono tra i soggetti coinvolti. In altri termini, bisogna mettere in luce quali obblighi comunicativi gravano in capo all'AGCM nei confronti delle imprese iscritte al *rating* e viceversa. Dal punto di vista dell'AGCM occorre sottolineare che l'adozione del provvedimento mediante il quale si modifica, sospende o revoca il *rating* è preceduta dalla comunicazione dei motivi sulla base dei quali l'Autorità ha deciso in tal senso, in modo tale da permettere all'impresa, entro il termine di quindici giorni dal suo ricevimento, di presentare per iscritto le proprie osservazioni. Dalla prospettiva degli operatori economici, invece, rilevano gli obblighi informativi disciplinati dall'art. 7 del regolamento, secondo cui le imprese iscritte devono comunicare all'AGCM qualsiasi variazione dei dati

e qualunque evento che incida sul possesso dei requisiti grazie ai quali hanno ottenuto il *rating*, così da agevolare i compiti dell'Autorità tesi a verificarne la permanenza. In questo senso, tra l'altro, l'AGCM si avvale anche delle comunicazioni del Ministero dell'interno e della collaborazione della Guardia di finanza.

In definitiva, emerge come il regolamento abbia previsto procedure di attribuzione, modifica, sospensione e revoca del *rating* particolarmente dinamiche, in grado di contemperare le esigenze di precisione e di certezza con quelle di aggiornamento. A tale scopo contribuiscono sia la collaborazione tra pubbliche amministrazioni che quella tra AGCM ed imprese iscritte all'elenco del *rating*. L'unica criticità in questo senso può essere rintracciata nella mancanza di un sistema in grado di registrare immediatamente nel *rating* gli incrementi di punteggio dovuti al soddisfacimento di uno dei requisiti ulteriori individuati dall'art. 3. In altri termini, mentre si prevede che la riduzione del punteggio determinata dal venir meno di uno dei requisiti aggiuntivi consegua immediatamente dalla sua attestazione da parte dell'AGCM, non è prevista una norma analoga per far sì che la certificazione dell'AGCM che, sollecitata dall'impresa interessata, documenti il compimento di uno dei requisiti aggiuntivi insoddisfatto al momento dell'iscrizione, si traduca immediatamente in un incremento di punteggio del *rating*. Stando alla disciplina attuale, infatti, la soddisfazione di una condizione ulteriore in un momento successivo all'iscrizione è ininfluenza fino all'inizio della procedura di rinnovo, avviabile solo nei sessanta giorni precedenti la scadenza di validità del proprio *rating*. Ciononostante, il sito web dell'AGCM ammette espressamente la possibilità di richiedere la revisione del punteggio del *rating* anche prima del rinnovo, affermando che «qualora l'impresa acquisisca prima della scadenza del rinnovo del *rating ex novo* uno o più dei requisiti di cui all'art. 3, comma 2, del Regolamento (cd. elementi premiali), può inoltrare una domanda di incremento del proprio *rating* di legalità, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento, fornendo per ogni elemento premiale in più acquisito le informazioni rilevanti così come richieste nel Formulario»<sup>177</sup>. L'art. 7 della delibera, tuttavia, non pare individuare un'ipotesi del genere. Ad ogni modo, l'introduzione di questa possibilità assume particolare importanza alla luce del sistema premiale connesso al *rating* di

---

<sup>177</sup> Sito web dell'AGCM, <http://www.agcm.it/rating-di-legalita/faq-rating.html>.

legalità, nell'ambito del quale anche un singolo "più" può fare la differenza ai fini della concessione o meno di un finanziamento.

### **3. Il sistema premiale: le agevolazioni nel reperimento delle risorse finanziarie**

Il *rating* di legalità, si è detto, è uno strumento che incentiva l'adozione di determinati comportamenti virtuosi attraverso la previsione di una serie di premialità. In questo senso, l'art. 5-ter del d.l. 1/2012 stabilisce che le modalità secondo le quali si deve tenere conto del *rating* in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e in sede di accesso al credito bancario devono essere individuate con un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze (MEF) e del Ministro dello sviluppo economico (MISE). In ossequio a questa previsione tali ministeri hanno adottato il decreto 20 febbraio 2014, n. 57, che si applica quindi alle imprese cui sia stato attribuito il *rating* di legalità attraverso le modalità disposte dalla delibera dell'AGCM.

Il decreto in parola è composto da due parti, corrispondenti alle due premialità previste dal decreto legge sopra citato. Nella prima vengono disciplinate le modalità di considerazione del *rating* in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni. Innanzitutto, il decreto ministeriale specifica cosa debba intendersi per «pubbliche amministrazioni» e per «concessione di finanziamento». Per definire il concetto di «pubblica amministrazione» rinvia all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che vi ricomprende «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane. e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300». La nozione di finanziamento, invece, viene identificata con le tipologie di benefici individuate dall'art. 7, comma 1, del

decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123, ossia il credito d'imposta, il bonus fiscale, la concessione di garanzia, il contributo in conto capitale, il contributo in conto interessi e il finanziamento agevolato.

In relazione alla concessione di tali finanziamenti, l'art. 3 del decreto ministeriale prevede due vantaggi concreti per le imprese aventi il *rating* di legalità. In primo luogo queste ultime, nella procedura per ottenerli, sono esonerate dalla dichiarazione del possesso dei requisiti necessari per ottenere il punteggio minimo del *rating*. L'unica eccezione a questa regola è costituita dall'applicazione delle disposizioni in tema di documentazione amministrativa antimafia, per evitare ogni possibile rischio di inquinamento mafioso. In secondo luogo, l'art. 3, comma 3, del medesimo decreto, stabilisce che in sede di erogazione dei finanziamenti sopra individuati le imprese con il *rating* di legalità debbano essere avvantaggiate con la preferenza in graduatoria, con l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo o con la riserva di una quota delle risorse finanziarie allocate. La scelta del sistema premiale deve avvenire sulla base della natura, dell'entità e della finalità del finanziamento, dei destinatari e della procedura prevista per l'erogazione. Ogni vantaggio, inoltre, può essere graduato in funzione del punteggio conseguito in sede di attribuzione del *rating*.

Per quanto riguarda invece le modalità di considerazione del *rating* di legalità in sede di accesso al credito bancario, l'art. 4 del decreto n. 57 del 2014 individua due premialità. Innanzitutto, stabilisce che le banche devono ridurre i tempi ed i costi per la concessione di finanziamenti alle imprese con il *rating* di legalità. È stato evidenziato che quanto più le condizioni per la sua attribuzione sono attuali, tanto minori sono i tempi per la concessione dei finanziamenti. Il procedimento ad esso preordinato, infatti, presenta molti aspetti in comune con quello finalizzato al rilascio del *rating*: in particolare, entrambi sono volti ad attestare l'affidabilità dell'impresa che li richiede. Pertanto, nel caso in cui il soggetto che chiede un finanziamento possiede il *rating* di legalità, le informazioni sulla sua affidabilità sono già emerse durante la procedura definita dalla delibera AGCM del 14 novembre 2012, n. 24075<sup>178</sup>. Il *rating* di legalità, inoltre, deve essere anche valutato tra le variabili utilizzate per la valutazione di accesso al credito dell'impresa, e considerato nella determinazione delle condizioni economiche di

---

<sup>178</sup> Cfr. T. Tomasi, *op. cit.*, p. 150.

erogazione, nei casi in cui ne sia riscontrata la rilevanza rispetto all'andamento del rapporto creditizio.

Quando le banche tengono conto del *rating* di legalità nei termini sopra individuati, hanno il dovere di verificarne la persistenza in sede di monitoraggio del credito, ai fini dell'eventuale revisione dei benefici concessi. Nelle ipotesi in cui, invece, le banche omettano di considerarlo, sono tenute a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta. Tale onere è previsto sia nel d.l. 1/2012 che nel decreto interministeriale, il quale, all'art. 4, stabilisce che attraverso tali informazioni la Banca d'Italia pubblichi annualmente i dati aggregati relativi ai casi di omessa considerazione del *rating*.

Il decreto interministeriale del 20 febbraio 2014, n. 57, non costituisce l'unica fonte normativa che riconosce agevolazioni alle imprese iscritte al *rating* di legalità. Le sue previsioni, infatti, sono state riprese e sviluppate in atti normativi settoriali. Tra questi, uno dei primi esempi è costituito dal decreto interministeriale del MISE e del MEF del 23 settembre 2014, che prevede contributi in forma di *voucher* per l'acquisto di *software*, *hardware* o servizi al fine di favorire la digitalizzazione dei processi aziendali e l'ammodernamento tecnologico delle microimprese, piccole e medie imprese. Nella disciplina relativa alle risorse finanziarie, il decreto fissa una riserva, in misura pari al cinque per cento delle risorse disponibili, destinata esclusivamente alla concessione dei *voucher* a beneficio delle imprese dotate del *rating* di legalità. In modo simile, il decreto MISE del 24 settembre 2014 stabilisce un punteggio aggiuntivo a favore delle imprese iscritte al *rating* di legalità per accedere alle agevolazioni finalizzate a sostenere la nascita e lo sviluppo di *start-up* innovative. Il decreto in questione, infatti, vuole promuovere le condizioni per la diffusione di nuove forme di imprenditorialità, per favorire le politiche di trasferimento tecnologico e per valorizzare i risultati del sistema della ricerca pubblica e privata. A tale scopo, definisce tipologie di finanziamenti agevolati e di servizi di tutoraggio tecnico-gestionale accessibili in via teorica per tutte le *start-up* innovative, ma raggiungibili più facilmente da quelle in possesso del *rating*.

Con un decreto del medesimo ministero, poi, sono stati ricondotti al *rating* di legalità alcuni vantaggi legati alla promozione delle società cooperative. Il decreto del 4 dicembre 2014, infatti, nel dettare un regime volto ad incoraggiare la loro diffusione, ha riservato una quota pari al dieci per cento delle risorse complessivamente destinate all'attuazione del programma in favore delle società

di questo tipo che hanno conseguito il *rating* di legalità. Analogamente, il decreto MISE del 17 febbraio 2015 favorisce l'aggregazione di imprese aventi il *rating* di legalità nelle procedure per l'assegnazione di agevolazioni connesse alla promozione di attività innovative nell'ambito dell'artigianato digitale e della manifattura sostenibile.

Le imprese in possesso del *rating* di legalità, inoltre, sono avvantaggiate anche nel bando per la concessione di aiuti per le attività di sviluppo sperimentale e di ricerca industriale, condotte da soggetti italiani nel contesto di progetti transnazionali, e volte alla realizzazione o al miglioramento di prodotti, processi o servizi nel campo delle biotecnologie. Tale bando è contenuto in un allegato del decreto MISE del 7 ottobre 2015 e prevede che, nell'ambito delle procedure di selezione, il punteggio delle imprese dotate del *rating* venga aumentato del cinque per cento rispetto a quello che avrebbero conseguito qualora non avessero posseduto tale attestazione. Nonostante questo vantaggio, però, il massimo punteggio complessivo ottenibile non può superare i venti punti.

Un'altra premialità implicata dal possesso del *rating* è quella disciplinata dal decreto del Ministero dei beni culturali emanato l'11 maggio 2016 per sostenere la filiera culturale e creativa. Istituisce, infatti, un regime di aiuto per favorire la costituzione e lo sviluppo di imprese nell'industria culturale, e per dare sostegno ai soggetti del terzo settore che operano in tale ambito. A tal fine, destina oltre cento milioni di euro per la concessione di finanziamenti agevolati, accessibili in misura maggiore da imprese dotate del *rating*. In questo senso rileva anche il decreto MISE del 21 giugno 2016, emanato di concerto con il Ministero dell'ambiente e con Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali per sostenere la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. A questo scopo, prevede una serie di incentivi accessibili in base ad una graduatoria definita da determinati criteri, tra cui anche il possesso di un livello del *rating* di legalità pari ad almeno due "stelle". Per poter beneficiare del *rating* in questo campo, quindi, alle imprese non basta soddisfare tutti i requisiti minimi, ma devono integrare almeno tre degli otto requisiti aggiuntivi, necessari per ottenere la seconda "stella".

Il decreto emanato dal MISE di concerto con il MEF il 17 ottobre 2016, invece, nel disciplinare i criteri e le modalità per la concessione di aiuti in favore delle imprese vittime di mancati pagamenti, stabilisce che una quota pari al dieci

per cento delle risorse annualmente disponibili sul Fondo<sup>179</sup> è riservata alle domande di finanziamento agevolato presentate da soggetti economici dotati del *rating* di legalità. Ai sensi del decreto del MISE di concerto con il MEF del 4 novembre 2016, inoltre, a tali soggetti è destinata anche una quota pari al dieci per cento delle risorse annualmente disponibili nella Sezione del Fondo crescita<sup>180</sup>, istituita per sostenere programmi di sviluppo relativi agli investimenti produttivi, agli investimenti per la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, agli interventi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale, alla tutela dei livelli occupazionali e all'emersione del lavoro irregolare, nonché al fabbisogno finanziario aggiuntivo, causato da un insufficiente accesso al credito bancario o dalla sua contrazione.

Il *rating* di legalità è stato valorizzato anche da normative regionali. In questo senso, rileva innanzitutto la legge della Regione Lombardia del 19 febbraio 2014, n. 11, secondo cui la Giunta regionale, in raccordo con il sistema delle autonomie locali, incentiva lo sviluppo della responsabilità sociale d'impresa e del *rating* di legalità. In effetti, l'art. 9 stabilisce che la Giunta incoraggia le imprese lombarde ad ottenere il *rating* di legalità e ad adottare sistemi di gestione del rischio per il contrasto della corruzione, delle irregolarità e delle frodi, anche sulla base di quanto previsto dal Piano nazionale anticorruzione.

Similmente, la legge della Regione Puglia del 23 marzo 2015, n. 12, in relazione alla promozione della cultura della legalità, ha ripreso e sviluppato l'istituto del *rating*. Ha previsto, infatti, interventi per la diffusione della legalità presso le imprese e per il sostegno di politiche locali volte al contrasto del crimine organizzato. A tale scopo, la Regione riconosce il *rating* di legalità quale «strumento utile a incentivare le imprese ad operare nel rispetto dei principi di legalità, attraverso comportamenti aziendali improntati alla correttezza, trasparenza ed eticità», e si impegna a considerarlo in sede di concessione di finanziamenti alle imprese o di interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive. Occorre evidenziare, inoltre, che la Regione Puglia non si è limitata soltanto a valorizzare il *rating* di legalità in quanto tale, ma lo ha elevato a modello nella definizione di un nuovo istituto: il «*rating* di legalità degli

---

<sup>179</sup> Ai sensi dell'art. 1 comma 1 lett. d), il Fondo è quello per il credito alle imprese vittime di mancati pagamenti istituito dalla legge n. 208/2015 presso il MISE.

<sup>180</sup> Il Fondo crescita in questione è quello disciplinato dall'art. 23 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

enti locali». L'art. 5, infatti, disciplina un sistema simile al *rating* di legalità delle imprese ma calibrato sulle amministrazioni locali: in effetti, queste ultime vengono stimulate attraverso la previsione di una serie di vantaggi ad adottare iniziative virtuose. Tali iniziative, per poter essere premiate, devono perseguire gli obiettivi generali della legge in parola, con particolare riferimento all'attuazione a livello locale del *rating* di legalità delle imprese, degli obblighi di legge in materia di trasparenza e anticorruzione, e di iniziative di contrasto al gioco d'azzardo. Altre misure idonee ad aumentare il *rating* di legalità delle amministrazioni locali riguardano la pubblicazione delle informazioni relative alla situazione patrimoniale degli eletti, la promozione della conoscenza e del riuso sociale dei beni confiscati alla mafia e l'individuazione di un assessorato che se ne occupi. Analogamente al modello previsto per le imprese, poi, il *rating* di legalità degli enti locali prevede un sistema premiale legato al reperimento delle risorse: il comma 3 dell'art. 5, infatti, stabilisce che tale istituto può essere utilizzato dalla Regione quale elemento rilevante nella valutazione e nella selezione ai fini dell'assegnazione ai comuni dei fondi regionali e strutturali.

Un'altra legge regionale che ha potenziato ed esteso la portata del *rating* di legalità è la legge della Regione Emilia Romagna del 28 ottobre 2016, n. 18, recante il Testo Unico per la promozione della legalità e per la valorizzazione della cittadinanza e dell'economia responsabili. Innanzitutto, per incoraggiare la regolarità e la legalità degli operatori economici, valorizza il *rating* di legalità e impegna la Regione a prevedere nei bandi per la concessione dei benefici economici almeno uno dei tre sistemi di premialità individuati dal decreto ministeriale del 20 febbraio 2014, n. 57. In linea con il modello del *rating* e delle *white list*, inoltre, vengono istituiti elenchi di merito per gli operatori economici operanti nel settore edile e delle costruzioni o in altri comparti particolarmente esposti al rischio di infiltrazione della criminalità organizzata. In tali liste possono confluire tutte le imprese in possesso del *rating* di legalità, nonché quelle che soddisfano i requisiti per accedervi stabiliti dalla Giunta regionale. L'iscrizione ha carattere volontario, e può costituire un presupposto per il riconoscimento di una serie di misure premiali definite dalla Giunta regionale<sup>181</sup>. La sensibilità della Regione Emilia Romagna nei confronti della tutela della

---

<sup>181</sup> Sull'origine e la *ratio* degli elenchi di merito in Emilia Romagna ed i profili di coordinamento con le altre liste cfr. G. Marchianò, "White list", elenchi di merito e "rating" di legalità: semplificazione amministrativa?, in *Munus*, 2013, 1, pp. 117-154.

legalità, inoltre, emerge anche dalla promozione di accordi con le autorità nazionali per la progressiva applicazione del *rating* di legalità anche alle imprese emiliane con fatturato inferiore a due milioni di euro.

Nella stessa direzione, il *rating* di legalità viene promosso anche dalla legge della Regione Campania del 31 marzo 2017, n. 10. In effetti, riconoscendolo come uno strumento idoneo a diffondere la correttezza e l'eticità nei comportamenti aziendali, impegna la Regione a considerarlo ai sensi del decreto ministeriale 57 del 2014 non solo nei propri procedimenti, ma anche nell'ambito di quelli di competenza degli enti strumentali, delle agenzie e delle società partecipate. Analogamente alla legge emiliana, poi, ne prevede una progressiva applicazione anche rispetto alle imprese del territorio regionale con un fatturato inferiore a due milioni di euro.

Dalla rassegna delle previsioni normative volte ad individuare vantaggi concreti per le imprese dotate del *rating* di legalità emerge chiaramente la tendenza a potenziare ed a sviluppare questo istituto, sia in relazione ai regolamenti di settore che nelle varie legislazioni regionali. Finora, tuttavia, ci si è limitati a considerare esclusivamente le premialità relazionate al reperimento delle risorse finanziarie. Nel prossimo paragrafo, invece, si darà conto delle origini, delle criticità e delle prospettive di un suo utilizzo anche nell'ambito della contrattualistica pubblica.

#### **4. L'impiego nella contrattualistica pubblica**

##### *4.1. Il rating di legalità come requisito di partecipazione*

Il *rating* di legalità, si è detto, è uno strumento per selezionare e premiare gli operatori economici dediti alla tutela e alla promozione della legalità. Le imprese che ne sono dotate, dunque, sono considerate particolarmente affidabili dall'ordinamento, dato che ne accerta previamente elementi quali lo *status* giudiziario degli organi direttivi, i certificati antimafia, l'implementazione di modelli organizzativi per reprimere la corruzione, l'adozione di codici di condotta, e, in generale, il sostegno alle iniziative pubbliche volte alla prevenzione e al contrasto della criminalità. In dottrina, quindi, è stata avanzata un'interpretazione del *rating* di legalità quale requisito di ordine speciale per

accedere a determinate gare d'appalto, in grado di attestare una capacità tecnico-organizzativa. In altri termini, si è ricompresa l'adozione di comportamenti idonei a tutelare la legalità nell'ambito dei criteri di selezione che, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, riguardano le capacità tecniche e professionali<sup>182</sup>.

Questa ricostruzione trova il proprio fondamento nel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la pubblica amministrazione, nel prevedere i requisiti di partecipazione alle gare, esercita una discrezionalità strumentale volta ad individuare il miglior contraente dal punto di vista tecnico, morale e finanziario<sup>183</sup>. Tale discrezionalità, d'altronde, è finalizzata da un lato a conseguire la corretta esecuzione dell'appalto, e quindi ad ammettere alla gara soltanto gli operatori economici in grado di garantirla; dall'altro ad assicurare la massima trasparenza del procedimento di selezione, in ossequio ai principi di buon andamento e di imparzialità. La giurisprudenza, però, per tutelare la libera concorrenza, ha individuato anche il limite oltre il quale questa discrezionalità non può spingersi, affermando che la scelta dei requisiti aggiuntivi deve essere ragionevole e proporzionata all'oggetto dell'appalto. Il T.A.R. di Milano, infatti, ribadendo il principio comunitario della massima partecipazione delle imprese ad una gara pubblica, ha evidenziato come il potere discrezionale di fissare i requisiti di partecipazione ad una gara debba essere esercitato conformemente ai criteri di ragionevolezza, parità di trattamento ed efficienza dell'azione amministrativa. In particolare, i requisiti di partecipazione devono rispondere ad esigenze oggettive dell'amministrazione<sup>184</sup>.

In questo senso, è stato messo in luce come il *rating* di legalità rappresenti una garanzia qualitativa da parte dell'impresa, poiché il suo impegno nella tutela e nella promozione della legalità costituisce un interesse concreto della stazione appaltante. Detto altrimenti, secondo questo orientamento il *rating* di legalità può essere ricompreso senza problemi tra i requisiti di carattere tecnico-organizzativo poiché, al pari di questi ultimi, è volto ad ammettere alla procedura soltanto i

---

<sup>182</sup> Cfr. V.C. Renna, *La cosiddetta "certificazione etica" può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della P.A.?*, in *Amministrativamente*, 2015, 1-2, p. 14.

<sup>183</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 aprile 2014, n. 3769; Consiglio di Stato, Sez. III, 8 aprile 2014, n. 3484.

<sup>184</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 giugno 2007, n. 5269.

partecipanti in grado di espletare a regola d'arte le prestazioni oggetto di gara<sup>185</sup>. Permane, tuttavia, una differenza di prospettive: mentre i requisiti speciali più tecnici valutano la capacità delle imprese dal punto di vista della solidità economica, della preparazione specialistica e dell'idoneità a svolgere determinate prestazioni, il *rating* considera la loro affidabilità dal punto di vista del contrasto e della prevenzione della corruzione. Ovviamente, può rilevarsi una sovrapposizione con i requisiti di ordine generale, ossia quelli che assicurano la legalità delle imprese. Il confine tra le due tipologie, però, può essere individuato considerando i requisiti di ordine generale come quelle condizioni volte ad assicurare la semplice conformità dell'operatore economico alle leggi vigenti, mentre il *rating* di legalità come quello strumento che seleziona e premia le imprese che non si limitano a rispettare le leggi, ma che adottano anche tutte le misure idonee a prevenire episodi corruttivi o ingerenze mafiose. Potrebbe quindi verificarsi che un'impresa possieda i requisiti generali senza ottenere il *rating* di legalità, e quindi senza soddisfare il requisito speciale da esso rappresentato.

Tale ricostruzione trova fondamento anche nelle normative regionali che prevedono l'adozione del modello organizzativo delineato d.lgs. 231/2001 come una condizione necessaria per essere ammessi alla partecipazione di determinate gare di appalto, e quindi come un requisito speciale aggiuntivo rispetto a quelli definiti dal Codice degli appalti. A titolo esemplificativo si può richiamare il decreto dirigenziale n. 5808/2010 della Regione Lombardia, che identifica l'impiego di tale modello come requisito necessario per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori economici pubblici per i servizi di istruzione e formazione professionale e per i servizi al lavoro. Tale previsione è giustificata alla luce dell'esigenza di garantire l'efficienza e la trasparenza dell'operato sia della Regione che dell'ente accreditato, con lo scopo di migliorarne l'organizzazione ed il funzionamento. Analogamente, la Regione Calabria ha stabilito all'art. 54 della legge regionale 13 giugno 2008, n. 15, che le imprese con essa convenzionate sono tenute ad adeguarsi al medesimo modello. Ai sensi della legge regionale abruzzese 27 maggio 2011, n. 15, invece, il rispetto delle indicazioni contenute nel d.lgs. 231/2001 rappresenta sostanzialmente una condizione necessaria per intrattenere qualsiasi tipo di rapporto con la Regione. Il "modello 231", infatti, è obbligatorio anzitutto per gli enti dipendenti e

---

<sup>185</sup> Cfr. V.C. Renna, *op. cit.*, p. 10.

strumentali della Regione con o senza personalità giuridica, per i consorzi, per le agenzie regionali, per le società controllate e partecipate dalla Regione (ad esclusione degli enti pubblici non economici) e per le aziende che con essa operano in regime di convenzione. La sua adozione, poi, è considerata anche come un requisito imprescindibile per essere ammessi alle gare pubbliche di importo superiore ad un milione di euro e per stipulare contratti di subappalto.

Queste ed altre norme regionali assumono particolare importanza per avvalorare la tesi secondo cui l'istituto del *rating* di legalità, rappresentando un requisito di ammissione, possa incidere sulla fase della selezione degli offerenti. Al pari della disciplina dettata dal d.lgs. 231/2001, infatti, tale istituto individua una serie di misure virtuose, incentivando le imprese ad adottarle. Inoltre, come l'adozione del "modello 231" rappresenta una condizione necessaria per poter stipulare determinati contratti pubblici, così il *rating* può essere considerato come un requisito reso obbligatorio dalle stazioni appaltanti che vogliono riservare l'accesso alle gare esclusivamente ai soggetti dediti al contrasto dell'illegalità. In entrambi i casi la pubblica amministrazione annovera la prevenzione della legalità tra i propri obiettivi, e quindi tra le finalità che cerca di conseguire attraverso la redazione del bando e dei requisiti tecnico-organizzativi. In sostanza, dunque, ritenendo che la limitazione dell'accesso alle gare soltanto ai soggetti dotati del "modello 231" o del *rating* di legalità rappresenti un interesse concreto ed oggettivo delle amministrazioni, tali elementi possono essere legittimamente previsti come requisiti obbligatori di partecipazione.

Il fondamento di questa interpretazione, però, viene profondamente indebolito da due considerazioni. Innanzitutto, la giustificazione del *rating* come requisito speciale di partecipazione basata sul parallelo con l'adozione del "modello 231" perde efficacia alla luce della sentenza del T.A.R. di Palermo n. 227 del 4 febbraio 2011. In quella pronuncia è stata dichiarata l'illegittimità di un bando che prevedeva l'adozione del modello organizzativo delineato dal d.lgs. 231/2001 come requisito di accesso alla gara d'appalto. Il giudice amministrativo, infatti, ha evidenziato come l'adozione di tale modello non risponda ad un preciso interesse della stazione appaltante, essendo volto esclusivamente a liberare l'ente dalla responsabilità amministrativa derivante dalla commissione di reati da parte dei propri dipendenti. Ha messo in luce, poi, come l'interesse dell'amministrazione alla tutela della legalità sia già sufficientemente assicurato dalla disciplina dei requisiti ordinari, e che quindi

non debba necessariamente essere garantito anche dall'osservanza delle indicazioni dettate dal d.lgs. 231/2001<sup>186</sup>. Analoghe osservazioni possono sollevarsi circa l'impiego quale requisito di ammissione del *rating* di legalità che, al pari del "modello 231", pur prefiggendosi obiettivi desiderabili non persegue direttamente un interesse proprio delle stazioni appaltanti. In effetti, se è vero che tra questi vi rientra a pieno titolo la legalità dei propri contraenti, è vero anche che al suo accertamento sono preposti i requisiti di ordine generale, dettagliatamente individuati dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici. Come requisito speciale di ammissione, quindi, più che un mezzo attraverso cui promuovere la legalità il *rating* finirebbe per rappresentare uno strumento discriminatorio, in violazione del principio comunitario del *favor participationis*.

L'altra considerazione in base alla quale rigettare la costruzione del *rating* come requisito speciale di ammissione alle gare d'appalto attiene alle caratteristiche dei soggetti abilitati a richiederlo. Si è visto, infatti, che l'accesso al *rating* è consentito esclusivamente agli operatori economici aventi sede operativa in Italia, che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'ultimo esercizio chiuso nell'anno precedente alla richiesta, e che, alla data di tale richiesta risultino iscritti nel Registro delle imprese da almeno due anni. I bandi che prevedano come requisito speciale di accesso alla gara il possesso del *rating* di legalità, pertanto, escluderebbero illegittimamente la significativa platea di soggetti composta dalle imprese neocostituite, ossia quelle iscritte nel Registro da meno di due anni, dalle imprese comunitarie senza sede operativa in Italia e da quelle con un fatturato annuo inferiore a due milioni di euro<sup>187</sup>. Sulla base di quanto detto, quindi, si può affermare che il *rating* di legalità, pur costituendo un «elemento che attiene alla sfera soggettiva dell'impresa»<sup>188</sup>, non può assurgere a requisito speciale di qualificazione alle gare d'appalto.

#### 4.2. Il *rating* di legalità come criterio di aggiudicazione

L'impiego del *rating* di legalità nell'ambito delle gare pubbliche è riemerso, sotto una diversa prospettiva, nel mese di dicembre 2014, per impulso

---

<sup>186</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 4 febbraio 2011, n. 5269.

<sup>187</sup> Cfr. M. Frontoni, *op. cit.*, pp. 148 e ss.

<sup>188</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 1° aprile 2016, n. 855.

dell'ANAC. In questo senso occorre segnalare innanzitutto il Protocollo di intesa stipulato tra l'AGCM e l'ANAC l'11 dicembre 2014, riguardante le attività di contrasto alla corruzione negli appalti pubblici. Ai sensi dell'art. 1, l'AGCM segnala all'ANAC presunti fenomeni di alterazione delle procedure di gara che emergano nelle istruttorie riguardanti ipotesi di collusione tra imprese per la partecipazione agli appalti pubblici. Tale autorità, poi, inoltra all'ANAC il parere motivato inviato alla stazione appaltante nel caso di atti di gara che possano comportare una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato<sup>189</sup>. L'ANAC, dal canto suo, è tenuta a segnalare all'AGCM i presunti fenomeni collusivi che emergano nel corso dello svolgimento della propria attività o in seguito a specifiche segnalazioni di imprese o di stazioni appaltanti. Ai fini della presente trattazione, però, rileva soprattutto quanto previsto dall'art. 4 del Protocollo, secondo cui l'ANAC e l'AGCM collaborano nell'applicazione del regolamento attuativo del *rating* di legalità, anche al fine di promuoverne un maggiore utilizzo<sup>190</sup>.

Nella stessa direzione, con la determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014, relativa alle linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali, l'ANAC ha valorizzato il *rating* di legalità nella fase di valutazione delle offerte, includendolo tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, considerandolo come una misura volta «a contrastare i comportamenti illegali delle imprese ed il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, nonché le interferenze delle organizzazioni criminali con l'attività di impresa che possono ostacolare il corretto operare dei meccanismi del mercato postale», ha affermato che «le stazioni appaltanti possono valutare l'opportunità di attribuire un punteggio aggiuntivo e proporzionato alle imprese in possesso del *rating* di legalità»<sup>191</sup>. Tale punteggio, dunque, deve essere

---

<sup>189</sup> In questa ipotesi, l'ANAC formula delle osservazioni che devono essere tenute in debito conto dall'AGCM nel caso in cui, a seguito del mancato rispetto del suo parere motivato da parte della stazione appaltante, decida di ricorrere in giudizio avverso l'atto di gara.

<sup>190</sup> Cfr. Protocollo d'intesa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Autorità Nazionale Anticorruzione, 11 dicembre 2014. Una previsione simile è quella dettata dall'art. 213 comma 7 del d.lgs. 50/2016, secondo cui l'ANAC «collabora con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del "*Rating* di legalità"».

<sup>191</sup> ANAC, Determinazione n. 3, 9 dicembre 2014, *Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*, p. 15.

ulteriore rispetto a quello che avrebbe ottenuto la medesima offerta qualora l'impresa dalla quale è stata presentata non fosse stata dotata del *rating*, e di entità crescente in modo proporzionale al livello di *rating* posseduto da tale impresa.

Persistono, tuttavia, le criticità relative alle ristrette condizioni di rilascio del *rating*, in grado di distorcere la concorrenza tra le offerte nella fase di aggiudicazione. In effetti, associando un incremento premiale al possesso del *rating* in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, requisiti quali il fatturato minimo di due milioni, l'iscrizione al Registro da due anni o la sede operativa in Italia possono impedire illegittimamente all'operatore economico che non li soddisfa di ottenere il massimo punteggio. Tali problemi non sono sfuggiti all'ANAC, che ha tentato di porvi rimedio attraverso due previsioni. In primo luogo, è stata riconosciuta la possibilità di attribuire il suddetto punteggio aggiuntivo esclusivamente per gli appalti di maggiori dimensioni, in modo tale da non penalizzare gli operatori economici con un fatturato inferiore ai due milioni di euro. In secondo luogo, poiché possono richiedere il *rating* soltanto le imprese operanti in Italia, per non pregiudicare quelle estere è stato legittimato l'utilizzo di certificati equivalenti rilasciati agli operatori economici stranieri da altri organismi o autorità pubbliche. Una soluzione analoga, invece, non è stata prevista per tutelare le imprese neocostituite.

La previsione di un punteggio premiale da attribuire alle imprese dotate del *rating* in sede di aggiudicazione presenta, poi, un ulteriore profilo critico. In effetti, non pare essere conforme al principio della separazione tra requisiti soggettivi di qualificazione e criteri oggettivi di valutazione. Si è visto, infatti, come tale principio vieti la valutazione di un'offerta effettuata non solo alla luce delle sue peculiarità, ma anche sulla base di caratteristiche proprie del soggetto che la presenta. Emerge chiaramente, dunque, come il *rating* di legalità utilizzato come presupposto per attribuire un punteggio premiale in sede di aggiudicazione contrasti nettamente con questo principio. Tale criticità può essere superata facendo riferimento al già analizzato orientamento affermatosi di recente nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui la separazione tra i requisiti di ammissione ed i criteri di valutazione può essere attenuata in relazione agli elementi soggettivi riguardanti aspetti organizzativi idonei a valorizzare l'offerta in questione. Affinché criteri di carattere soggettivo siano legittimati ad incidere nella fase di aggiudicazione, dunque, devono rappresentare indici di affidabilità

e di serietà dell'offerta, in modo tale da giustificare le stazioni appaltanti a tenerne conto per privilegiarla. Tali criteri, ad ogni modo, non possono incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo<sup>192</sup>.

Alla luce di quanto detto, l'attribuzione di un punteggio ulteriore al concorrente dotato di *rating* di legalità sarebbe ammessa evidenziando come tale strumento attesti la «presenza di requisiti che attengono in modo specifico all'organizzazione aziendale o derivano direttamente dall'adozione di prassi operative improntate alla legalità, alla moralità ed alla correttezza e, quindi, si rivelano astrattamente idonei ad incidere sulle modalità esecutive della specifica prestazione»<sup>193</sup>. In questo senso, il *rating* di legalità potrebbe essere interpretato anche come lo strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione, nel valutare le offerte, attribuisce rilievo alla prevenzione e al contrasto della corruzione negli appalti pubblici, cercando di raggiungere un obiettivo di valenza non prettamente economica ma comunque legittimamente perseguibile<sup>194</sup>.

Sulla base di queste considerazioni si comprende perché il nuovo Codice dei contratti pubblici abbia espressamente previsto, tra i criteri mediante i quali valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa, il *rating* di legalità. Ai sensi dell'art. 95, comma 13, infatti, «compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità» dell'offerente, nonché rispetto ad una serie di parametri ulteriori<sup>195</sup>. Il nuovo Codice, quindi, costituisce il riconoscimento legislativo della funzione premiale del *rating* di legalità in sede di aggiudicazione.

L'evoluzione della disciplina in parola, tuttavia, presenta alcuni problemi. Prima dell'entrata in vigore del Codice degli appalti pubblici, infatti, tale funzione era riconosciuta soltanto dalla Determinazione dell'ANAC n. 3 del 9

---

<sup>192</sup> Cfr. *supra*, terzo paragrafo del primo capitolo.

<sup>193</sup> ANAC, *Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture - II° consultazione pubblica. Consultazione on line del 19 maggio 2015 – invio osservazioni entro il 19 giugno 2015* – Nota illustrativa, pp. 10-11.

<sup>194</sup> Cfr. ANAC, Determinazione n. 7, 24 novembre 2011, *Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture*, pp. 14 e ss.

<sup>195</sup> Cfr. *supra*, secondo paragrafo del primo capitolo.

dicembre 2014. Quest'ultima, però, prevedeva molte più precauzioni rispetto alla disciplina posta dall'art. 95, comma 13. La pronuncia dell'ANAC, si è visto, relegava l'utilizzo del *rating* di legalità in sede di valutazione delle offerte esclusivamente all'ambito degli appalti postali, e soprattutto lo circoscriveva al rispetto di precise condizioni. In particolare, essendo consapevole della portata potenzialmente distorsiva dello strumento delineato dalla l. 1/2012 e dalla delibera dell'AGCM n. 24075, ne aveva innanzitutto limitato il campo di applicazione ai soli appalti di maggiori dimensioni, assicurando inoltre alle imprese straniere di poter accedere alle medesime premialità connesse al *rating* attraverso l'utilizzo di certificati equivalenti. In questo modo, si è detto, l'ANAC era riuscita a tutelare quelle imprese che, a causa della ridotta dimensione o della sede operativa al di fuori dell'Italia, non possono ottenere il *rating*. Il quadro, quindi, è cambiato con l'entrata in vigore dell'art. 95 comma 13 del d.lgs. 50/2016, che ricalca la pronuncia dell'ANAC per quanto riguarda l'attribuzione al *rating* di una funzione premiale in sede di aggiudicazione, senza però prevederne i medesimi accorgimenti.

La normativa attuale, dunque, presenta diverse criticità. In primo luogo, si rivela un'incertezza riguardante la tutela delle piccole e medie imprese. Anche se il nuovo Codice, in ossequio alla direttiva europea e alla legge delega che sviluppa, le vuole promuovere, l'applicazione generalizzata del *rating* di legalità rischia di penalizzarle. Il decreto ministeriale del 18 aprile 2005, infatti, definisce «microimpresa» l'impresa che «ha un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro». Di conseguenza tali imprese, anche qualora soddisfacessero tutti i requisiti validi per ottenere tre stelle, non potrebbero accedere al *rating* poiché non assolvono alla condizione, imprescindibile per poterlo richiedere, secondo cui il *rating* può essere riconosciuto soltanto alle imprese aventi un fatturato annuo superiore ai due milioni di euro. È stato evidenziato, quindi, che «sarebbe auspicabile che il suddetto *rating* di legalità vada utilizzato come elemento di premialità solo per quegli appalti a cui le imprese più piccole non sono strutturalmente in grado di accedere»<sup>196</sup>. Una analogo criticità riguarda l'accesso degli operatori economici stranieri. A questo fine è stata messa in luce l'opportunità di «definire nel

---

<sup>196</sup> Contributo della Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della piccola e media impresa (CNA) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 50.

dettaglio le verifiche delle autocertificazioni delle imprese estere, anche ai fini del conseguimento del *rating* di legalità, da effettuarsi con le rappresentanze diplomatiche, in linea con il principio di parità di trattamento con le imprese nazionali»<sup>197</sup>. Infine, è stato auspicato anche l'accesso al *rating* delle imprese neocostituite, attraverso un meccanismo basato sull'autocertificazione degli elementi necessari<sup>198</sup>.

La necessità di risolvere questi problemi, eliminando le barriere che si frappongono tra il *rating* di legalità ed i soggetti economici che non possono ottenerlo, è stata ribadita anche dall'ANAC nel Documento di consultazione sui «criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese», relativo al *rating* di impresa. Nella prima versione del Codice, infatti, il *rating* di legalità era annoverato anche nell'art. 83 comma 10 quale elemento incidente sul *rating* di impresa. In questo senso, il problema della limitazione al suo accesso si riproponeva in sede di attribuzione del *rating* di impresa, motivo per cui l'ANAC aveva affermato che «al fine di evitare la penalizzazione delle imprese che non posseggono i requisiti per richiedere il *Rating* di legalità, dovrebbe essere consentito a tali imprese di presentare comunque istanza all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale valuterà la documentazione prodotta ai fini della sussistenza dei requisiti di legalità»<sup>199</sup>. Tali osservazioni, anche se sollevate rispetto all'applicazione del *rating* di legalità nel computo del *rating* di impresa, sono valide anche, e soprattutto, ai fini del suo utilizzo in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Analogamente, il Consiglio di Stato ha evidenziato che il rischio di un utilizzo incauto del *rating* di legalità «possa generare effetti distorsivi della concorrenza o, addirittura, discriminatori, come può accadere, ad esempio, se si assegna un peso eccessivo e sproporzionato al *rating* di legalità (al quale imprese, pur sane e trasparenti, non possono accedere per ragioni oggettive)»<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> Contributo di *Fastweb* in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 78.

<sup>198</sup> Cfr. Contributo della Federazione Industrie Prodotti Impianti Servizi e Opere Specialistiche per la Costruzione (FINCO) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 53.

<sup>199</sup> ANAC, Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 6.

<sup>200</sup> Consiglio di Stato, Commento speciale, 2 agosto 2016, n. 1767.

Un altro elemento problematico dell'art. 95, comma 13, consiste nel "riutilizzo" di criteri considerati in sede di qualificazione ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In effetti, se si considerano i requisiti validi per aumentare il punteggio del *rating* di legalità, emerge come alcuni di essi coincidano con quelli necessari per essere ammessi alle gare. A titolo esemplificativo si può mettere in luce come per un'impresa operante nei settori maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa l'iscrizione alla *white list* rappresenti sia un requisito di ammissione che un criterio per aumentare il proprio *rating* di legalità, e quindi la propria possibilità di prevalere in sede di aggiudicazione: da un lato, si è visto, per determinate categorie di imprese l'iscrizione alle *white list* è condizione necessaria per poter partecipare ad una gara d'appalto<sup>201</sup>; dall'altro, tale iscrizione è valida anche per integrare uno degli otto requisiti "aggiuntivi" previsti dall'art. 3 della Delibera AGCM n. 24075 per poter incrementare di un "più" il proprio livello di *rating*. Lo stesso ragionamento, d'altronde, può essere effettuato rispetto alla stipula dei protocolli di legalità che, pur costituendo un requisito imprescindibile per poter essere ammessi alle gare, sono annoverati anche tra i requisiti "aggiuntivi" elencati dal citato art. 3 del regolamento sul *rating* di legalità.

Alla luce di tutte queste criticità, a febbraio 2017 l'ANAC ha sottolineato l'opportunità di eliminare il riferimento al *rating* di legalità dall'art. 95 comma 13. Ha proposto, infatti, di sostituirlo con il *rating* di impresa, "spostando" quest'ultimo dalla fase di qualificazione a quella di aggiudicazione. Posticipando l'esame del *rating* di impresa al prossimo capitolo, conviene limitarsi in questa sede ad evidenziare che, nonostante l'orientamento dell'ANAC, il *rating* di legalità continua ad essere previsto dal Codice anche a seguito delle modifiche introdotte a maggio 2017. In effetti, la prima versione del decreto correttivo al Codice sostituiva il richiamo al *rating* di legalità all'art. 95 comma 13, inserendo al suo posto il *rating* di impresa. Nel Codice così modificato, quindi, gli unici riferimenti al *rating* di legalità sarebbero rimasti quelli posti dall'art. 93, comma 7, e dell'art. 213, comma 7. Ai sensi del primo, nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia per la partecipazione alla procedura di gara e del suo eventuale rinnovo è ridotto del trenta per cento, non cumulabile con altre riduzioni, per le imprese aventi il *rating* di legalità o una serie di altre attestazioni.

---

<sup>201</sup> Cfr. *supra*, secondo paragrafo del terzo capitolo.

Per l'art. 213, comma 7, invece, il *rating* di legalità concorre anche alla determinazione del *rating* di impresa. Sarebbe venuto meno, quindi, il fondamento legislativo sul quale si basa l'utilizzo del *rating* di legalità come criterio per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Su tale schema di decreto, poi, si è espresso il Consiglio di Stato, considerando favorevolmente la misura in generale ma sollevando perplessità rispetto all'eliminazione del *rating* di legalità dall'art. 95, comma 13. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che «quanto alla sostituzione della locuzione “*rating* di legalità” con “*rating* di impresa” va rilevato che sembra opportuno segnalare al Governo la possibilità di prevedere il beneficio sia per il *rating* di legalità che per quello di impresa, disciplinando l'eventuale cumulo dei due benefici»<sup>202</sup>. Il decreto correttivo, recependo tali indicazioni, non ha eliminato il riferimento al *rating* di legalità all'art. 95, comma 13, ma lo ha soltanto integrato con il richiamo al *rating* di impresa. Ai sensi del d.lgs. 50/2016 così come modificato dal decreto correttivo, quindi, nei bandi di gara, negli avvisi o negli inviti, le amministrazioni aggiudicatrici indicano «i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità e di impresa dell'offerente».

In definitiva, dunque, il correttivo al nuovo Codice dei contratti pubblici, pur rivoluzionando, come si vedrà, il sistema del *rating* di impresa, non ha intaccato quello delineato per il *rating* di legalità. Viene salvaguardata, infatti, la norma sulla quale si basa l'impiego del *rating* di legalità quale criterio di valutazione ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

#### 4.3. Il *rating* di legalità e l'avvalimento

Valorizzando il *rating* di legalità nell'ambito della contrattualistica pubblica, emerge la questione relativa all'utilizzabilità dell'avvalimento rispetto ai suoi requisiti. Tale istituto, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, è lo strumento attraverso il quale un'impresa può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per accedere alle gare d'appalto facendo affidamento sulle capacità di altri operatori economici. Non tutti i requisiti di partecipazione, però, possono essere oggetto di avvalimento: in linea generale, il ricorso a tale istituto

---

<sup>202</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 30 marzo 2017, n. 782.

è ammesso per quelli di carattere speciale, ossia per quelli relativi alle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative, mentre è escluso per quelli di carattere generale, attinenti all'affidabilità morale e professionale.

La *ratio* di questa distinzione è chiara: mentre i requisiti generali si riferiscono a caratteristiche personali, e quindi un'impresa non può "prenderli in prestito" da un'altra, questo non vale per quelli speciali. In effetti, tra questi ultimi vi rientrano elementi come il fatturato minimo o le risorse necessarie ad adempiere la prestazione oggetto della gara che possono essere garantiti senza alcun problema da un soggetto terzo, sulla base di un contratto che ne disciplina le modalità<sup>203</sup>. L'avvalimento, inoltre, deve essere sostanziale e non formale: detto altrimenti, il concorrente non deve limitarsi ad usufruire dei requisiti di un'altra impresa soltanto ai fini dell'ammissione alla gara, ma, qualora la vinca, deve effettivamente impiegarli. L'art. 89, quindi, stabilisce espressamente che l'operatore economico che si avvale delle capacità di altri soggetti deve dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari. A tal fine, l'impresa ausiliaria deve sottoscrivere una dichiarazione mediante la quale si vincola con la stazione appaltante e con il concorrente a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie di cui quest'ultimo è carente, per tutta la durata dell'appalto.

Nel quadro di queste regole generali, occorre soffermarsi sulla possibilità di applicare l'istituto dell'avvalimento rispetto al *rating* di legalità. In effetti, tale strumento richiede sia requisiti di carattere personale che di carattere tecnico. Per ricostruire il problema conviene richiamare innanzitutto la giurisprudenza in materia. L'indirizzo prevalente, in linea con la tendenza pro-concorrenziale di matrice comunitaria, include nell'ambito di applicazione dell'avvalimento tutti i requisiti basati su «conoscenze, procedure ed esperienze oggettivamente trasmissibili»<sup>204</sup>. Ciò significa, ad esempio, che l'avvalimento può legittimamente impiegarsi per raggiungere il capitale sociale minimo richiesto dal bando di gara<sup>205</sup>, ma che non può utilizzarsi rispetto alla certificazione di

---

<sup>203</sup> Cfr. U. De Luca, *L'avvalimento*, in *I nuovi appalti pubblici: commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 390-391.

<sup>204</sup> M. Frontoni, *op. cit.*, p. 166.

<sup>205</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496.

qualità<sup>206</sup>. Il criterio che circoscrive il suo ambito di applicazione è stato tracciato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5340 del 17 ottobre 2012, secondo cui l'avvalimento è escluso soltanto rispetto ai requisiti «strettamente personali di carattere generale»<sup>207</sup>.

Occorre dunque capire se e in che misura il *rating* di legalità costituisca un requisito del genere. Nell'ipotesi in cui il *rating* sia utilizzato come requisito di ammissione, bisogna concludere che non può essere oggetto di avvalimento. Incidendo sulla fase di selezione degli offerenti, infatti, il *rating* rileverebbe in quanto tale, indipendentemente dal punteggio conseguito dalle singole imprese. In questo caso, quindi, un operatore economico si servirebbe dell'avvalimento per soddisfare uno di quei requisiti elencati dall'art. 2 della delibera AGCM n. 24075 necessari per ottenere il livello minimo di *rating*, quello cioè necessario per poter accedere alla gara che lo prevede come requisito di ammissione. A ben vedere, tali requisiti rientrano a pieno titolo tra quelli definiti come “strettamente personali” dal Consiglio di Stato, visto che ricomprendono elementi quali, ad esempio, l'assenza di condanne penali o di violazioni delle norme a tutela della sicurezza sul lavoro. Rispetto ad essi, pertanto, sarebbe escluso il ricorso all'avvalimento<sup>208</sup>.

Un ragionamento diverso, invece, può essere condotto capovolgendo la prospettiva di analisi, includendo cioè il *rating* di legalità tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla scorta della determinazione dell'ANAC relativa agli appalti sui servizi postali e soprattutto dell'art. 95, comma 13, del nuovo Codice dei contratti pubblici. In questa ipotesi, infatti, non rileva soltanto il possesso o meno del *rating*, ma anche il livello ad esso connesso. Per includerlo o meno nell'ambito di applicazione dell'avvalimento, dunque, non bisogna prendere in considerazione soltanto i requisiti necessari per ottenerlo, ma anche quelli idonei ad accrescere il punteggio. In effetti, mentre in sede di qualificazione è sufficiente essere dotati del *rating*, in sede di aggiudicazione acquisisce importanza anche il livello ad

---

<sup>206</sup> Cfr. ANAC, Parere di precontenzioso, 21 maggio 2014, n. 110. Secondo l'ANAC l'ambito oggettivo dell'avvalimento include esclusivamente i requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo, mentre non ricomprende la certificazione di qualità che rappresenta un requisito soggettivo afferente ad uno “*status*” dell'operatore economico.

<sup>207</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5304.

<sup>208</sup> Cfr. M. Frontoni, *op. cit.*, p. 167.

esso relativo, poiché le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara le premialità che intendono applicare rispetto al “maggior” *rating* di legalità dell’offerente. È pertanto interesse delle imprese ottenerne uno quanto più alto possibile, anche attraverso l’istituto dell’avvalimento.

Affinché sia possibile ricorrervi, dunque, occorre valutare la natura dei requisiti validi per attribuire i cosiddetti “più”<sup>209</sup>: degli otto previsti dall’art. 3 del Regolamento dell’AGCM sull’attribuzione del *rating* di legalità, almeno quattro sono connotati da un’oggettività tale da poter rientrare a pieno titolo nell’ambito di applicazione dell’avvalimento. In effetti, elementi come l’adozione di una struttura organizzativa che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all’impresa (o di un “modello 231”), il rispetto di forme di Responsabilità sociale d’impresa, l’adesione a codici di autoregolamentazione e l’adozione di modelli organizzativi di contrasto alla corruzione, rappresentano a tutti gli effetti fattori oggettivi, idonei ad essere “prestati” ai fini dell’ottenimento di un livello più elevato di *rating*. È quindi possibile escluderne l’inammissibilità, dal momento che in tali casi l’incremento della classifica consegue ad alcune caratteristiche che «afferiscono a processi organizzativi e *best practices* connotati da innegabili profili di oggettività, tali da impedirne l’attrazione nell’ambito dei requisiti soggettivi»<sup>210</sup>.

Tale conclusione può giustificarsi anche richiamando l’art. 89, comma 10, del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale «l’avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell’iscrizione all’Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all’articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152». Tale indicazione è stata formulata, per la prima volta, con l’art. 34 della legge 11 novembre 2014, n. 164. Prima di allora, sia la giurisprudenza che la prassi dell’AVCP<sup>211</sup> avevano legittimato il ricorso all’avvalimento anche per l’iscrizione ad un albo specialistico. In particolare, permettevano l’impiego di tale strumento per l’iscrizione all’Albo Nazionale Gestori Ambientali richiamando la sua ammissibilità nei confronti delle attestazioni SOA. In questo senso, secondo il giudice amministrativo, dato che era concesso l’avvalimento per il requisito dell’attestazione della certificazione SOA, doveva «ritenersi consentito effettuare

---

<sup>209</sup> Cfr. *supra*, secondo paragrafo del terzo capitolo.

<sup>210</sup> M. Frontoni, *op. cit.*, p. 169.

<sup>211</sup> Cfr. AVCP, Parere di pre-contenzioso, 27 giugno 2012, n. 106.

l'avvalimento anche per l'iscrizione all'Albo in esame»<sup>212</sup>. Sino all'avvento dell'art. 34 della l. 164/2014, quindi, l'utilizzo dell'avvalimento per iscriversi all'Albo Nazionale Gestori Ambientali era considerato ammissibile. Analogamente, è possibile dedurre che l'unica via attraverso cui escludere il ricorso all'avvalimento rispetto al *rating* di legalità sia quella dell'intervento legislativo. Fino ad allora, alle imprese sarà permesso servirsene per incrementare il proprio *rating* sulla base degli stessi motivi per cui prima della l. 164/2014 gli era consentito di ricorrervi per iscriversi all'Albo Nazionale Gestori Ambientali<sup>213</sup>.

In conclusione, è possibile includere alcuni dei requisiti “aggiuntivi” necessari per incrementare il *rating* di legalità nell'ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento. Possedere un elevato *rating* di legalità, infatti, può risultare determinante nella fase di aggiudicazione, dato che incide sia direttamente che indirettamente sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Vi incide in modo diretto poiché, si è visto, ai sensi dell'art. 95, comma 13, dal “maggior” *rating* di legalità deriva l'applicazione di criteri premiali in quella fase. Questo, tuttavia, non esaurisce gli effetti del *rating* di legalità sulla determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo il nuovo art. 95, comma 13, infatti, accanto a quelle legate al *rating* di legalità sono previste premialità anche derivanti dal maggior *rating* di impresa dell'offerente. Leggendo tale previsione alla luce dell'art. 213, comma 7, secondo cui «il *rating* di legalità concorre anche alla determinazione del *rating* di impresa», emerge come il *rating* di legalità incida sull'offerta economicamente più vantaggiosa non solamente in modo diretto, ma anche in modo mediato, e cioè attraverso il *rating* di impresa.

---

<sup>212</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 28 dicembre 2012, n. 5371.

<sup>213</sup> Cfr. M. Frontoni, *op. cit.*, pp. 169-170.

## CAPITOLO QUARTO

### **ALLA RICERCA DELL'EFFICIENZA: DAL RATING DI LEGALITÀ AL RATING DI IMPRESA**

#### **1. L'efficienza nel nuovo Codice dei contratti pubblici**

##### *1.1. La valorizzazione della reputazione tra discrezionalità e concorrenza*

Il *rating* di impresa, a differenza di quello di legalità, è finalizzato ad accrescere il grado di efficienza degli acquisti della pubblica amministrazione. È volto, infatti, ad instaurare un rapporto di fiducia tra le imprese e le stazioni appaltanti, per garantire a queste ultime l'affidabilità economica delle prime. In teoria, l'efficienza dei contraenti della pubblica amministrazione è già garantita dai requisiti tecnici, organizzativi e finanziari, in assenza dei quali le imprese non possono nemmeno accedere alle gare. In realtà, però, tali elementi costituiscono soltanto le condizioni "minime" rispetto alle quali considerare la convenienza di entrare in affari con chi le detiene. Una qualificazione unicamente basata su di essi, in effetti, non tiene in debito conto un elemento fondamentale, e cioè il comportamento tenuto in precedenza dagli operatori economici.

Considerando i processi decisionali dei soggetti privati, infatti, emerge chiaramente come spesso questi siano condizionati non soltanto dalle caratteristiche "attuali" dell'offerta e dell'offerente, ma anche, e soprattutto, dal grado di soddisfazione che quello stesso offerente ha garantito in precedenti interazioni economiche. In altri termini, si vuole evidenziare che nella scelta di un contraente non rilevano esclusivamente le sue caratteristiche al momento dello

scambio, ma anche il comportamento che ha tenuto in precedenza, e quindi la sua reputazione. Le *performance* passate, dunque, acquisiscono particolare importanza nella scelta dei soggetti con cui stringere accordi, e, anche se perseguono il medesimo fine dei requisiti speciali, ossia quello dell'efficienza, non devono essere confusi con essi. Tali requisiti, infatti, pur rappresentando indicatori dell'affidabilità di un'impresa dal punto di vista tecnico, organizzativo e finanziario, «sono irrilevanti ai fini della valutazione della sua lealtà»<sup>214</sup>.

L'inclusione della reputazione nelle procedure di scelta dei contraenti delle stazioni appaltanti, finalizzata a perseguire con più incisività l'efficienza dell'approvvigionamento pubblico, presuppone necessariamente un'artificiale distorsione della concorrenzialità di quel mercato ed il riconoscimento di un maggiore margine di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. Come il *rating* di legalità, infatti, anche quello di impresa ha carattere discriminante, poiché differenzia gli operatori economici alterando la loro condizione reciproca dinanzi ad una gara d'appalto. Per poter essere correttamente ed efficacemente utilizzato, inoltre, tale strumento deve essere connotato da un certo grado di discrezionalità, necessario per poter valutare i comportamenti da premiare. Per iniziare la trattazione sul *rating* di impresa, dunque, è doveroso considerare come tale istituto si rapporta con la discrezionalità della pubblica amministrazione da un lato e con il principio della concorrenza dall'altro. A ben vedere, tali elementi sono strettamente legati, visto che il *rating* può essere inteso come uno strumento idoneo a distorcere la concorrenza "pura" sulla base di scelte più o meno discrezionali effettuate dalla pubblica amministrazione. In questo senso, quindi, la discrezionalità sarebbe l'elemento che "inquina" la concorrenzialità della procedura. Discrezionalità e concorrenza, d'altronde, sono considerati generalmente come concetti antitetici, dato che «il buon funzionamento del mercato richiede un quadro di regole certe, stabili nel tempo, poste *ex ante*, mentre la discrezionalità introduce flessibilità ma anche incertezza relativa alle determinazioni della Pubblica Amministrazione»<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> N. Doni, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, 2, 2005, p. 310.

<sup>215</sup> M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, 3, p. 749.

## 1.2. *La discrezionalità come presupposto per il perseguimento dell'efficienza*

La costruzione di un sistema volto a promuovere l'efficienza, pertanto, passa innanzitutto attraverso il superamento di quella "demonizzazione" della discrezionalità che ha caratterizzato la normativa sugli appalti pubblici dettata negli anni Novanta. In quel periodo, infatti, si è diffusa la convinzione per cui l'unica via da percorrere per abbattere la corruzione nella contrattualistica pubblica fosse quella di ridurre quanto più possibile i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti. A partire dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 ("Legge Merloni"), dunque, le procedure di qualificazione ed aggiudicazione degli appalti pubblici sono state caratterizzate soprattutto da atti vincolati. Anche il successivo d.lgs. 163/2006, ossia l'intervento con cui il legislatore ha dato attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha mantenuto tale impostazione, basti pensare alla sua resistenza nei confronti di strumenti flessibili quali il dialogo competitivo<sup>216</sup>. Fino all'approvazione del nuovo Codice, quindi, nel settore degli appalti è stata condotta una lotta alla corruzione «attraverso l'irrigidimento delle procedure amministrative, la privazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti»<sup>217</sup>. In tale contesto, il legislatore italiano ha privilegiato criteri di aggiudicazione obiettivi, relegando in secondo piano quelli attinenti alla qualità delle scelte, e quindi alla loro efficacia, efficienza ed economicità.

La forte contrazione della discrezionalità amministrativa genera, infatti, inefficienza. L'irrigidimento delle procedure determina l'impossibilità per l'amministrazione di considerare complessivamente offerte ed offerenti, e quindi di porsi sullo stesso piano dei suoi potenziali contraenti. Per comprendere a pieno il nesso tra discrezionalità ed efficienza non si può fare a meno di richiamare la letteratura economica sul punto. Diversi autori, infatti, hanno messo in luce come il mercato degli appalti pubblici sia caratterizzato da fenomeni quali la "selezione avversa" o le "asimmetrie informative". Si tratta, in breve, di situazioni in cui i

---

<sup>216</sup> Cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3, pp. 330-333. Su questo tema cfr. G. Fidone, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2007, 12, pp. 3971-3989.

<sup>217</sup> *Ivi*, p. 330.

privati approfittano della rigidità e della mancanza di informazioni della controparte pubblica per ricavare maggior profitto dai contratti stretti con essa<sup>218</sup>.

Tali concetti possono essere esplicitati efficacemente portando all'estremo il ragionamento. A titolo esemplificativo, si potrebbe considerare il criterio del prezzo più basso come la procedura di aggiudicazione meno discrezionale. Essendo tale criterio di carattere assolutamente oggettivo, infatti, non rimette all'amministrazione chiamata ad applicarlo alcun margine di discrezionalità. In linea con l'orientamento alla base della "legge Merloni" prima e del Codice dei contratti pubblici del 2006 poi, se tutti gli appalti fossero aggiudicati mediante tale criterio non vi sarebbe spazio per fenomeni corruttivi. Anche volendo assumere per vera tale affermazione<sup>219</sup>, occorre richiamare l'attenzione sulle sue conseguenze economiche. Quando la stazione appaltante aggiudica un contratto pubblico considerando esclusivamente il prezzo, compie un'operazione illogica dal punto di vista economico. Qualunque manuale di microeconomia, infatti, spiega che i consumatori orientano le proprie scelte tenendo in debito conto, oltre che il prezzo, anche le proprie preferenze. Anche se la pubblica amministrazione può essere considerata un consumatore *sui generis*, non si può assumere che abbia le stesse preferenze rispetto a prodotti di diversa qualità, dato che quest'ultima si riversa poi sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa nel suo complesso. In questo contesto, quindi, le imprese massimizzano il proprio profitto offrendo prestazioni scadenti a prezzi contenuti. Alla luce delle "asimmetrie informative", d'altronde, le stazioni appaltanti nemmeno riescono a cogliere la bassa qualità di tali prestazioni poiché spesso non hanno le competenze per farlo. Un sistema privo di discrezionalità in capo all'amministrazione, dunque, incentiva le imprese a fornire pessime *performance*.

Ovviamente, il discorso fin qui condotto viene attenuato nell'acquisto di beni standardizzati, nell'ambito del quale la valutazione della qualità assume minore importanza. Per appalti complessi, invece, è imprescindibile riconoscere margini di discrezionalità. Attraverso l'esercizio di un potere discrezionale, infatti, le stazioni appaltanti possono da un lato ridurre lo svantaggio informativo, ricorrendo a procedure flessibili quali il dialogo competitivo; dall'altro tenere

---

<sup>218</sup> *Ivi*, pp. 331 e ss.

<sup>219</sup> In realtà, come si vedrà successivamente, l'assenza di discrezionalità non implica l'assenza della corruzione.

conto degli aspetti qualitativi dell'offerta e, elemento ben più importante ai fini della presente trattazione, della "storia professionale" dell'impresa che la presenta<sup>220</sup>.

Il riconoscimento della discrezionalità amministrativa nell'assegnazione dei contratti pubblici di maggiore complessità rappresenta una condizione necessaria per perseguire l'efficienza delle scelte amministrative, e di riflesso dell'azione amministrativa. Il dibattito riguardante il binomio discrezionalità/efficienza, d'altronde, si inserisce in quello di più ampio respiro circa la trasformazione della pubblica amministrazione da un'amministrazione "per atti" ad un'amministrazione "per risultati". Tale processo deriva dal mutamento del principio di «buon andamento», definito dall'art. 97 Cost. In passato, infatti, qualunque comportamento tenuto dall'amministrazione non macchiato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere era considerato in linea con tale principio, mentre «la bontà in senso economico del risultato e soprattutto il tempo necessario per ottenerlo erano di secondaria importanza»<sup>221</sup>. Per raggiungere un «buon andamento» di questa natura, dunque, si comprende come le procedure di scelta del contraente dovevano essere quanto più oggettive e vincolate, in modo tale da ridurre il rischio connesso all'abuso della discrezionalità sacrificando un valore, quello dell'efficienza, a quel tempo non così rilevante. Il paradigma ha cominciato a cambiare negli anni Novanta, quando è sorta l'esigenza di valutare l'operato della pubblica amministrazione non tanto rispetto alla legittimità giuridica dei suoi atti quanto in termini di utilità economico-sociale dei suoi risultati. Di conseguenza, il contenuto del "buon andamento" si è convertito «da quello di andamento formalmente corretto a quello di andamento sostanzialmente buono»<sup>222</sup>. In questa prospettiva, d'altronde, si inserisce la legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, secondo la quale l'attività amministrativa è retta, tra l'altro, da criteri di economicità e di efficacia.

Secondo il paradigma dell'amministrazione per risultati, pertanto, risulta coerente la costruzione di un sistema di affidamento dei contratti pubblici che

---

<sup>220</sup> Cfr. G. Fidone, *op. cit.*, p. 331.

<sup>221</sup> C. C. Carli, *Appalti e analisi economica - spunti per un'audit giureconomica dei contratti di impresa. Verso un diritto dettato dall'economia?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 4/2, p. 190.

<sup>222</sup> *Ivi*, p. 191.

riconosca spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti utili a perseguire l'efficienza delle loro scelte. Tale obiettivo, d'altronde, è individuato anche dalla strategia "Europa 2020" della Commissione europea, secondo cui la normativa sugli appalti deve mirare ad un uso più efficiente dei fondi pubblici. Il Libro verde in materia di appalti del 2011, poi, ha messo in luce come «nell'attuale contesto di gravi restrizioni di bilancio e di difficoltà economiche che hanno colpito molti Stati membri dell'UE, è cruciale ottenere risultati ottimali in materia di appalti, mediante procedure efficienti»<sup>223</sup>. Tale orientamento, dunque, è stato recepito dalle direttive 23, 24 e 25 del 2014, dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, e quindi dal d.lgs. 50/2016, esplicitamente volti a rendere più efficiente il sistema della contrattualistica pubblica.

La decisa presa di posizione dell'ordinamento comunitario prima e nazionale poi nei confronti dell'efficienza non implica l'abbandono delle preoccupazioni relative al contrasto della corruzione, ma soltanto un capovolgimento di prospettiva: mentre la "legge Merloni" ed il d.lgs. 163/2006 dettavano norme per contrastare la corruzione prescindendo dai loro effetti sull'efficienza, le nuove previsioni sono finalizzate ad eliminare la corruzione mediante il raggiungimento dell'efficienza. In effetti, «inefficienza e corruzione sono due patologie distinte della contrattazione pubblica»<sup>224</sup>: mentre la corruzione consiste «nel malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite»<sup>225</sup>, l'inefficienza si riferisce «allo spreco di denaro pubblico, alla dilazione dei tempi di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti, alla scarsa qualità dei beni acquistati dalla pubblica amministrazione»<sup>226</sup>. Emerge, quindi, come pur potendo verificarsi inefficienza in assenza di corruzione, non può esservi corruzione in contesti pienamente efficienti. Detto altrimenti, la corruzione può annidarsi soltanto in sistemi che non utilizzano al meglio le proprie risorse.

Inefficienza e corruzione, inoltre, sono criticità diversamente osservabili: mentre la prima può essere facilmente rilevata attraverso i dati sui costi sostenuti, sui tempi impiegati e sugli indicatori di *performance*, la corruzione rappresenta

---

<sup>223</sup> Libro verde della Commissione europea, *La modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 2011, p. 3.

<sup>224</sup> G. Fidone, *op. cit.*, p. 333.

<sup>225</sup> Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13.

<sup>226</sup> G. Fidone, *op. cit.*, p. 333.

un fenomeno velato. Alla luce di queste considerazioni, dunque, risulta innanzitutto che i dati sull'inefficienza sono generati anche, ma non solo, dall'esistenza di fenomeni corruttivi, e, in secondo luogo, che è più facile misurare l'efficacia di strumenti volti al contrasto dell'inefficienza piuttosto che alla lotta della corruzione. Si comprende, quindi, perché le norme finalizzate ad efficientare il sistema degli appalti pubblici comportino indirettamente la riduzione della corruzione: infatti, se la corruzione costituisce una parte "nascosta" dell'inefficienza, «il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della *performance*) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi»<sup>227</sup>.

Quanto detto, tra l'altro, è confermato dal fatto che i paesi che utilizzano più efficacemente le proprie risorse sono quelli in cui la corruzione è meno diffusa. In questo senso il caso del Regno Unito è emblematico. La disciplina inglese sulla contrattualistica pubblica, dettata dal *Public Contracts Regulations* del 2015, si fonda sulla nozione di "*Best Value*", e cioè di "miglior uso possibile del denaro pubblico": si tratta di un concetto chiaramente finalizzato al solo perseguimento dell'efficienza. Il contrasto della corruzione, quindi, non costituisce un fine esplicito del "*Best Value*", ma ne rappresenta un effetto indiretto: il raggiungimento del miglior uso possibile delle risorse pubbliche, infatti, presuppone la definizione di un'ambiente onesto, privo di quegli spazi di inefficienza necessari per la nascita e la sussistenza di fenomeni corruttivi. In altre parole, nell'ordinamento inglese la corruzione viene combattuta non in quanto tale ma in quanto fenomeno associato agli spazi di inefficienza<sup>228</sup>.

### 1.3. *L'evoluzione del concetto di concorrenza: da "fine" a "mezzo"*

La nozione di "*Best Value*", oltre che privilegiare il perseguimento dell'efficienza al contrasto della corruzione, lo antepone al principio della concorrenza. In particolare, vuole evitare che la tutela della concorrenza fine a se stessa sacrifichi l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli acquisti delle

---

<sup>227</sup> G. Fidone, Relazione per il seminario *Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati, p. 32.

<sup>228</sup> *Ivi*, pp. 32-36.

pubbliche amministrazioni. In questo senso occorre ragionare sul rapporto tra gli interessi delle stazioni appaltanti e la tutela della concorrenza, e sulla misura in cui quest'ultima è preordinata al perseguimento dell'efficienza. L'idea della concorrenza, infatti, pur essendo sempre stata presente nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha assunto differenti significati nel corso del tempo. Nell'impostazione tradizionale aveva una matrice "contabilistica", essendo volta esclusivamente a tutelare l'interesse finanziario della pubblica amministrazione. La "messa in concorrenza", dunque, era funzionale all'identificazione della minore o migliore spesa delle risorse pubbliche. Il principio in questione, tra l'altro, aveva un carattere talmente strumentale che in principio il suo mancato rispetto non poteva nemmeno essere fatto valere in giudizio dai privati. La sua applicazione, dunque, assicurava la parità di trattamento dei concorrenti soltanto in modo implicito<sup>229</sup>.

La prospettiva si è capovolta con l'avvento della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, in particolar modo con il recepimento delle direttive 17 e 18 del 2004 nel d.lgs. 163/2006. Quest'ultimo, all'art. 2, comma 1, stabiliva espressamente che «l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice». È evidente, dunque, come «le procedure ad evidenza pubblica si sono arricchite di significati nuovi e di finalità ben più ampie»<sup>230</sup>. In altri termini, si è capovolto il nesso causale tra efficienza e concorrenza: nel quadro delineato dalla disciplina europea, le procedure competitive sono finalizzate innanzitutto a garantire il libero mercato, mentre l'interesse alla qualità e all'efficienza degli acquisti pubblici viene tutelato solo di riflesso, dal momento che il libero mercato tende ad innescare un meccanismo virtuoso atto a contenere i prezzi e ad innalzare la qualità delle prestazioni offerte<sup>231</sup>.

L'identificazione della tutela della concorrenza quale obiettivo primario delle procedure competitive dettate dalla normativa sui contratti pubblici, d'altronde, è stata evidenziata anche dal Consiglio di Stato e dalla Corte costituzionale. I giudici di Palazzo Spada, nel parere emanato sullo schema del

---

<sup>229</sup> Cfr. M. D'Alberty, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, pp. 297 e ss.

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

d.lgs. 163/2006, hanno sottolineato come la concorrenza giochi un ruolo preponderante negli «aspetti relativi alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di gara, ai criteri di aggiudicazione, al subappalto e alla vigilanza sul mercato degli appalti affidata ad una Autorità indipendente»<sup>232</sup>. Argomentazioni simili sono state poi utilizzate dalla Corte costituzionale per legittimare la competenza statale sulla disciplina dei contratti pubblici. Ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., infatti, lo Stato ha potestà legislativa esclusiva in materia di «tutela della concorrenza». La Corte, quindi, interpretando il d.lgs. 163/2006 come una disciplina volta a tutelare ed a promuovere la concorrenza, ha rigettato i ricorsi di quelle Regioni che lo avevano reputato invasivo della propria competenza legislativa, giustificandone l'adozione con legge statale<sup>233</sup>. Da queste pronunce, quindi, emerge come l'avvento della disciplina comunitaria in materia abbia modificato il fine delle procedure concorsuali in materia di appalti pubblici, cambiando radicalmente la prospettiva d'analisi: il Codice del 2006, infatti, garantiva maggiormente il libero mercato che l'efficienza dei beni in esso scambiati, assumendo di conseguenza più il punto di vista delle imprese appaltatrici che quello delle amministrazioni appaltanti.

Contro l'indirizzo fin qui ricostruito, il quale, si è visto, considera la concorrenza quale elemento fondante della disciplina degli appalti di derivazione comunitaria, se ne è sviluppato un altro, secondo cui «la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi dei Trattati in materia di concorrenza (art. 101 e s. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi»<sup>234</sup>. In questo senso, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ribadito che la normativa europea sulle procedure di gara è volta principalmente ad evitare che le stazioni appaltanti bandiscano gare riconoscendo privilegiando le imprese nazionali rispetto a quelle stabilite negli altri Stati membri<sup>235</sup>. A sostegno di quanto detto si può mettere in luce, in primo luogo, che neppure l'art. 2, comma 1, del d.lgs. 163/2006 (ora sostituito dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016), dal quale

---

<sup>232</sup> Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza 6 febbraio 2006.

<sup>233</sup> Cfr. Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>234</sup> M. Clarich, *op. cit.*, p. 740.

<sup>235</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99.

generalmente si ricava la centralità della concorrenza in materia di appalti pubblici, lo collocava in primo piano, antepoendovi elementi quali la qualità delle prestazioni ed i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; in secondo luogo, che la sentenza della Consulta sopra richiamata, nell'includere la disciplina degli appalti nella «tutela della concorrenza», non ha delineato quest'ultima come un valore a sé stante ma come una mera applicazione di altri principi comunitari<sup>236</sup>.

Il dibattito dottrinale sul “rapporto di forza” tra il principio della concorrenza e quello dell'efficienza nella disciplina comunitaria sembra risolversi con l'avvento delle direttive 23, 24 e 25 del 2014. Dall'analisi dell'art. 18 della Direttiva 2014/24/UE, infatti, traspare come la concorrenza non rappresenti il fine ultimo della normativa dei contratti pubblici. Disciplinando i principi per l'aggiudicazione degli appalti, l'art. 18, comma 1, stabilisce innanzitutto che «le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata»; aggiunge, poi, che «la concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza»; conclude, infine, specificando che la concorrenza si ritiene limitata artificialmente quando «la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici». A ben vedere, queste tre preposizioni disegnano una “sequenza circolare”: il comma in questione, infatti, si apre richiamando i principi di imparzialità e di non discriminazione, si sviluppa mediante il riferimento alla concorrenza per chiudersi spiegando che la violazione di quest'ultima avviene quando la procedura di gara non rispetta detti principi. Sulla base di tale lettura, quindi, emerge come «il riferimento alla

---

<sup>236</sup> Cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 1-2, pp. 89 e ss., secondo cui nella sentenza 23 novembre 2007, n. 401, la Corte costituzionale, come se non bastasse il semplice riferimento alla concorrenza, ha sentito l'esigenza di «operare un collegamento diretto con i principi europei desumibili dal Trattato». Ha infatti affermato che «nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi», oltre che «di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza».

concorrenza abbia una funzione meramente evocativa, cioè di richiamo sintetico ai principi che ispirano la disciplina delle gare pubbliche e l'attività delle stazioni appaltanti enunciati nella prima parte della disposizione, senza aggiungere alcuna valenza prescrittiva a quella propria di quest'ultimi»<sup>237</sup>.

La concorrenza, dunque, non assurge più a valore fondante della nuova disciplina degli appalti, che pare invece essere ispirata maggiormente al criterio dell'efficienza. In particolare, si dovrà tutelare l'effettiva concorrenza delle procedure nella misura in cui questa garantisce efficienza. In linea con il modello inglese del "*Best Value*", il nuovo Codice dei contratti pubblici reputa inutile la tutela della concorrenza fine a se stessa, e cioè non strumentale ad assicurare la migliore spesa delle risorse pubbliche. Il raggiungimento dell'efficienza, si è visto, non garantisce soltanto un miglior esercizio dell'attività amministrativa, ma rappresenta anche un elemento di contrasto della corruzione. Alla luce di questa premessa, la legge delega 11/2016 art. 1, comma 1, lett. *t*) ha attribuito all'ANAC «più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione». Sempre nell'ottica di promuovere l'efficienza, la medesima legge all'art. 1, comma 1, lett. *uu*) ha assegnato all'ANAC il compito di gestire il sistema per premiare gli operatori economici con una buona reputazione.

Sulla base di queste norme, quindi, il d.lgs. 50/2016 ha previsto all'art. 83 comma 10 il *rating* di impresa. Si tratta, infatti, di uno strumento che, riconoscendo un certo margine di discrezionalità agli organi deputati alla sua applicazione, altera artificialmente le condizioni reciproche dei candidati a contrarre con la pubblica amministrazione. In questo modo, il *rating* di impresa persegue una duplice finalità: innanzitutto, accresce l'efficienza degli acquisti delle stazioni appaltanti, fornendogli una garanzia previa circa l'operatore economico con il quale stringono un contratto; in secondo luogo, "depura" il novero dei potenziali appaltatori dalle imprese inaffidabili, garantendo così l'efficienza del mercato dei contratti pubblici nel suo complesso<sup>238</sup>. Emerge, quindi, una nuova forma di assicurare la concorrenza: da questa prospettiva, infatti, tutelarla «non significa garantire la permanenza sul mercato delle imprese

---

<sup>237</sup> *Ivi*, p. 86.

<sup>238</sup> Cfr. A. Zito, *Il "rating" d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in *GiustAmm.it*, 2016, 12, pp. 2-3.

“inaffidabili” in una sorta di solidarismo concorrenziale», visto che «proprio la logica del mercato (concorrenziale) vuole che in esso agiscano solo imprese efficienti»<sup>239</sup>.

## **2. Appalti pubblici e analisi economica del diritto: il problema del *moral hazard***

Il *rating* di impresa, dunque, è preordinato ad efficientare il sistema dei contratti pubblici. La caratteristica peculiare di questo strumento, però, non risiede tanto nell’obiettivo che si prefigge quanto nella *ratio* attraverso cui vuole realizzarlo. Per esaminarla, è indispensabile il richiamo all’analisi economica del diritto (*Economic Analysis of Law*, EAL): si tratta della disciplina che studia il perseguimento dell’efficienza leggendo le norme giuridiche da una prospettiva economica, e cioè con strumenti di analisi quantitativa<sup>240</sup>. Tra questi ultimi assume particolare importanza la cosiddetta “teoria dei giochi”, e cioè «la scienza matematica che analizza le situazioni di conflitto e ne ricerca soluzioni competitive e cooperative tramite modelli»<sup>241</sup>. Un “gioco”, infatti, rappresenta «una qualsiasi situazione in cui dei giocatori (i partecipanti) prendono decisioni strategiche, ovvero decisioni che tengono conto delle reciproche azioni e risposte»<sup>242</sup>.

Tali concetti, pur avendo una natura particolarmente astratta, possono essere efficacemente applicati al diritto amministrativo, soprattutto per individuare le modalità più convenienti attraverso le quali svolgere l’attività amministrativa. L’analisi economica del diritto, infatti, può «migliorare concretamente, precisandone le conseguenze ed i presupposti, la qualità delle scelte

---

<sup>239</sup> *Ibidem*.

<sup>240</sup> In questo senso cfr. R. Pardolesi in A. Nicita et al., *op. cit.*, p. 776, secondo cui, con l’analisi economica del diritto, «l’economia non viene più intesa come semplice oggetto della disciplina – il che lascia impregiudicati ruolo e metodi del giurista, che si limita ad applicare gli strumenti consueti ad una matrice per l’addietro trascurata – ma diventa il prisma attraverso il quale rileggere quella disciplina, sino a mettere in discussione gli stessi presupposti del diritto e la sua normatività».

<sup>241</sup> C.C. Carli, *op. cit.*, pp. 175 e ss.

<sup>242</sup> R.S. Pindyck, D.L. Rubinfeld, *Microeconomia*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 435.

amministrative»<sup>243</sup>. In effetti, da un lato potrebbe definire i criteri attraverso cui esercitare la discrezionalità, e dall'altro, «contribuendo alla precisazione (in senso “economico”) della nozione di efficienza potrebbe giovare a connotare (tutta) l'attività amministrativa in senso marcatamente “oggettivo” proponendo, per così dire “trasversalmente”, che la *deputatio ad finem* cui l'amministrazione (doverosamente) tende debba essere perseguita con l'indicazione di determinati obiettivi e con lo svolgimento di determinate azioni: quelle più efficienti»<sup>244</sup>.

Uno dei settori più fertili per l'applicazione dell'analisi economica del diritto al diritto amministrativo è la contrattualistica pubblica, nel quale rileva la necessità di creare un rapporto di fiducia tra amministrazioni appaltanti ed imprese appaltatrici. In questo senso, è stato messo in luce come uno dei “problemi di agenzia” che caratterizzano il sistema degli appalti consista nella divergenza tra le finalità dell'appaltatore e quelle dell'appaltante: in effetti «il primo persegue generalmente come obiettivo principale il massimo profitto, magari anche a scapito della qualità della prestazione, mentre il secondo persegue l'obiettivo di operare un acquisto qualitativamente ed economicamente conveniente»<sup>245</sup>. Emerge così il fenomeno del *moral hazard*, che identifica i «possibili comportamenti opportunistici che una parte può porre in essere successivamente alla conclusione del contratto e che possono arrecare danno alla controparte»; tali problemi si verificano quando «il vincitore di una gara, nell'intento di aumentare i profitti, abbassa di proposito il livello qualitativo delle prestazioni offerte sugli aspetti difficilmente disciplinabili a livello giuridico, che possono compromettere la piena soddisfazione da parte della Pubblica Amministrazione»<sup>246</sup>.

Questi problemi possono essere letti alla luce della teoria dei giochi. Il rapporto tra stazione appaltante ed impresa appaltatrice, infatti, può essere considerato come una relazione economica di tipo conflittuale, nella quale, date le asimmetrie informative, all'impresa conviene attuare comportamenti

---

<sup>243</sup> G. F. Licata, *Analisi economica del diritto e qualità delle scelte amministrative*, in *Il Diritto dell'economia*, 2009, 2, p. 413 e ss.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> M. Clarich, *op. ult. cit.*, p. 84.

<sup>246</sup> F. Dini, G. Spagnolo, *Meccanismi reputazionali e mercati elettronici: problematiche economiche e possibili soluzioni per il public procurement*, in *Quaderni CONSIP*, n. 2, 2004, pp. 5 e ss.

opportunistici. Per comprendere questo assunto non si può prescindere dal richiamare i concetti di “qualità contrattabile” e “qualità non contrattabile”: la prima consiste in elementi che possono essere disciplinati in un contratto, in modo tale che, qualora non fossero garantiti dall’impresa, quest’ultima possa subire conseguenze giuridiche; la “qualità non contrattabile”, invece, attiene a tutti quegli aspetti della qualità di una prestazione che non possono essere recepiti in clausole contrattuali<sup>247</sup>. È dunque composta da elementi non misurabili in termini oggettivi e quindi difficilmente rilevabili in sede giurisdizionale. Tale categoria dà origine ai cosiddetti “contratti incompleti”, e cioè ad accordi che, specificando soltanto alcuni elementi della transazione, lasciano incertezza riguardo all’esito finale dello scambio: in breve, l’efficienza di quest’ultimo non è garantita di per sé dal regolare compimento del contratto<sup>248</sup>. Anche, ma non soltanto, approfittando della qualità non contrattabile, l’impresa appaltatrice ottimizza il proprio profitto a discapito della buona ed efficiente riuscita della prestazione affidatagli. La particolare natura della relazione tra committente pubblico e fornitore privato, infatti, incentiva quest’ultimo a “tradire” la fiducia del primo: effettivamente, assumendo un comportamento opportunistico l’impresa appaltatrice massimizza il proprio profitto a discapito dell’amministrazione senza che quest’ultima possa lamentarsene giuridicamente. Generalmente tale fenomeno si manifesta nella fase esecutiva dell’appalto, in cui le imprese affidatarie iscrivono numerose riserve e generano un alto tasso di contenzioso. È evidente come entrambe queste operazioni, pur non identificando alcuna violazione degli obblighi contrattuali, perseguono gli interessi dell’impresa complicando l’efficiente realizzazione della prestazione.

A ben vedere, però, l’opportunismo contrattuale, nei termini in cui lo si è inquadrato sopra, caratterizza anche gli scambi tra privati. Concetti come quello di “qualità non contrattabile” e fenomeni come il *moral hazard*, in effetti, trovano terreno fertile pure nelle relazioni tra soggetti privati, nelle quali spesso i clienti o committenti non possiedono tutte le informazioni relative ai propri acquisti, in particolare quando sono connotati da un alto contenuto tecnico o specialistico. In tutti questi casi si instaurano perciò interazioni di tipo conflittuale, nelle quali agli

---

<sup>247</sup> Cfr. G. Gaito, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. Le problematiche dell’inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, in *Appalti e contratti*, 2011, 7, pp. 12-13.

<sup>248</sup> Cfr. F. Dini, G. Spagnolo, *op. cit.*, p. 5.

operatori economici conviene defezionare più che cooperare: detto altrimenti, per massimizzare il profitto risulta più efficace “imbrogliare” la propria controparte, fornendogli un prodotto o un servizio “scadente”, invece che assicurargli una prestazione in linea con le sue aspettative.

Se si fermasse l’analisi a quanto detto, si dovrebbe concludere che ogni acquisto del quale non si conoscono completamente tutti gli aspetti sia inefficiente: in effetti, ogni qual volta si presentino asimmetrie informative la controparte cercherebbe di approfittarsene. Tale problema, poi, verrebbe esasperato nell’*e-commerce*, dove l’acquirente paga un prezzo per qualcosa che non ha mai visto e che, potenzialmente, potrebbe essere tutt’altro. In linea con quanto affermato, infatti, coloro che vendono merce su internet, una volta ricevuto il denaro potrebbero approfittarsi a tal punto degli ingenui compratori da inviargli merce difettosa o comunque non corrispondente a quella identificata in fase di contrattazione, visto che il sistema individuato evidenzia l’opportunità di abusare quanto più possibile della fiducia concessa dalla controparte per ottimizzare i propri guadagni. Così facendo, in effetti, da un lato il venditore massimizzerebbe i suoi proventi, dato che riceverebbe un prezzo più alto di quello che avrebbe potuto fissare qualora fosse stato coerente; dall’altro difficilmente incorrerebbe in problemi giudiziari, vista la complessità per il compratore truffato di dimostrare giuridicamente l’accaduto.

Sulla base di quanto detto, dunque, il settore dell’*e-commerce* dovrebbe rappresentare soltanto un fallimentare esperimento, immediatamente abbandonato da tutti coloro che, avendoci riposto la loro fiducia, ne sarebbero usciti raggirati. Come è evidente, invece, costituisce una delle più sviluppate forme di commercio. Per comprendere come si concilia il ragionamento condotto fin qui con questo dato occorre analizzare il suo funzionamento: a ben vedere, i clienti che acquistano sul web non ripongono la propria fiducia indistintamente in tutti i venditori, ma solo in quei soggetti economici che godono di una buona reputazione. In altre parole, l’*e-commerce* funziona perché provvisto di un efficace sistema di *feedback* che, mettendo in relazione la fase di scelta con quella di esecuzione della prestazione, istaura un circolo virtuoso per cui ai venditori conviene non tradire la fiducia dei compratori. La loro sopravvivenza in quel mercato, infatti, dipende dalle recensioni che questi ultimi redigono sulle prestazioni ricevute: se un commerciante offre sistematicamente prodotti o servizi non corrispondenti a quelli identificati nella fase di contrattazione,

riceverà *feedback* tanto negativi da affossare la sua reputazione, e di conseguenza la sua probabilità di essere scelto come controparte per successivi scambi commerciali. Un esempio significativo in questo senso è costituito da *e-Bay*, uno dei mercati elettronici più famosi del mondo: le relazioni che si intrattengono al suo interno non sono disciplinate da garanzie contrattuali formali ma da un sistema reputazionale alimentato dalle valutazioni degli utenti. Chiunque acquisti un prodotto, infatti, può esprimere un parere positivo, negativo o neutrale rispetto alla transazione; l'aggregazione di tutti i giudizi relativi ad ogni singolo venditore, poi, dà origine al suo *rating*, idoneo così a rappresentare la sua affidabilità e quindi ad orientare le scelte dei futuri consumatori<sup>249</sup>.

Stando così le cose, il comportamento più efficiente per massimizzare il profitto non consiste nel tradire la fiducia degli acquirenti, ma nel ripagarla. In effetti, comparando in via teorica il bilancio dei soggetti economici che defezionano con quello di chi coopera, emerge come il profitto dei primi sia maggiore nel breve periodo, per poi diminuire drasticamente nel medio e nel lungo periodo. Tale calo, ovviamente, è dovuto alla mancanza di acquirenti, i quali, scoraggiati dalle valutazioni negative rilasciate dai soggetti raggirati in passato, rifuggono dal concludere affari con tali offerenti, favorendo, di riflesso, tutti i venditori che, avendo mantenuto quanto promesso in sede di contrattazioni, sono stati destinatari di *feedback* positivi.

Riformulando l'analisi fin qui condotta nei termini propri della teoria dei giochi è possibile affermare che, in presenza di meccanismi reputazionali, agli operatori economici conviene cooperare piuttosto che defezionare. Tali meccanismi, infatti, mettendo in connessione le scelte alle conseguenze delle interazioni precedenti, convertono gli scambi economici da "giochi singoli" a "giochi ripetuti". Dato che nei "giochi singoli" rileva solo quanto guadagnato nel breve periodo, frutta di più la defezione, e quindi l'esecuzione di prestazioni non soddisfacenti per gli acquirenti. Nei "giochi ripetuti", invece, conta anche quanto ottenuto nel medio e nel lungo periodo: per poter ottimizzare i guadagni complessivi, quindi, risulta più efficace cooperare, poiché, si è visto, rappresenta l'unico comportamento valido per assicurarsi un'ottima reputazione e di conseguenza un buon posizionamento sul mercato.

---

<sup>249</sup> *Ivi*, pp. 10 e ss.

Tali considerazioni possono estendersi facilmente al mercato degli appalti pubblici, caratterizzato, si è detto, da comportamenti opportunistici da parte delle imprese appaltatrici. Tra questi, risultano particolarmente significativi quelli volti a rinegoziare i costi di esecuzione del contratto: visto che la fase dell'esecuzione dell'appalto pubblico è meno regolamentata rispetto alla fase di aggiudicazione, in quest'ultima gli operatori economici sono portati ad offrire prestazioni a prezzi molto contenuti, salvo poi aumentarli iscrivendo numerose riserve in fase di esecuzione. Un comportamento del genere, pur non costituendo una violazione degli accordi contrattuali, diminuisce l'efficienza del processo di *public procurement*, poiché, modificando i prezzi stabiliti, impedisce alla stazione appaltante di considerare il costo complessivo dell'opera in sede di scelta del contraente. Analogamente, può essere richiamata l'incidenza del contenzioso: è chiaro, infatti, come la conflittualità pretestuosa dell'impresa aggiudicataria sia preordinata ad aumentare quanto più i propri margini di guadagno a discapito della buona riuscita dell'opera o dell'efficiente erogazione del servizio o della fornitura<sup>250</sup>. Ovviamente, non sempre l'iscrizione di riserve o la "litigiosità giudiziaria" del contraente costituiscono azioni opportunistiche, altrimenti sarebbero escluse *a priori* dall'ordinamento: come si vedrà meglio in seguito, da questo deriva la difficoltà di distinguere i comportamenti corretti da quelli che invece identificano sintomi di una inefficiente gestione della prestazione.

Ad ogni modo, ciò che in questa parte della trattazione si vuole rimarcare sono le implicazioni pratiche della teoria dei giochi nel campo della contrattualistica pubblica. Similmente a quanto detto riguardo il mercato elettronico, anche quello degli appalti pubblici può funzionare meglio se le relazioni che si instaurano al suo interno vengono trasformate da "giochi singoli" a "giochi ripetuti". Al contrario, continuando a considerare ogni gara come un evento a sé, sarà impossibile efficientare il sistema del *public procurement*: in effetti, rispetto agli acquisti dei privati, quelli pubblici soffrono maggiormente il problema del *moral hazard*. In questo senso, oltre ai già citati fenomeni dell'iscrizione delle riserve o della generazione di contenzioso, uno dei problemi più rilevanti è costituito dalla "timidezza" della stazione appaltante, la quale spesso viene ad assumere un "doppio volto". Può essere considerata, infatti, come un "Giano bifronte" che nelle fasi di gara e di definizione del contratto assume

---

<sup>250</sup> Cfr. G. Gaito, *op. cit.*, pp. 9 e ss.

un aspetto particolarmente severo, mentre in sede di esecuzione si comporta in modo molto più tenue, rinunciando nella maggior parte dei casi ad applicare le sanzioni previste a tutela del corretto adempimento. Le cause di questa duplice natura sono da ricercare innanzitutto in elementi come il costo, la durata e l'incertezza dell'esito dei contenziosi, che spingono le pubbliche amministrazioni ad assumere un atteggiamento prudente e remissivo nei confronti dei privati. La mancata applicazione delle penali, inoltre, è dovuta anche alla stipula di "patti taciti" tra stazioni appaltanti ed imprese aggiudicatrici, attraverso i quali le prime rinunciano a lamentare gli inadempimenti a carico delle imprese affinché queste ultime non rivendichino le mancanze di cui è responsabile la stazione appaltante: tutto ciò, tuttavia, grava sulla collettività, sulla quale ricadono i costi di queste collusioni. In terzo luogo, tale asimmetria è dovuta anche alla struttura organizzativa delle stazioni appaltanti. Generalmente, infatti, gli uffici che espletano le procedure di gara e che redigono i contratti sono diversi da quelli che sovrintendono alla sua esecuzione: mentre i primi, essendo composti da personale con formazione giuridica, sono focalizzati soprattutto sulla legittimità e sull'economicità, i secondi, essendo formati più che altro da ingegneri ed architetti, si concentrano maggiormente sull'efficacia. In altre parole, gli organismi deputati a controllare l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto sono portati a ragionare esclusivamente in termini di buona riuscita dell'opera, indipendentemente dal grado di efficienza della stessa<sup>251</sup>.

Da quanto detto emerge chiaramente come la fase di esecuzione lasci alle imprese aggiudicatarie notevoli margini per assumere comportamenti opportunistici impuniti. Questo, tra l'altro, è stato confermato anche da uno studio della Consip S.p.A., secondo cui nell'ambito delle convenzioni disciplinate dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, le penali per mancato o ritardato adempimento del contratto sono state applicate nel solo 3,66% dei casi di inadempimento contrattuale accertato<sup>252</sup>. L'incapacità dei tradizionali strumenti di *enforcement* di assicurare la piena osservanza dei contratti, poi, è stata dimostrata anche da una prospettiva logico-matematica, dalla quale si vede come «il mancato inserimento di fattori reputazionali all'interno delle procedure di scelta dei contraenti della PA possa essere la causa

---

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> Cfr. G. L. Albano, F. Dini, G. Spagnolo, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in Quaderni CONSIP, n. 1, 2008, p. 43.

dello scadimento della qualità delle prestazioni che essa in genere riceve e delle distorsioni degli incentivi che governano le scelte delle imprese»<sup>253</sup>. Emerge quindi la centralità dei meccanismi reputazionali, e cioè di sistemi volti «a trasmettere al mercato informazioni sul comportamento passato degli operatori, ai fini di un loro utilizzo nell’ambito delle gare pubbliche come criterio per la selezione dei concorrenti più qualificati e delle offerte più serie ed attendibili»<sup>254</sup>. La loro importanza nella contrattualistica pubblica, pertanto, discende dalla loro capacità di mettere in connessione l’esecuzione di un contratto con i criteri di scelta di un altro, trasformando di conseguenza le interazioni tra imprese e stazioni appaltanti da “giochi singoli” a “giochi ripetuti”. In effetti, solo così si riesce a far convergere l’interesse della pubblica amministrazione con quello dell’impresa appaltatrice: quest’ultima, difatti, farà del proprio meglio per soddisfare la prima, in modo tale da essere valutata positivamente ed avere quindi maggiori *chance* di essere scelta per commesse pubbliche future.

### 3. I precursori del *rating* di impresa

#### 3.1. *L’incidenza della reputazione prima del rating*

L’inserimento di meccanismi reputazionali nelle procedure di gara avvenuto con il *rating* di impresa non costituisce una novità assoluta. Pur rappresentando il maggiore esperimento in tal senso, è stato anticipato da alcune disposizioni che, già nell’assetto normativo precedente, erano volte a mettere in connessione la fase dell’esecuzione dei contratti pubblici con quella della loro aggiudicazione. In questo senso, occorre richiamare innanzitutto il casellario informatico delle imprese, delineato oggi dall’art. 213 comma 10 del d.lgs. 50/2016 e dalla delibera ANAC n. 1386 del 21 dicembre 2016. In passato, invece, la disciplina di questo istituto era contenuta soprattutto nell’art. 8 del d.P.R. 207/2010.

Il casellario informatico consiste in una banca dati gestita dall’ANAC (in precedenza dall’AVCP), contenente le informazioni sulla storia professionale delle imprese operanti nel mercato degli appalti. Ai sensi dell’art. 213, comma

---

<sup>253</sup> N. Doni, *op. cit.*, p. 333.

<sup>254</sup> G. Gaito, *op. cit.*, p. 10.

10, del nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, «l'Autorità gestisce il Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80». Ai fini della presente trattazione, rileva in particolare quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c), del medesimo Codice, secondo cui è escluso dalle procedure di gara l'operatore economico che si sia reso colpevole di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»; aggiunge, inoltre, alcune fattispecie idonee ad integrare tali violazioni, tra cui «le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni». La delibera ANAC sopra richiamata, poi, stabilisce che tali ipotesi devono essere segnalate sul casellario informatico, in modo tale che le stazioni appaltanti possano escludere le imprese in esse coinvolte mediante la sua consultazione<sup>255</sup>.

Risulta evidente, quindi, come grazie alla sua annotazione sul casellario la reputazione incida direttamente sull'ammissione alla gara. Occorre però individuare due limiti di questo sistema reputazionale. In primo luogo, la reputazione che rileva è soltanto quella negativa, ed è quindi idonea soltanto a punire le imprese che hanno tenuto un comportamento opportunistico, mentre non permette di premiare quelle che hanno operato efficientemente. In questo sistema, inoltre, l'unico elemento valido ad attestare la perdita di fiducia della pubblica amministrazione nei confronti dell'impresa è rappresentato dalle violazioni che abbiano provocato la risoluzione del contratto. Tale rimedio, tuttavia, è disciplinato dall'art. 108 del Codice come *estrema ratio*, potendo essere attuato solamente rispetto ad inadempimenti particolarmente gravi. Un efficace sistema reputazionale, invece, non può considerare esclusivamente le ipotesi relative alle risoluzioni contrattuali, ma deve tenere in conto l'insieme ben più ampio delle circostanze che influiscono sull'affidabilità delle imprese<sup>256</sup>.

Un altro strumento potenzialmente idoneo a selezionare le imprese su base reputazionale è costituito dal certificato di esecuzione, e cioè «il documento,

---

<sup>255</sup> Cfr. Delibera ANAC n. 1386, 21 dicembre 2016.

<sup>256</sup> Cfr. G. Gaito, *op. cit.*, pp. 18 e ss.

rilasciato dalla stazione appaltante o dal committente privato, che attesta l'avvenuta esecuzione della prestazione contrattuale da parte dell'impresa appaltatrice, al fine di comprovare il possesso del requisito relativo alla capacità tecnica per la partecipazione a nuove gare d'appalto, ovvero per il conseguimento della qualificazione nei casi in cui operi il sistema di qualificazione SOA»<sup>257</sup>. Ai sensi dell'art. 84, comma 7, del d.lgs. 50/2016, infatti, per gli appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro il concorrente deve dimostrare la propria capacità professionale mediante la presentazione di questo certificato. La sua disciplina, dettata inizialmente nell'art. 22 del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, è ora contenuta nell'art. 83 del d.P.R. 207/2010, secondo cui «i lavori da valutare sono quelli eseguiti regolarmente e con buon esito». Se ne deduce, quindi, che il certificato di esecuzione deve attestare non solo la regolarità della prestazione svolta ma anche la sua “bontà”.

Sul punto è intervenuta l'AVCP, che ha chiarito il significato della dichiarazione di «buon esito» riconducendolo non soltanto all'aspetto puramente tecnico dell'esecuzione ma anche «al rapporto di assoluta correttezza che l'appaltatore deve garantire nei confronti della committenza». Un rapporto del genere, ovviamente, non sussiste nei casi in cui sopravviene una rescissione contrattuale; la sua valutazione, però, non si limita a questo, ma investe anche ambiti differenti, quali la conformità di quanto realizzato con quanto preventivato, l'esecuzione dei lavori “a regola d'arte” o la regolare contabilizzazione delle opere ai fini del pagamento del prezzo all'appaltatore. Vengono rilevate, inoltre, anche condotte caratterizzate da scarso spirito collaborativo che, seppur legittime, abbiano compromesso la buona riuscita della prestazione. In definitiva la dichiarazione di «buon esito» esprime «un giudizio che in qualche misura investe non solo aspetti tecnici ed amministrativi, ma anche il complessivo operato dell'impresa»<sup>258</sup>. Si tratta, pertanto, di uno strumento reputazionale, poiché non tiene conto soltanto della “qualità contrattabile” ma, valutando anche elementi come la tempistica, la correttezza e lo spirito di collaborazione, riesce ad apprezzare anche la cosiddetta “qualità non

---

<sup>257</sup> G. Gaito, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche (Parte seconda)*, in *Appalti e contratti*, 2011, 8-9, p. 47.

<sup>258</sup> AVCP, Determinazione n. 6, 8 ottobre 2008.

contrattabile»<sup>259</sup>. Per farlo, l’Autorità ha rilevato come sia indispensabile riconoscere un margine di discrezionalità alla stazione appaltante chiamata a valutare l’esito della prestazione; questo, tuttavia, non deve degenerare in arbitrio, dovendo sempre «trovare sufficiente motivazione nella coerente e consequenziale assunzione dei provvedimenti amministrativi di competenza»<sup>260</sup>. Ne consegue che il diniego al rilascio del certificato di esecuzione deve necessariamente passare attraverso l’espletamento formale di un procedimento amministrativo che garantisca una forma di contraddittorio con l’appaltatore coinvolto.

Queste indicazioni possono risultare particolarmente utili al momento di delineare il sistema del nuovo *rating* di impresa, del quale il certificato di esecuzione può considerarsi a tutti gli effetti come un precursore. Si è visto, infatti, come per il suo rilascio non assuma valore solo la legittimità delle procedure ma anche la loro efficienza. Il limite più grande di questo istituto rispetto ad un suo utilizzo per la valutazione delle *performance* degli operatori economici consiste nell’incapacità di cogliere le situazioni intermedie. In altre parole, il certificato di esecuzione rappresenta uno strumento di tipo binario, in grado soltanto di evidenziare un grave inadempimento, ma che, non prevedendo un sistema di graduazione, impedisce di rilevare circostanze meno importanti ma comunque influenti sulla riuscita della prestazione. Nella prassi, dunque, i casi di diniego del “buon esito” sono estremamente rari, poiché sono ricondotti solo alle situazioni estreme, in particolare quelle in cui la stazione appaltante avverte di poter dimostrare le ragioni di un simile provvedimento nell’ambito di un eventuale giudizio promosso dall’impresa coinvolta. In definitiva, il certificato di esecuzione, pur riconoscendo importanza alla reputazione delle imprese, non costituisce un grande passo avanti in quel senso, rappresentando «soltanto uno “strumento di validazione”, ma non “di valutazione”, delle prestazioni eseguite»<sup>261</sup>.

Tra gli istituti previgenti al *rating* di impresa occorre segnalare anche la relazione dettagliata sul comportamento dell’impresa, introdotta nell’ordinamento dall’art. 27 comma 4 del d.P.R. 34/2000 e poi inclusa nell’art. 8 comma 6 del d.P.R. 207/2010 (ora abrogato dal nuovo Codice degli appalti).

---

<sup>259</sup> G. Gaito, *op. ult. cit.*, p. 48.

<sup>260</sup> AVCP, Determinazione n. 6, 8 ottobre 2008.

<sup>261</sup> G. Gaito, *op. ult. cit.*, p. 49.

Sulla base di questa norma, le stazioni appaltanti inviano una relazione dettagliata all'Osservatorio sul comportamento dell'esecutore e dei subappaltatori, redatta secondo lo schema tipo identificato dall'AVCP. Tale relazione «è predisposta dal responsabile del procedimento, eventualmente integrata con ulteriori valutazioni espresse dalla stazione appaltante, ed è trasmessa entro sessanta giorni dall'emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, ovvero entro sessanta giorni dalla risoluzione del contratto o dal recesso dal contratto». L'AVCP ha poi specificato che tale relazione «deve riferirsi esclusivamente agli appalti di importo superiore ad euro 150.000»<sup>262</sup>. In applicazione di queste previsioni, l'Autorità ha provveduto alla definizione della finalità e del contenuto della relazione in questione. Ha stabilito, infatti, che questo strumento garantisce non soltanto «una casistica utilizzabile ai fini della relazione al Parlamento, degli accertamenti a campione sulla qualificazione delle imprese», ma può anche «offrire dati alle stazioni appaltanti relative al comportamento delle imprese»<sup>263</sup>. Proprio in relazione a questa seconda funzione, è stato sottolineato come le sue risultanze possano essere utilizzate anche ai fini di futuri affidamenti, in modo tale da estendere la funzione della relazione dettagliata. Nella prassi, invece, tale istituto è stato impiegato soltanto per fini di studio dalla stessa Autorità di vigilanza. Per sua natura, in effetti, costituisce più che altro uno strumento di mera rilevazione statistica dei fenomeni, difficilmente utilizzabile nell'ambito delle gare d'appalto<sup>264</sup>.

Considerando lo schema di relazione dettagliata redatto dall'AVCP, d'altronde, emerge come tale strumento sia molto più analitico che sintetico. La sua caratteristica distintiva, infatti, consiste proprio nell'analisi multicriterio, ossia in una metodologia in grado di esaminare la prestazione da differenti punti di vista non collegati tra loro<sup>265</sup>. Tale particolarità, se da un lato garantisce una maggiore diversificazione dei risultati e quindi una buona attendibilità gli stessi, dall'altro ne esclude un utilizzo pratico. La relazione dettagliata, dunque, può

---

<sup>262</sup> AVCP, Determinazione n. 6, 3 aprile 2002.

<sup>263</sup> AVCP, Determinazione n. 36, 21 luglio 2000.

<sup>264</sup> Cfr. G. Gaito, *op. ult. cit.*, pp. 52 e ss.

<sup>265</sup> Lo schema di redazione, pubblicato in allegato dall'AVCP alla determinazione n. 36 del 21 luglio 2000, individua una sottosezione denominata "Comportamento dell'impresa" dove include elementi molto eterogenei quali l'inosservanza degli ordini di servizio, il grave ritardo nell'esecuzione, l'utilizzo di materiali difformi, l'esecuzione di lavorazioni difformi o la carente cooperazione verso la stazione appaltante nel risolvere problemi di cantiere.

egregiamente assolvere ad una funzione puramente informativa, ma non può costituire un criterio di selezione o di valutazione nell'ambito delle procedure di affidamento. Per consentirne un'applicazione in tal senso, le relazioni dovrebbero esprimere «un punteggio espressivo dell'affidabilità di ciascuna impresa (*rating*), da ottenere cumulando i giudizi delle prestazioni eseguite in passato»<sup>266</sup>. Detto altrimenti, l'istituto in parola dovrebbe rinunciare a descrivere in modo dettagliato tutti gli elementi considerati, abbandonando la logica della “relazione sul comportamento dell'impresa” per abbracciare quella di una “valutazione” dello stesso<sup>267</sup>.

Dalla rassegna di questi degli istituti del casellario informatico, del certificato di esecuzione lavori e della relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa emerge come anche precedentemente all'approvazione del d.lgs. 50/2016 l'intento del legislatore fosse quello di costruire un sistema di *feedback* nel *public procurement*, capace mettere in connessione la fase di aggiudicazione di un contratto pubblico con quella di esecuzione di quelli precedenti. Nella prassi, tuttavia, questi strumenti, non avendo mai esplicitato tutte le loro potenzialità, non hanno mai assolto a questa funzione.

### 3.2. *Il modello Acea*

Prima dell'adozione del *rating* di impresa in Italia l'esperienza più significativa di adozione di sistemi reputazionali era stata realizzata da Acea S.p.A., la multiservizi partecipata dal Comune di Roma attiva nella gestione di reti e servizi idrici ed energetici. Nel 2008, in collaborazione con l'Università Tor Vergata di Roma, ha lanciato un progetto attraverso cui valuta i propri contraenti e li incentiva a tenere comportamenti virtuosi. Tale società, infatti, avvantaggiandosi del regime più flessibile previsto per le gare nei settori speciali dell'acqua e dell'energia, si è dotata di un proprio regolamento per l'affidamento degli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, implementando

---

<sup>266</sup> Cfr. G. Gaito, *op. ult. cit.*, pp. 52 e ss.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

processi di approvvigionamento finalizzati a garantire la qualità e l'efficienza delle forniture mediante la misurazione e la valutazione delle prestazioni<sup>268</sup>.

In particolare, il sistema ideato valorizza sia la fase pre-contrattuale che quella post-contrattuale, mettendole in connessione. Quest'ultima è supervisionata ai fini dell'elaborazione del *vendor rating*, l'istituto attraverso cui Acea S.p.A. valuta e classifica le prestazioni offerte dai contraenti. Questo strumento, poi, è coordinato con le modalità mediante le quali la società in questione seleziona i propri fornitori. Il *vendor rating*, pertanto, permette ad Acea di evitare i due problemi generati dalle asimmetrie informative: l'azzardo morale e la selezione avversa. Da un lato, infatti, ai fornitori non conviene mettere in pratica comportamenti opportunistici, visto che le loro prestazioni vengono continuamente valutate e valorizzate ai fini di gare successive; dall'altro tale modello esclude che i contratti vengano aggiudicati ad imprese ritenute inaffidabili. Di riflesso, quindi, l'implementazione del *vendor rating* ha permesso ad Acea S.p.A. di raggiungere obiettivi quali il miglioramento della qualità delle opere, l'incremento della sicurezza nei cantieri e la realizzazione di azioni correttive da parte delle imprese qualificate<sup>269</sup>.

In concreto, la formula attraverso cui vengono aggiudicati i contratti di Acea supera il criterio del prezzo più basso per considerare anche la reputazione conquistata dagli operatori economici. Il sistema assume dunque la natura multidimensionale propria del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma se ne differenzia poiché «accanto all'elemento economico, si valorizza non già la qualità dell'offerta tecnica, ma l'affidabilità dimostrata dall'impresa nelle precedenti prestazioni»<sup>270</sup>: sull'aggiudicazione, infatti, il prezzo incide soltanto per il 75%, mentre per il restante 25% rileva l'indice reputazionale<sup>271</sup>. Quest'ultimo deriva dall'aggregazione delle valutazioni di tutte le *performance* svolte dall'operatore economico in un determinato periodo di tempo. Tali valutazioni, effettuate mediante ispezioni ai cantieri da parte di

---

<sup>268</sup> Cfr. Relazione Acea S.p.A., *Il vendor rating ACEA*, in Convegno IGI *L'autorità per la vigilanza apre una nuova frontiera della qualificazione: i criteri reputazionali*, Roma, 27 aprile 2010.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> G. Gaito, *op. ult. cit.*, pp. 57-58.

<sup>271</sup> Cfr. R. Mangani, *Il caso Acea: anche con le leggi bisogna superare i formalismi per avere qualità negli appalti*, in *Edilizia e Territorio*, n. 11/2009, pp. 10 e ss.

apposite squadre di *auditing*, si basano su due classi principali di riferimento: «la sicurezza, intesa come regolarità del cantiere e salvaguardia della salute dei lavoratori, e la qualità, intesa come rispetto del capitolato»<sup>272</sup>. Tali classi, poi, sono ripartite in dodici categorie di valutazione in cui sono compresi 135 parametri, ad ognuno dei quali corrisponde un giudizio piuttosto vincolato. In effetti, nell'ambito dei parametri relativi alla qualità, la scala di valutazione prevede tre punteggi, mentre in quelli attinenti alla sicurezza solamente due. Ad ogni modo occorre sottolineare come il sistema, nonostante sia esplicitamente finalizzato ad agevolare Acea nella scelta del contraente migliore, tuteli gli operatori economici. In effetti, essendo le scelte degli *auditor* vincolate da rigidi parametri, il margine di discrezionalità ad essi riconosciuto è particolarmente ridotto. L'attribuzione del punteggio, inoltre, avviene in contraddittorio con l'impresa, e può essere da quest'ultima contestato attraverso il ricorso gerarchico al responsabile della struttura organizzativa cui appartiene il valutatore<sup>273</sup>.

Il modello delineato, dunque, rappresenta un innovativo e virtuoso meccanismo per trasformare le interazioni tra Acea S.p.A. ed i suoi contraenti da “giochi singoli” a “giochi ripetuti”. Tuttavia, se ne possono segnalare alcune criticità, innanzitutto prendendo in considerazione la natura del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come si è detto, infatti, il modello Acea individua una forma atipica di tale criterio, in quanto dà rilievo ad elementi che non attengono direttamente alla qualità dell'offerta ma ad un parametro *sui generis*, ossia l'affidabilità presunta dell'offerente. I criteri di aggiudicazione a disposizione dalle stazioni appaltanti, tuttavia, sono tassativi, potendo essere utilizzati soltanto il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. Di conseguenza, l'impegno di un criterio ulteriore come quello individuato dal modello Acea, «fondato sul prezzo più basso corretto in ragione di un requisito di natura dichiaratamente soggettiva - ovvero l'affidabilità del concorrente misurata in rapporti contrattuali diversi e precedenti -, potrebbe essere ritenuto radicalmente illegittimo»<sup>274</sup>. Pur ritenendolo ammissibile, poi, emergerebbe il contrasto con il principio del divieto di commistione tra requisiti soggettivi e requisiti oggettivi: la reputazione, infatti, consistendo in un elemento attinente

---

<sup>272</sup> G. Gaito, *op. ult. cit.*, p. 58.

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> P. Conio, L. Leone, *Gare pubbliche di servizi: verso un “indice reputazionale” per le imprese?*, in FMI Facility management Italia, n. 5/2009, p. 18.

all'offerente e non all'offerta, non potrebbe essere legittimamente utilizzata nella fase di aggiudicazione, ma solo in quella di qualificazione. Anche se tale separazione pare meno rigida alla luce della giurisprudenza più recente, permangono dubbi circa la sua utilizzabilità<sup>275</sup>.

Al netto delle perplessità sollevate, bisogna riconoscere che il *vendor rating* promosso da Acea costituisce un efficace «meccanismo per responsabilizzare e controllare l'impresa in fase esecutiva, premiandola in sede di gara, ponendo così le due fasi in una relazione effettiva e virtuosa»<sup>276</sup>. La dinamica che deriva dalla sua implementazione, infatti, spinge le imprese a svolgere buone *performance* mediante una efficace logica incentivante. Per questi ed altri motivi si è intrapreso un processo, conclusosi con l'introduzione del *rating* di impresa, volto ad estendere l'impiego dei criteri reputazionali a tutto l'ambito della contrattualistica pubblica.

In questo senso, il «trasferimento dell'informazione» ha rappresentato l'ostacolo maggiore. In effetti, nel modello Acea il sistema reputazionale è utilizzato esclusivamente rispetto all'insieme limitato dei fornitori qualificati Acea. Detto altrimenti, il meccanismo incide solamente sul rapporto tra Acea e i suoi fornitori: «visto che il soggetto che effettua la valutazione della prestazione è lo stesso che ne utilizzerà gli esiti in sede di gara, il processo esecuzione/valutazione/aggiudicazione si configura come un ciclo chiuso»<sup>277</sup>. Un sistema reputazionale come il *rating* di impresa, invece, presuppone che le informazioni relative alla valutazione delle singole prestazioni siano raccolte dalle stazioni appaltanti di volta in volta coinvolte, ma che non siano utilizzate solamente da esse. A differenza del modello Acea, infatti, un sistema reputazionale generalizzato prevede che i dati sull'affidabilità delle imprese vengano fatti circolare tra le pubbliche amministrazioni, dal momento che il mercato di riferimento non è costituito da un unico soggetto appaltante.

Il passaggio dal modello particolare ideato da Acea a quello generale delineato dal *rating* di impresa, dunque, passa necessariamente attraverso la condivisione dei punteggi relativi agli indici reputazionali delle imprese. In questo quadro assume un ruolo fondamentale l'Autorità di vigilanza, che deve

---

<sup>275</sup> Cfr. *supra*, terzo paragrafo del primo capitolo.

<sup>276</sup> D. Spinelli, *Il modello Acea: oltre la retorica c'è chi cerca la vera concorrenza*, in *Edilizia e Territorio*, n. 6/2009, pp. 13 e ss.

<sup>277</sup> G. Gaito, *op. ult. cit.*, p. 59.

«assicurare la diffusione dell'informazione e l'uniformità del metro di valutazione, in modo tale da garantire la trasferibilità dell'esperienza tra le varie stazioni appaltanti». In altre parole, l'indice reputazionale non è definito ed impiegato da un unico ente, ma «è l'insieme delle stazioni appaltanti che unicamente formula, attraverso la mediazione dell'Autorità, il giudizio sintetico su ciascuna impresa, giudizio che potrà essere adoperato indifferentemente da una qualsiasi stazione appaltante al momento di entrare nuovamente in contatto con l'impresa in occasione di altre gare»<sup>278</sup>. Tale funzione di mediazione, si vedrà, nel nuovo Codice degli appalti è svolta dall'ANAC, che gestisce e supervisiona il sistema del *rating* di impresa.

### 3.3. *Il modello statunitense*

La logica alla base del *rating* di impresa è stata applicata, con successo, anche nel sistema degli appalti pubblici statunitense. In effetti, con l'approvazione del *Federal Acquisition Act* del 1994 e del *Federal Acquisition Reform* del 1995 è stato introdotto un meccanismo reputazionale per le procedure di affidamento dei contratti di importo superiore ai 100.000 dollari. Per tutti gli appalti pubblici sopra tale soglia, quindi, la reputazione si aggiunge al rapporto qualità/prezzo come secondo fattore di valutazione delle offerte<sup>279</sup>.

Tale reputazione dipende, in sostanza, dal punteggio attribuito al comportamento tenuto dagli operatori economici in precedenti interazione con le amministrazioni federali e statali. Ai sensi dell'art. 42.1503 del *Federal Acquisition Act*, infatti, «*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*». Secondo l'art. 9.104-1, d'altronde, il potenziale contraente «*must be able to comply with the required or proposed delivery or performance*

---

<sup>278</sup> *Ivi*, p. 60.

<sup>279</sup> Cfr. A. Giachi, *Rating reputazionale, fornitori e buona esecuzione del contratto. Il punto di vista delle Pubbliche Amministrazioni*, Ricerca promossa dalla Fondazione Promo PA, novembre 2015, pp. 15 e ss.

*schedule [...], have a satisfactory performance record, [...], have a satisfactory record of integrity and business ethics».*

In particolare, il sistema prevede che il punteggio possa variare da zero a cinque. La sua determinazione, nello specifico, si basa su quattro criteri: la qualità tecnica dei prodotti, il rispetto dei costi, il rispetto dei tempi ed il comportamento tenuto rispetto alla controparte pubblica. L'ultima parola spetta alle stazioni appaltanti, ma nell'elaborazione dell'indice reputazionale intervengono anche le aziende stesse, a cui vengono trasmesse le informazioni e a cui viene riconosciuta la possibilità di replicare e correggere quanto individuato dalle amministrazioni. Queste ultime, poi, devono inserire i risultati definitivi in un *database* nazionale, il *Past Performance Information Retrieval System*, affinché possano essere utilizzati nelle gare successive ai fini dell'attribuzione del punteggio finale<sup>280</sup>.

Il meccanismo reputazionale previsto dall'ordinamento statunitense, dunque, costituisce un ottimo strumento per risolvere le asimmetrie informative tra domanda ed offerta nel mercato degli appalti pubblici, convertendo le imprese appaltatrici in veri e propri *partner* delle amministrazioni. Analogamente al modello Acea, inoltre, incide sulla fase di aggiudicazione e non su quella di qualificazione: le imprese che possiedono un indice reputazionale mediocre, quindi, possono comunque partecipare alla procedura, ma difficilmente riusciranno a vincerla. A differenza di quel modello, però, tutela maggiormente gli operatori privati, in quanto la valutazione non può essere pubblicata, ma viene impiegata esclusivamente ai fini delle procedure di gara. In breve, «il *rating* d'impresa statunitense è l'asse portante di una politica che ha tra i propri obiettivi la selezione dell'operatore economico virtuoso e che punisce, con la mancata aggiudicazione, l'impresa inaffidabile che non è in grado di rispettare quanto aveva promesso in sede di offerta»<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> Cfr. A. Bozzetto, *op. cit.*, pp. 358 e ss.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

## 4. Il processo di codificazione del *rating* di impresa

### 4.1. *L'approccio europeo ai criteri reputazionali*

A differenza dell'ordinamento statunitense, quello europeo ha sempre riconosciuto poca importanza al tema della reputazione della *performance* passata delle imprese che entrano in contatto con la pubblica amministrazione. Tradizionalmente, infatti, l'approccio europeo al *public procurement* ha sempre privilegiato il punto di vista dei soggetti economici privati a discapito di quello delle stazioni appaltanti. Detto altrimenti, ha costantemente subordinato il tema dell'efficienza degli acquisti della pubblica amministrazione a quello della trasparenza e dell'eguale trattamento degli operatori economici. L'ordinamento comunitario, d'altronde, considera la concorrenza come un valore prioritario, ed è perciò remissivo verso tutte quelle innovazioni legislative che, come l'introduzione di criteri reputazionali, possono astrattamente favorire le manipolazioni del mercato.

Negli ordinamenti degli Stati membri, dunque, tale tema non è stato affrontato in nessuna disciplina legislativa o regolamentare specifica. Ciononostante, in alcuni di essi l'applicazione di meccanismi reputazionali ha trovato spazio in modo implicito nelle scelte discrezionali delle stazioni appaltanti. In Francia, ad esempio, il Codice dei contratti pubblici ha sempre autorizzato le pubbliche amministrazioni ad ammettere alle procedure anche le imprese che, pur non possedendo tutti i requisiti, siano "reputate" idonee alle prestazioni messe in gara. In modo simile, in Germania, il VOB/A stabilisce che le stazioni appaltanti affidino le prestazioni soltanto agli offerenti capaci di realizzarle, presupponendo implicitamente che la selezione da esse operata tenga conto anche del requisito reputazionale: il principale elemento da cui far conseguire l'idoneità delle imprese, infatti, consiste nell'aver già svolto positivamente attività simili a quelle oggetto della gara<sup>282</sup>. Nel Regno Unito, invece, in coerenza con il concetto di "*Best Value*"<sup>283</sup>, l'ordinamento persegue innanzitutto l'efficienza della spesa pubblica, e solo di riflesso la concorrenzialità del mercato. In questo senso, il sistema del *public procurement* è finalizzato a

---

<sup>282</sup> Cfr. C. Rangone, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, IGI, 2016, consultabile su [www.igi.it](http://www.igi.it), pp. 22 e ss.

<sup>283</sup> Cfr. *supra*, primo paragrafo di questo capitolo.

valorizzare il merito sostanziale dell'operatore economico e non soltanto le caratteristiche formali della sua offerta. Il comportamento da essi tenuto in precedenza, quindi, assume rilievo sia per evidenziare il merito, sia per istaurare quella logica collaborativa tra le parti contrattuali impossibile da raggiungere in presenza di scelte opportunistiche<sup>284</sup>. Fino all'approvazione delle direttive del 2014, pertanto, l'approccio europeo al tema della reputazione è stato caratterizzato dalla «mancanza di normative specifiche a ciò dedicate, a fronte invece di un'applicazione diffusa dei criteri reputazionale in connessione con l'applicazione dei normali poteri discrezionali»<sup>285</sup>.

Negli ultimi anni, invece, si è registrata un'apertura esplicita verso la valutazione delle esperienze passate. Il primo passo in questa direzione è stato compiuto con la pubblicazione del Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici del 2011, che segnala espressamente l'ipotesi di considerare i risultati passati delle imprese. In effetti, da un lato evidenzia che questo «potrebbe fornire utili orientamenti sulla qualità dell'offerente e del suo lavoro futuro», ma dall'altro mette in luce il rischio di discriminazione che ne potrebbe conseguire. Il documento, quindi, conclude sul punto affermando che, qualora si introducano meccanismi di valutazione delle *performance* passate, sarebbe necessario «mettere in atto adeguate garanzie per assicurare parità di trattamento tra gli offerenti, trasparenza e una procedura equa»<sup>286</sup>.

Sulla base di tali premesse è stata adottata la direttiva 2014/24/UE, che ha sviluppato le previsioni del Libro verde all'art. 57 e al Considerando 101. Secondo quest'ultimo, «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale». Ritiene

---

<sup>284</sup> Cfr. C. Rangone, *La selezione delle imprese in Europa tra discrezionalità, responsabilità politiche di qualificazione della spesa*, IGI, 2010, consultabile su [www.igi.it](http://www.igi.it), pp. 11 e ss.

<sup>285</sup> C. Rangone, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, IGI, 2016, consultabile su [www.igi.it](http://www.igi.it), p. 23.

<sup>286</sup> Libro verde della Commissione europea, *La modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 2011, p. 19.

opportuno, inoltre, «chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto». In modo simile, l'art. 57, comma 4, lett. g), stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di non ammettere alla gara d'appalto, l'impresa che «ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili».

Emerge chiaramente come, in entrambe le previsioni normative, assuma un ruolo fondamentale la reputazione degli operatori economici. Bisogna sottolineare, però, che rileva soltanto la valutazione delle *performance* negative. Il diritto dell'Unione Europea, infatti, riconosce la possibilità di escludere l'impresa che abbia tenuto un comportamento scorretto, ma non permette di avvantaggiare quella che abbia svolto efficacemente ed efficientemente la propria prestazione. Di riflesso, si comprende come questa apertura nei confronti dei meccanismi reputazionali sia volta ad un loro inserimento quali requisiti di qualificazione e non come criteri di aggiudicazione: potendo prendersi in considerazione soltanto la reputazione negativa, questa può incidere unicamente sull'ammissione alle gare e non anche sulla valutazione delle offerte<sup>287</sup>. In effetti, mentre un indice reputazionale positivo ben può funzionare in sede di aggiudicazione, attribuendo maggior valore all'offerta presentata dall'impresa che vanta una storia professionale più "brillante", non può svolgere la stessa funzione in sede di qualificazione. Per accedere alle gare, infatti, non occorre avere una buona reputazione, ma è sufficiente averne una non eccessivamente negativa.

---

<sup>287</sup> Cfr. A. Giachi, *op. cit.*, pp. 21 e ss.

#### 4.2. *Il recepimento nell'ordinamento italiano*

Per adattarsi al nuovo indirizzo comunitario, il Parlamento italiano ha approvato la legge 28 gennaio 2016, n. 11, il cui art. 1, comma 1, lett. *uu*), ha delegato al Governo 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». In questo quadro, la norma prevede l'introduzione di «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».

Il sistema italiano degli appalti pubblici, dunque, si è aperto alla previsione di meccanismi reputazionali, circoscrivendo la loro implementazione a tre elementi. Innanzitutto, i parametri rilevanti devono essere «oggettivi» e «misurabili», mentre gli accertamenti devono essere «definitivi», in modo tale da contenere l'incremento di discrezionalità che l'adozione di un sistema simile inevitabilmente comporta. Tali fattori, poi, devono riguardare il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione della prestazione e la gestione dei contenziosi: da ciò, emerge l'intento del legislatore di disegnare un meccanismo indipendente dal circuito della promozione della legalità, legato più che altro all'obiettivo dell'efficienza. Tale aspetto, d'altronde, è confermato dall'ultima previsione della disposizione citata, la quale, richiedendo espressamente un coordinamento del sistema in questione con quello delineato dal *rating* di legalità, ne evidenzia implicitamente la differenza quanto a natura e, soprattutto, a finalità.

Prima di analizzare l'applicazione di tale principio nel d.lgs. 50/2016, conviene richiamare l'attenzione sul rapporto che la legge delega intrattiene con la direttiva 2014/24/UE. Analizzando le norme comunitarie che hanno formalmente riconosciuto l'impiego di criteri reputazionali, infatti, si è messo in luce come queste valorizzino più che altro la “brutta” reputazione, e non quella “buona”. In altre parole, si è visto come per il legislatore europeo la reputazione degli operatori economici può assumere importanza nell'ambito delle procedure

di affidamento non tanto per avvantaggiare, se non indirettamente, le imprese che ne detengono una positiva, quanto per penalizzare quelle che ne possiedono una negativa. Per questo, si è spiegato, tale elemento può rilevare solamente in fase di ammissione alle gare e non in sede di aggiudicazione. Tale conclusione, d'altronde, è anche quella più coerente con il più volte richiamato divieto di commistione tra elementi soggettivi, validi come requisiti di ammissione degli offerenti, ed elementi oggettivi, utilizzabili come criteri di valutazione delle offerte.

In contrasto con tutto ciò, la l. 11/2016 delega il Governo ad introdurre “misure di premialità” connesse a requisiti reputazionali. L'importanza di superare l'approccio sanzionatorio per abbracciarne uno anche “remunerativo”, d'altronde, è stata messa in luce pure dal Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, che, nell'Audizione dinanzi alla Commissione lavori pubblici del Senato del 20 gennaio 2015, ha evidenziato le potenzialità del *rating* di impresa comparandolo con quello di legalità. Ha affermato, infatti, che «se l'illegalità deve essere sanzionata, vanno di concerto premiati quei soggetti che hanno dimostrato di comportarsi secondo standard elevati di correttezza e di rispetto delle regole». Ha specificato, quindi, che la premialità deve essere riconosciuta in funzione «non solo a parametri “moralì” dell'impresa e dei soggetti che ne fanno parte (assenza di condanne, di misure di prevenzione, etc.) ma anche a parametri collegati alla capacità imprenditoriale (rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti eseguiti)»<sup>288</sup>. È chiaro, quindi, come il Parlamento italiano abbia voluto seguire una direzione diversa da quella individuata a Bruxelles. Stando a quanto prescritto dalla legge delega, infatti, il nuovo Codice degli appalti avrebbe dovuto riconoscere agli operatori economici connotati da una buona reputazione una serie di vantaggi, da utilizzare nella fase di qualificazione o in quella di aggiudicazione. La l. 11/2016, tra l'altro, nemmeno apre uno spazio all'introduzione di misure in grado di sanzionare le imprese aventi una reputazione negativa.

Il Governo ha esercitato la delega con l'approvazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, conosciuto come nuovo Codice dei contratti pubblici. In particolare, ha recepito le indicazioni contenute nell'art. 1, comma 1, lett. *uu*) con l'art. 83,

---

<sup>288</sup> Audizione del Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni), Commissione lavori pubblici, Senato della Repubblica, 20 gennaio 2015.

comma 10. La versione pubblicata ad aprile 2016 nella Gazzetta Ufficiale, e rimasta in vigore fino al 20 maggio 2017, istituiva presso l'ANAC «il sistema del *rating* di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese», consacrando il «passaggio da un sistema statico fondato su requisiti formali delle imprese verso un sistema dinamico di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale»<sup>289</sup>. Posticipando al proseguo della trattazione l'analisi dei requisiti e degli effetti di tale meccanismo<sup>290</sup>, conviene qui sottolineare solamente l'anomalia di questa prima codificazione del *rating* di impresa. Comparando questa disposizione con la direttiva 2014/24/UE e con la l. 11/2016, si vede che, paradossalmente, è molto più coerente alla prima che alla seconda. In altri termini, il Governo, allontanandosi dai precetti posti dalla legge delega, ha finito per rispettare di più quelli dettati dal legislatore comunitario ma non osservati da quello delegante. L'originario art. 83, comma 10, infatti, faceva riferimento anche al concetto di “penalità”, presente nella direttiva comunitaria ma “sparito” nella l. 11/2016. Di conseguenza, disegnava il *rating* di impresa come uno strumento obbligatorio: in effetti, comportando anche penalità, se fosse stato volontario avrebbe avuto ben poco successo tra gli operatori economici. La norma, inoltre, riconduceva gli effetti del *rating* soltanto alla fase della qualificazione, escludendo che la reputazione potesse incidere sull'aggiudicazione. Conviene ribadire, infatti, che la direttiva sopra citata richiama il concetto di “reputazione” solamente nella parte dedicata alle cause di esclusione, mentre non vi è alcun riferimento ad esso relativo nell'art. 67, attinente ai criteri di aggiudicazione.

Il quadro è nuovamente cambiato con l'approvazione del correttivo. In effetti, il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recependo le indicazioni fornite dall'ANAC nell'Atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017, ha modificato l'ambito di applicazione del *rating* di impresa. Secondo l'attuale formulazione dell'art. 83 comma 10, infatti, «è 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, su richiesta». Il decreto correttivo, inoltre, ha riformato anche l'art. 95, comma 13, inserendo, accanto al *rating* di legalità, anche quello di impresa quale criterio per valutare l'offerta economicamente più

---

<sup>289</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 1° aprile 2016, n. 855.

<sup>290</sup> Cfr. *infra*, quinto e sesto paragrafo del quarto capitolo.

vantaggiosa. Alla luce di tali modifiche, dunque, si può concludere che il *rating* di impresa è adesso soltanto facoltativo e quindi solo premiale, non rappresentando più una condizione necessaria ai fini della qualificazione. Tale soluzione è stata giudicata favorevolmente dal Consiglio di Stato, nel parere reso il 30 marzo 2017 sullo schema di decreto correttivo: ha evidenziato, infatti, come il nuovo comma 10 dell'art. 83 sia ora «conforme al criterio di delega di cui alla lett. *uu*), che ha ipotizzato il *rating* di impresa come misura di premialità, e non penalizzante»<sup>291</sup>.

Ad ogni modo, la disciplina del *rating* di impresa non è ancora definitiva. L'art. 83, comma 10, infatti, si limita a fissare le caratteristiche principali dell'istituto in parola, demandando all'ANAC il compito di svilupparlo in apposite linee guida. In effetti, stabilisce che «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 della presente disposizione». A partire dal 20 maggio 2017, quindi, l'ANAC può emanare la normativa di dettaglio del *rating* di impresa mediante l'adozione di linee guida, ossia di atti amministrativi di regolazione.

Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, infatti, combinando la valenza generale dei provvedimenti in questione con le funzioni di regolazione attribuite all'ANAC, bisogna ricondurre questo tipo di fonti agli atti amministrativi generali. Coerentemente a quanto stabilito dalla l. 11/2016, quindi, hanno effetti vincolanti ed *erga omnes*<sup>292</sup>. La loro adozione, inoltre, deve rispettare tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolamentazione previste per le Autorità indipendenti, «in considerazione della natura “non politica”, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del “principio di legalità sostanziale” con un più forte rispetto dei criteri di “legalità procedimentale”»<sup>293</sup>: le linee guida sul

---

<sup>291</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 30 marzo 2017, n. 782.

<sup>292</sup> L'art. 1, comma 1, lett. *t*), della l. 11/2016 attribuisce all'ANAC il potere di adottare «atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante».

<sup>293</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 1° aprile 2016, n. 855. Su questo punto cfr. M. P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 436 e ss., che propone un'interpretazione alternativa delle linee guida rispetto a quella delineata dal Consiglio di Stato.

*rating* di impresa, dunque, dovranno essere sottoposte ad una preventiva fase di consultazione, e la loro efficacia dovrà essere verificata mediante strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione (AIR) e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR)<sup>294</sup>.

Nell'attesa che l'ANAC adotti tali linee guida, nei prossimi paragrafi ci si concentrerà sugli elementi nel rispetto dei quali dovrà farlo. L'art. 83, comma 10, infatti, non lascia all'ANAC la completa libertà di regolamentare il *rating* di impresa, ma fissa alcuni punti fermi della sua disciplina, riguardanti soprattutto, ma non solo, la tipologia dei requisiti reputazionali che dovranno essere considerati.

## **5. I criteri reputazionali**

### *5.1. Le caratteristiche degli indici reputazionali*

Ai sensi dell'art. 83 comma 10 del Codice, il *rating* di impresa dipende da «requisiti reputazionali». Prima di analizzare singolarmente ciascuno di quelli espressamente previsti da tale disposizione, conviene metterne in luce le caratteristiche generali. Il funzionamento del sistema reputazionale, infatti, è inevitabilmente legato alla natura degli indici mediante i quali si valuta la prestazione dell'appaltatore. In particolare, è possibile classificare tali criteri in base a due differenti prospettive: il grado di generalità ed il grado di oggettività<sup>295</sup>.

Riguardo il primo aspetto, occorre premettere che l'eterogeneità delle prestazioni che possono essere oggetto di appalti pubblici impedisce che la disciplina legislativa e sub-legislativa del *rating* sia particolarmente dettagliata. In questo senso, le linee guida dell'ANAC, recependo le indicazioni dettate dal comma 10 dell'art. 83, dovrebbero limitarsi ad elaborare una «griglia uniforme di criteri indifferenti all'oggetto dello specifico contratto»<sup>296</sup>, in modo tale da poter essere utilizzate per qualunque tipo di appalto pubblico. Allo stesso tempo, però, bisogna tener presente che, affinché il sistema funzioni, gli indicatori

---

<sup>294</sup> *Ibidem.*

<sup>295</sup> Cfr. G. Gaito, *op. ult. cit.*, p. 56

<sup>296</sup> *Ibidem.*

devono essere rilevanti rispetto alla qualità della prestazione, così da fornire una completa rappresentazione della *performance* eseguita. A tal fine, la griglia generale dovrebbe poter essere sviluppata da ciascuna stazione appaltante mediante l'elaborazione di indicatori di dettaglio, idonei da un lato ad apprezzare le particolari caratteristiche della prestazione, dall'altro a riflettere le priorità rispetto ad esse della pubblica amministrazione. Solo così si otterrebbe «una valutazione calibrata sulle esigenze del committente e mirata al settore merceologico, ma al contempo omogenea e confrontabile a tutte le altre»<sup>297</sup>. Per evitare di compiere discriminazioni e per garantire la trasparenza, la scelta di tali indicatori e dell'importanza da attribuire a ciascuno di essi dovrebbe essere effettuata prima della gara e pubblicata insieme alla documentazione ad essa relativa<sup>298</sup>.

Il secondo profilo in base al quale classificare le varie tipologie di criteri reputazionali attiene alla loro oggettività. In questo senso, l'art. 83, comma 10, sembra non lasciare spazio a dubbi interpretativi, visto che stabilisce espressamente che i requisiti reputazionali sono valutati sulla base di indici «oggettivi e misurabili». L'oggettività, quindi, pare essere considerata come una caratteristica irrinunciabile, essendo necessario che «l'applicazione del parametro assuma ad oggetto un dato accertabile univocamente»; in altre parole, «l'operazione intellettuale, che si compie nell'applicazione del parametro, deve essere tale da poter prescindere da ogni giudizio valutativo dell'osservatore»<sup>299</sup>, in ossequio al principio per cui minore discrezionalità comporta minore corruzione. Assumendo un punto di vista più economico che giuridico, però, è stato messo in luce che «nelle transazioni che hanno ad oggetto prestazioni complesse è impossibile, e anche inefficiente, escludere completamente la valutazione discrezionale dei funzionari»<sup>300</sup>. Coerentemente con quanto detto sopra, anche se è vero che la corruzione trova nella discrezionalità uno spazio privilegiato in cui svilupparsi, lo è altrettanto che non può essere combattuta efficacemente riducendoli al massimo. Spesso, infatti, ad un aumento di efficienza corrisponde una diminuzione del grado di corruzione. Per combatterla,

---

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

<sup>299</sup> A. Zito, *op. cit.*, p. 5.

<sup>300</sup> N. Doni, *op. cit.*, p. 332.

quindi, non conviene ingessare la disciplina riducendo gli spazi di discrezionalità, ma efficientarla, anche ricorrendo a sistemi più flessibili.

La previsione di indici reputazionali connotati da un certo margine di discrezionalità, d'altronde, risponde anche ad un'altra esigenza. In precedenza, infatti, si è parlato di "qualità contrattabile" e di "qualità non contrattabile", mettendo in luce come i tradizionali meccanismi di *enforcement* del contratto negli appalti pubblici, come ad esempio la risoluzione, possano garantire solamente il raggiungimento di quegli standard qualitativi che possono essere fissati in un contratto. La "qualità non contrattabile", invece, non può essere disciplinata mediante strumenti giuridici: per coglierla, quindi, è necessario un apprezzamento discrezionale. Detto altrimenti, «solo includendo nella valutazione la considerazione di elementi di giudizio soggettivo e discrezionali si può dare pienamente conto del livello di soddisfazione delle aspettative della stazione appaltante»<sup>301</sup>.

In definitiva, nonostante l'art. 83, comma 10, stabilisca espressamente che i parametri devono essere "oggettivi", la costruzione di un efficace sistema reputazionale necessita inevitabilmente di un certo grado di soggettività. Questo, tuttavia, non significa che l'accesso alle gare o la competizione per aggiudicarsele sia condizionata dalle scelte volontarie di una serie di funzionari. In altri termini, prevedere indici reputazionali non completamente oggettivi non vuol dire subordinare il *rating* di un soggetto economico ad una ben precisa scelta discrezionale. Nel sistema delineato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, in effetti, il *rating* di ciascun operatore economico deriva «dall'aggregazione dei giudizi sulle singole prestazioni rilasciati da committenti diversi»<sup>302</sup>, per cui risente in misura attenuata delle possibili distorsioni della valutazione, come, ad esempio, quelle dovute a fenomeni corruttivi. In questo modo, anche il giudizio reputazionale basato su indicatori di tipo discrezionale diventa obiettivo al momento dell'applicazione, poiché la soggettività viene «neutralizzata dalla compensazione statistica tra i molteplici dati utilizzati per l'assegnazione del *rating*»<sup>303</sup>. In altre parole, dato che il *rating* non dipende da una sola valutazione,

---

<sup>301</sup> G. Gaito, *op. ult. cit.*, pp. 56.

<sup>302</sup> G. Gaito, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. Le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, in *Appalti e contratti*, 2011, 7, p. 17.

<sup>303</sup> *Ibidem*.

ma riflette l'insieme delle *performance* eseguite da un operatore economico, al momento della sua applicazione «rappresenta un dato esogeno, estraneo alla sfera decisionale e d'influenza della commissione di gara e degli stessi organi dell'amministrazione aggiudicatrice»<sup>304</sup>. Conseguentemente, anche se gli indicatori sui quali si basa presuppongono giudizi soggettivi, il *rating*, al momento della sua applicazione, costituisce un parametro oggettivo: il sistema delineato, infatti, è connotato da «un certo margine di discrezionalità soltanto nella fase di valutazione della prestazione, e non nella più sensibile fase di selezione del contraente», o di aggiudicazione della gara<sup>305</sup>.

Per concludere questa parte introduttiva sui requisiti reputazionali, è doveroso richiamare il concetto di “affidabilità” dell'impresa. Ai sensi dell'art. 83, comma 10, infatti, la reputazione è valutata anche «sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa». Per farlo, parte della dottrina sostiene la necessità di «prediligere criteri o parametri che misurano ciò che l'impresa è in grado di fare oggi, piuttosto che criteri o parametri che guardano alla storia dell'impresa»<sup>306</sup>. In effetti, dato che il *rating* consiste in uno strumento in grado di esprimere in anticipo l'affidabilità di un operatore economico rispetto allo svolgimento di una determinata attività, gli elementi da considerare non devono riflettere il suo passato, ma le sue capacità al momento in cui il *rating* viene rilasciato<sup>307</sup>.

Questa ricostruzione, però, non sembra potersi accogliere: un *rating* costruito sulla base delle caratteristiche attuali dell'impresa, infatti, si sovrapporrebbe completamente ai requisiti di partecipazione speciali, relativi cioè all'idoneità professionale, alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali. Verrebbe meno, inoltre, la *ratio* stessa del sistema reputazionale: si è visto, infatti, che costituisce un efficace strumento di *enforcement* del contratto proprio perché, condizionando l'accesso ad una gara o la possibilità di vincerla al comportamento tenuto in precedenza, incentiva le imprese ad eseguire la prestazione nel migliore dei modi. Non bisogna, dunque, ricondurre l'affidabilità richiamata dall'art. 83, comma 10, alle capacità economiche e finanziarie di un'impresa, quanto alla lealtà da quest'ultima dimostrata in

---

<sup>304</sup> *Ibidem.*

<sup>305</sup> *Ibidem.*

<sup>306</sup> A. Zito, *op. cit.*, p. 4.

<sup>307</sup> *Ibidem.*

precedenti interazioni con la pubblica amministrazione. Il comma in questione, d'altronde, specifica proprio che i requisiti reputazionali tengono conto soprattutto «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 del contenzioso sia in sede di partecipazione delle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto».

## 5.2. *Il mancato utilizzo del soccorso istruttorio*

Il Codice dei contratti pubblici, pur demandando all'adozione di linee guida da parte dell'ANAC la disciplina di dettaglio, identifica direttamente le tipologie di comportamenti precedenti da considerare ai fini del *rating*, riconducendole a quattro ambiti. Tra questi, il primo che viene citato attiene al soccorso istruttorio, un istituto, disciplinato dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, mediante il quale le stazioni appaltanti chiedono agli operatori economici la regolarizzazione delle domande viziate, in modo tale da ammetterli ugualmente alla gara. Consiste, quindi, in uno strumento al quale le imprese ricorrono per evitare di essere escluse da una procedura a causa di errori "correggibili" della loro domanda. La sua introduzione, infatti, si inserisce nel dibattito giurisprudenziale tra la tesi sostanzialistica e quella formalistica rispetto al possesso dei requisiti generali e speciali: per la prima, un'impresa può essere esclusa dalla gara soltanto quando non soddisfa le condizioni dettate dal bando<sup>308</sup>; per la seconda, invece, anche la semplice incompletezza delle dichiarazioni, denotando l'inaffidabilità dell'operatore economico, è sufficiente ad escluderlo dalla procedura, indipendentemente dal possesso concreto dei requisiti<sup>309</sup>. In questo quadro, il soccorso istruttorio privilegia il dato sostanziale rispetto a quello formale, assicurando l'accesso alla gara a tutte le imprese che soddisfano i requisiti ordinari e speciali, anche qualora non avessero compilato in modo in corretto la domanda di partecipazione<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 583.

<sup>309</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198.

<sup>310</sup> A. Bozzetto, *op. cit.*, pp. 348 e ss.

L'istituto in parola discende dall'applicazione di diversi principi. Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, infatti, è finalizzato «a superare inutili formalismi in nome del principio di *favor participationis* e della semplificazione». Rappresenta, poi, «una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara»<sup>311</sup>. Il soccorso istruttorio, dunque, costituisce un vero e proprio dovere, derivabile dai principi di buon andamento e di necessaria cooperazione tra amministratori ed amministrati. Si fonda, inoltre, sul principio di lealtà, dal momento che «la Pubblica Amministrazione non può rigettare un'istanza per il solo fatto che essa sia carente in qualche sua parte, allorquando si possa evincere il contenuto minimo della medesima»<sup>312</sup>, e sul principio di proporzionalità, visto che l'esclusione dalla gara rappresenta un rimedio eccessivo rispetto all'irregolare compilazione della domanda di partecipazione.

Per evitare una “degenerazione” dell'utilizzo di questo strumento, il legislatore e il giudice amministrativo ne hanno delimitato l'ambito di applicazione. In effetti, pur rappresentando un efficace strumento per attuare i principi sopra richiamati, è potenzialmente idoneo a ledere altri valori giuridicamente rilevanti. L'allargamento generalizzato del suo ambito applicativo, infatti, potrebbe alterare la *par condicio*, violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incidere sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* ed eludere la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura<sup>313</sup>. Ecco perché l'art. 83, comma 9, dopo aver stabilito che «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio», ne esclude l'impiego rispetto alle irregolarità afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, e alle carenze che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto

---

<sup>311</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>312</sup> G. Gambardella, C. A. Mauro, *Il soccorso istruttorio dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 50 del 18 aprile 2016. Vecchie e nuove problematiche*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2016, 3, p. 286.

<sup>313</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

responsabile della documentazione<sup>314</sup>. Il giudice amministrativo, inoltre, ha circoscritto il perimetro dell'istituto in questione distinguendo i concetti di «regolarizzazione documentale» e di «integrazione documentale». Ha affermato, infatti, che «il principio del “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengono in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara»: dato che compromette il principio di parità di trattamento, dunque, l'integrazione non è permessa, mentre la regolarizzazione, concretizzandosi in semplici rettifiche di errori materiali e refusi, e riguardando così circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione, è consentita<sup>315</sup>.

L'esegesi rigorosa del soccorso istruttorio, inoltre, si giustifica anche alla luce del principio generale dell'auto-responsabilità dei concorrenti, per il quale «ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione»<sup>316</sup>. Questa norma pare voler indicare che, anche per gli aspetti in cui è ammissibile il ricorso soccorso istruttorio, sarebbe opportuno che i concorrenti ne facessero a meno. Detto altrimenti, l'ordinamento preferisce che gli operatori economici presentino domande complete e prive di errori. Per incentivare le imprese in questo senso, tuttavia, l'esclusione dalle gare rappresenta una misura sproporzionata. Ciò non significa, però, che correggere la domanda mediante il soccorso istruttorio equivalga ad averla presentata già regolare e completa al momento della scadenza del bando. L'ordinamento, infatti, privilegia gli operatori solerti sin dall'inizio della procedura, penalizzando quelli che fanno ricorso al soccorso istruttorio attraverso la previsione strumenti più “soft” rispetto all'esclusione dalla gara, ma idonei comunque a condizionare le scelte dei concorrenti. Il Codice, infatti,

---

<sup>314</sup> Secondo la Determinazione dell'ANAC dell'8 gennaio 2015, n. 1, costituiscono in ogni caso causa di esclusione le seguenti ipotesi: «mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta; apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara; mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni; mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico esterno recante tutta la documentazione e più in generale la loro mancata separazione fisica».

<sup>315</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>316</sup> *Ibidem*.

prevede un meccanismo per discriminare tra le imprese che presentano correttamente la domanda e quelle che devono invece utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio, in maniera tale da incentivare queste ultime ad eseguire i propri adempimenti nei tempi e nei modi prestabiliti.

Tradizionalmente, tale sistema ha fatto perno sull'onerosità del soccorso istruttorio. In effetti, le imprese che presentavano domande incomplete, ricorrendo all'istituto del soccorso istruttorio non venivano escluse dalla procedura ma semplicemente obbligate a pagare una somma di denaro. Anche il d.lgs. 50/2016, nella sua prima versione, accoglieva tale misura. In particolare, ai sensi dell'art. 83 comma 9, il concorrente doveva pagare alla stazione appaltante una sanzione pecuniaria stabilita dal bando, «in misura non inferiore all'1 per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro». Soltanto «nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali», non si applicava nessuna sanzione. Fino all'entrata in vigore del correttivo, dunque, potevano distinguersi tre categorie di irregolarità: quelle essenziali e non sanabili, quelle essenziali ma sanabili con il soccorso istruttorio oneroso, e quelle non essenziali e sanabili gratuitamente<sup>317</sup>.

La previsione di un soccorso istruttorio a pagamento, tuttavia, è stata messa in discussione dall'evoluzione normativa e giurisprudenziale. In una recente pronuncia, infatti, il T.A.R. del Lazio ha interpellato sul punto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In particolare, ha domandato se l'onerosità del soccorso istruttorio «può ritenersi difforme dai principi di massima apertura del mercato alla concorrenza, cui corrisponde il predetto istituto, con conseguente riconducibilità dell'attività, al riguardo imposta alla Commissione aggiudicatrice, ai doveri imposti alla medesima dalla legge, nell'interesse pubblico al perseguimento della finalità sopra indicata»<sup>318</sup>. La stessa l. 11/2016, d'altronde, all'art. 1 comma 1 lett. z), riconosceva la possibilità di un'«integrazione documentale non onerosa». Nello stesso senso si era espresso il Consiglio di Stato, che aveva suggerito al Governo di prevedere due sole fattispecie alternative: «le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo

---

<sup>317</sup> Cfr. L. Tarantino (a cura di), *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 1, pp. 132 e ss.

<sup>318</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 10012.

il pagamento di una sanzione pecuniaria»<sup>319</sup>. Tuttavia, si è visto come il Codice, nella versione originaria, aveva assunto tutt'altra posizione, riconfermando la tradizionale categoria dei vizi sanabili a pagamento.

Il cambio di rotta è avvenuto con il d.lgs. 56/2017. Tale intervento ha infatti modificato profondamente la disciplina del soccorso istruttorio, sopprimendo ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione e rendendo il Codice conforme a quanto previsto dalla legge delega. Se adottata da sola, però, tale misura avrebbe privato il sistema dell'unico sistema di deterrenza, e avrebbe implicato «il generalizzarsi di comportamenti poco virtuosi degli operatori, di disattenzione o di negligenza, con il rischio concreto di un ulteriore allungamento delle procedure»<sup>320</sup>. In altre parole, il decreto correttivo, eliminando il costo connesso all'impiego del soccorso istruttorio, ha rimosso quello che fino ad allora era l'unico incentivo a rispettare le prescrizioni del bando, con il rischio che il ricorso al soccorso istruttorio diventasse la modalità ordinaria attraverso cui essere ammessi alle gare d'appalto. Per evitare questa degenerazione, quindi, si è legata la riforma di tale istituto con quella del *rating* di impresa: considerando il mancato ricorso al soccorso istruttorio come un indizio di virtuosità, infatti, il Governo lo ha inserito tra i criteri reputazionali valutabili ai fini del *rating* di impresa<sup>321</sup>. A partire dal 20 maggio 2017, pertanto, gli operatori economici sono incentivati a presentare domande di partecipazione alle gare prive di errori non più per evitare il costo connesso all'impiego del soccorso istruttorio, ma per incrementare il proprio *rating* di impresa.

### 5.3. La denuncia di richieste estorsive e corruttive

Oltre al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, l'art. 83, comma 10, prevede che i precedenti comportamenti dell'impresa rilevanti ai fini del *rating* facciano riferimento anche «all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive». Nella parte precedente, in effetti, il medesimo comma demanda alle stesse linee guida relative al *rating* di impresa l'istituzione di «un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste

---

<sup>319</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 1° aprile 2016, n. 855.

<sup>320</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 30 marzo 2017, n. 782.

<sup>321</sup> *Ibidem*.

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». Il Codice, dunque, prevede un sistema volto ad incentivare le imprese a denunciare le richieste estorsive e corruttive che subiscono, e lo lega al sistema reputazionale: in effetti, identificando in tale denuncia un comportamento virtuoso, la rende idonea ad incrementare il *rating* di impresa.

Occorre evidenziare, però, alcune criticità. Innanzitutto, il richiamo operato dall'art. 83, comma 10, deve essere coordinato con quanto stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. l), per il quale l'omessa denuncia costituisce causa di esclusione dalle gare d'appalto. Stabilisce, infatti, l'esclusione dalla procedura dell'«operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689». Il divieto di partecipazione, quindi, si applica quando l'operatore economico non denuncia fatti di estorsione o concussione commessi nei suoi confronti. Vengono individuate, però, due ulteriori condizioni: in primo luogo, deve ricorrere l'aggravante disciplinata dall'art. 7 del d.l. 152/1991, che punisce più severamente i fatti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso; in secondo luogo, non devono ricorrere le cause di esclusione della responsabilità, dettate dall'art. 4 della l. 689/1981<sup>322</sup>. La seconda parte della medesima disposizione, poi, stabilisce che «la circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio». In sostanza, ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto rilevano solamente le omesse denunce riferibili all'ultimo anno.

---

<sup>322</sup> Cfr. V. Neri, *Omessa denuncia e divieto di partecipazione agli appalti pubblici*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 10, pp. 909-913.

Alla luce di quanto previsto dall'art. 80, dunque, sembrerebbe superfluo richiamare l'omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive anche in relazione al *rating* di impresa. Detto altrimenti, l'impresa che omette di denunciare già viene sfavorita mediante l'esclusione dalla gara, che costituisce una sanzione ben più rilevante della penalità ad essa associata in sede di elaborazione del *rating*. Per risolvere questo problema di sovrapposizione, l'ANAC ha sottolineato l'opportunità di considerare ai fini del *rating* un arco temporale maggiore rispetto a quello di un anno valutato ai fini dell'esclusione<sup>323</sup>. In questo modo, infatti, l'inclusione dell'omessa denuncia tra gli elementi da valutare ai fini del *rating* di impresa si aggiungerebbe, senza sovrapporsi, a quanto previsto dall'art. 80 rispetto alle cause di esclusione.

Ciononostante, questa soluzione è stata oggetto di numerose critiche in sede di consultazione. È stata evidenziata, ad esempio, l'opportunità di eliminare tale riferimento dall'art. 83, visto che, essendo dotato di un carattere eccessivamente generico, può facilmente prestarsi ad un uso distorto<sup>324</sup>. Analogamente, ne è stata rimarcata la natura eccessivamente penalizzante per quei soggetti privi della forza necessaria a denunciare episodi estorsivi e corruttivi, sostenendo che la legalità dovrebbe essere garantita in altri modi, e che «per i soggetti che “coraggiosamente si espongono” dovrebbero essere previste anche misure di tutela e protezione»<sup>325</sup>. In definitiva, il giudizio sull'inclusione dell'elemento in questione tra gli indici reputazionali dipende dall'opportunità, considerata positivamente dal legislatore e meno dalla maggior parte degli *stakeholder*, di penalizzare nel mercato degli appalti pubblici le vittime “pavide” di fenomeni criminali, ossia quegli imprenditori onesti la cui unica colpa consiste nella mancanza del coraggio necessario per denunciare i fatti commessi in loro danno<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> Cfr. ANAC, Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p.7.

<sup>324</sup> Cfr. Contributo di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 33.

<sup>325</sup> Contributo di Confartigianato Imprese in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 49.

<sup>326</sup> Cfr. M. Napoli, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 12, pp. 1413-1419.

L'ultima osservazione riguardo la previsione dell'omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive quale criterio reputazionale attiene alla sua coerenza con l'istituto del *rating* di impresa. Quest'ultimo, si è detto, rappresenta uno strumento finalizzato ad accrescere l'efficienza del *public procurement*, e solo di riflesso la legalità. La disciplina delle denunce di fenomeni criminali, invece, riguarda più che altro il contrasto della corruzione e della criminalità organizzata, mentre non ha alcuna conseguenza immediata sull'efficienza. Sulla base di queste considerazioni emerge come l'elemento in questione sia molto più conforme all'istituto del *rating* di legalità che a quello del *rating* di impresa. Pertanto, in occasione dell'adozione del decreto correttivo sarebbe stato opportuno rimuoverlo dall'art. 83, comma 10, in vista di una sua inclusione nella disciplina relativa al *rating* di legalità. Il d.lgs. 56/2017, invece, ha confermato il regime precedente, demandando all'ANAC l'onere di renderlo quanto più compatibile possibile con la *ratio* del *rating* di impresa.

#### 5.4. *Il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione*

Il terzo elemento preso in considerazione dall'art. 83, comma 10, è costituito dal «rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione». Tale aspetto rappresenta il cuore del *rating* di impresa quale meccanismo idoneo a trasformare le interazioni tra imprese e pubblica amministrazione da “giochi singoli” a “giochi ripetuti”, poiché connette esplicitamente la fase di esecuzione con quella di scelta del contraente. Spetta adesso alle linee guida dell'ANAC disciplinare nel dettaglio questa previsione, collegando una serie di premialità e di penalità a determinati indicatori.

A riguardo, nel documento posto in consultazione nel giugno 2016, l'ANAC ha ipotizzato che possono incidere negativamente sul *rating* i comportamenti «che determinano un ritardo imputabile all'esecutore ovvero un aumento dell'importo contrattuale dovuto a modifiche che si rendono necessarie per compensare ribassi, offerti in sede di gara, non economicamente sostenibili»<sup>327</sup>. Prevedendo simili misure, quindi, si vogliono sanzionare attraverso una diminuzione del loro *rating* di impresa gli operatori che «abbiano presentato alle

---

<sup>327</sup> ANAC, Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 5.

stazioni appaltanti richieste palesemente esorbitanti rispetto alle spese effettivamente sostenute e definitivamente riconosciute»<sup>328</sup>. Ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, infatti, i contratti pubblici possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, entro precisi limiti, al ricorrere di determinate condizioni. In questo senso, il comma 1, lett. c) riconosce questa possibilità quando «la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore». Tali evenienze possono riguardare sia la «sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti predisposti alla tutela di interessi rilevanti», che situazioni legate ad elementi fattuali, come, ad esempio, la «sorpresa geologica»<sup>329</sup>. Un'altra ipotesi in cui possono essere modificati i contratti pubblici, dettata dal comma 2 del medesimo articolo, attiene alla presenza di errori o omissioni nel progetto esecutivo «che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione»: il comma 10 specifica la portata di tale previsione, riconducendola a «l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali».

Eccetto il caso degli appalti aventi ad oggetto anche la progettazione esecutiva, in tutte le altre ipotesi l'aumento dei costi contrattuali derivanti dalle modifiche ricade sulla stazione appaltante. Gli appaltatori, quindi, sono incentivati ad iscrivere quante più riserve possibile, facendo lievitare il costo dell'opera: nel farlo, in effetti, non hanno nulla da perdere, visto che, nella peggiore delle ipotesi, le loro rivendicazioni vengono respinte. Si tratta, pertanto, di un comportamento opportunistico, volto a sfruttare a proprio favore un elemento, quello della pretestuosità delle richieste, che difficilmente può essere disciplinato mediante un contratto. In questo quadro, l'obiettivo del *rating* consiste proprio

---

<sup>328</sup> Contributo di ANAS S.p.A. in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 50.

<sup>329</sup> Cfr. A. Varlaro Sinisi, *Contratti pubblici: varianti in corso d'opera e modifiche contrattuali (commento all'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016)*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, F. Caringella, M. Protto (a cura di), Dike Giuridica, Roma, 2016, pp. 429 e ss. Su questo tema cfr. A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 4/2, pp. 642-652.

nel mettere in luce tali condotte per valorizzarle nell'ambito delle procedure di affidamento di futuri appalti. È stato proposto, infatti, di utilizzare come indicatore dell'opportunità delle imprese nella fase esecutiva «la differenza tra l'importo delle somme richieste in sede di iscrizione di riserve, di domanda di arbitrato o di citazione in giudizio e l'importo effettivamente riconosciuto in sede di accordo bonario, transazione, lodo arbitrale o sentenza definitiva»<sup>330</sup>. Questa soluzione contribuirebbe a porre fine al fenomeno, sempre più diffuso, rappresentato dalla tendenza delle imprese ad aumentare in maniera smodata le proprie richieste, soprattutto in sede di accordo bonario<sup>331</sup>. Come segnalato dall'AVCP, infatti, generalmente «l'ammontare di quanto riconosciuto in sede di accordo bonario è notevolmente inferiore alle pretese iscritte a riserva»: emerge, quindi, come tale istituto sia spesso applicato in modo distorto, essendo «strumentalmente utilizzato dall'impresa per correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto o, comunque, per recuperare parte del ribasso offerto»<sup>332</sup>.

Alla luce di quanto detto, emerge come la valutazione del mancato rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione rappresenti un notevole passo in avanti per efficientare il *public procurement*. È stata criticata, però, l'impostazione assunta dall'ANAC nei confronti dell'istituto delle riserve, che viene “demonizzato” *a priori* senza considerare la sua *ratio*: è stato osservato, infatti, come tale strumento assolva ad una funzione ben precisa nel sistema della contrattualistica pubblica, essendo volto «a garantire la tutela dell'impresa a fronte di comportamenti negligenti e inadempimenti della stazione appaltante rispetto a quello che la giurisprudenza ha definito c.d. dovere di cooperazione»<sup>333</sup>. In altri termini, è stato sottolineato che non sempre il mancato rispetto dei tempi e dei costi è dovuto a comportamenti opportunistici, e che quindi occorre individuare un rimedio per evitare il rischio che le imprese contraenti «siano assoggettate ad atteggiamenti ritorsivi da parte di stazioni appaltanti in conseguenza dell'azione

---

<sup>330</sup> *Ibidem*.

<sup>331</sup> L'accordo bonario può essere definito come una particolare procedura di tipo arbitrale, attivabile nell'ambito degli appalti di lavori per riserve che non determinino una variazione maggiore del 15% dell'importo contrattuale (cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 446).

<sup>332</sup> AVCP, Determinazione n. 5, 30 maggio 2007, recante *Contenzioso in fase di esecuzione: Accordo Bonario*.

<sup>333</sup> Contributo di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili), *op. cit.*, p. 31.

di legittime azioni volte ad avere ragione di manchevolezze ascrivibili alla responsabilità della pubblica amministrazione»<sup>334</sup>. In effetti, il sistema in questione, pur essendo preordinato a sanzionare gli operatori economici che adottano comportamenti opportunistici, deve evitare di penalizzare quelli «che hanno la sventura di sottoscrivere contratti di appalto in cui il progetto sia caratterizzato da consistenti lacune o impossibilità di attuazione, tali da rendere legittime le varianti»<sup>335</sup>.

Anche il riferimento al rispetto dei tempi, d'altronde, sembra presupporre che questo sia nella completa disponibilità dell'appaltatore, e che qualunque ritardo possa essere ricondotto ad un comportamento opportunistico da questo messo in atto. L'art. 106, comma 11, del Codice, in effetti, stabilisce che «la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga»: se ne deduce, quindi, che in assenza di tale opzione la responsabilità del mancato rispetto dei tempi grava sull'appaltatore. Sul punto, però, bisogna richiamare anche quanto affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui «ove si verificano, durante l'esecuzione dell'appalto, cause tecniche, impreviste o imprevedibili, ovvero cause di forza maggiore o impedimenti oggettivi non imputabili a nessuna delle parti, che determinano uno slittamento del programma di avanzamento delle prestazioni, l'appaltatore ha diritto ad un "termine suppletivo"»<sup>336</sup>. L'istituto del «termine suppletivo», poi, era stato codificato dall'art. 159, comma 9, del d.P.R. 207/2010 nel contesto normativo previgente al d.lgs. 50/2016; in quello attuale, la sua "riesumazione" si concretizzerà, eventualmente, nelle linee guida che l'ANAC deve adottare. Ad ogni modo, la sua vigenza pare assicurata dalla giurisprudenza sviluppatasi sul punto.

Ai fini della presente trattazione, l'implicazione più rilevante di tale orientamento consiste nel riconoscimento di ipotesi in cui l'appaltatore è esonerato dalla responsabilità di non aver terminato la prestazione nei tempi

---

<sup>334</sup> Contributo di Trivella s.r.l. in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 99.

<sup>335</sup> *Ibidem*.

<sup>336</sup> Corte di Cassazione Civile, Sez. I, 21 giugno 2007, n. 14510. Su questo tema cfr. A. Varlaro Sinisi, *op. cit.*, pp. 429 e ss.

prescritti<sup>337</sup>. Al momento dell'elaborazione del parametro relativo al rispetto dei tempi nell'esecuzione, dunque, l'ANAC dovrà tener conto di questi aspetti, per evitare di costruire un meccanismo eccessivamente penalizzante per le imprese. Al contrario, è opportuno delineare un sistema in grado di apprezzare, per quanto possibile, in capo a chi risiede la responsabilità dei ritardi, in modo tale da sanzionare con l'applicazione di una penalità solo quelli dovuti effettivamente all'appaltatore.

Finora si fatto riferimento a fattori connessi al rispetto dei tempi e dei costi idonei ad incidere negativamente sul *rating* di impresa. Tra gli elementi per aumentarlo, invece, l'ANAC ha individuato la consegna anticipata delle prestazioni e la consegna senza iscrizione di riserve<sup>338</sup>. Entrambi hanno suscitato notevoli perplessità tra gli *stakeholder*. Sono stati evidenziati, infatti, i rischi connessi alla generalizzazione del criterio della consegna anticipata dei lavori, segnalando gli effetti paradossali che potrebbe comportare rispetto a particolari tipologie di servizi, come quelli relativi alle mense: in effetti, in quell'ambito le prestazioni «devono necessariamente essere eseguite in un determinato *range* temporale», per cui la consegna anticipata delle stesse non sarebbe funzionale agli interessi della stazione appaltante<sup>339</sup>. Spesso, inoltre, «una riduzione dei tempi viene realizzata a scapito della qualità complessiva dell'appalto, con il rischio che questa minore qualità diventi successivamente causa di penalizzazione»<sup>340</sup>. Per quanto riguarda invece la consegna senza iscrizione di riserve, occorre ribadire che non bisogna ricondurre sistematicamente tale elemento ad un comportamento opportunistico dell'impresa, e quindi nemmeno privilegiare *a priori* gli operatori economici che non ricorrono a questo strumento. Così come non è legittimo ricondurre sempre l'apposizione di riserve

---

<sup>337</sup> Cfr. A. Varlaro Sinisi, *op. cit.*, pp. 429 e ss. In particolare, viene evidenziato come il riconoscimento del termine suppletivo non implichi, di per sé, il diritto dell'appaltatore «alla refusione dei maggiori costi sostenuti, in termini di maggiori spese generali, ritardata formazione dell'utile, ecc.».

<sup>338</sup> Cfr. ANAC, Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 5.

<sup>339</sup> Contributo di Anisgea (Associazione Nazionale Imprese per i Servizi Gas Energia Acqua) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 39.

<sup>340</sup> Contributo di FINCO (Federazione Industrie Prodotti Impianti Servizi e Opere Specialistiche per la Costruzione) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 53.

ad una “mancanza” dell’impresa, infatti, non lo è neppure riconoscere necessariamente come virtuoso un appaltatore che non le iscrive.

Discostandosi da quanto suggerito dall’ANAC, sono state formulate alcune soluzioni alternative. È stata messa in luce, ad esempio, la possibilità di premiare gli operatori economici che propongono variazioni migliorative approvate dalle stazioni appaltanti. Analogamente, «si potrebbero attribuire premialità alle imprese che sviluppino forme di collaborazione con le PMI», in particolar modo mediante l’utilizzo del subappalto; quest’ultimo, infatti, da un lato rappresenta uno «strumento potenzialmente in grado di garantire positive conseguenze nella catena degli appalti», dall’altro costituisce un efficace mezzo attraverso il quale anche gli operatori economici di piccole dimensioni possono partecipare all’esecuzione di contratti pubblici di grandi importi<sup>341</sup>.

Quale che sia l’orientamento dell’ANAC sul tema, è opportuno che l’Autorità, prima di adottare le relative linee guida, sottoponga ad una consultazione pubblica un nuovo documento, elaborato alla luce del decreto correttivo. In effetti, anche se il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione era già considerato nella prima versione come tipologia di requisito reputazionale, le modifiche intervenute sul sistema del *rating* di impresa nel suo complesso gli hanno conferito maggiore importanza, ed è quindi opportuno che, prima dell’adozione della disciplina di dettaglio, gli *stakeholder* abbiano la possibilità di esprimersi nuovamente sul punto.

##### 5.5. *L’incidenza e gli esiti del contenzioso*

L’ultimo fattore individuato dall’art. 83, comma 10, quale requisito reputazionale ai fini dell’attribuzione del *rating* di impresa attiene all’incidenza e agli esiti del contenzioso, generati sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. La versione antecedente al correttivo era simile, ma non contemplava gli «esiti» del contenzioso. L’esclusivo riferimento all’«incidenza», tuttavia, poneva problemi di

---

<sup>341</sup> Contributo di Agenzia del Demanio in Osservazioni inviate all’ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 4.

compatibilità costituzionale: sia l'ANAC<sup>342</sup> che la dottrina<sup>343</sup>, infatti, avevano sottolineato il problematico rapporto tra la previsione in questione e il diritto alla difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost. Sulla base del nuovo art. 83, comma 10, quindi, l'ANAC dovrà elaborare una serie di indici reputazionali che non diano conto soltanto dell'incidenza del contenzioso, ma anche, e soprattutto, dei suoi esiti<sup>344</sup>. L'obiettivo, d'altronde, è quello di ridurre il grado di litigiosità giudiziaria degli operatori economici rispetto alle stazioni appaltanti. Tuttavia, analogamente a quanto detto in riferimento all'istituto delle riserve, sarebbe inefficace, oltre che illegittimo, far dipendere l'affidabilità di un'impresa, e quindi il suo *rating*, dal grado di litigiosità in sé, senza considerare i suoi presupposti e, soprattutto, le sue conseguenze.

In questo senso, la modifica intervenuta con il correttivo ha ridotto ma non eliminato il problema di compatibilità con l'art. 24 Cost. Volendo considerare l'incidenza del contenzioso quale indicatore dell'affidabilità di un'impresa, infatti, l'unica soluzione prospettabile per non ledere il diritto alla difesa è rappresentata da una «lettura costituzionalmente orientata» della disposizione in esame. A tal fine, ad esempio, l'ANAC ha proposto di considerare esclusivamente «il contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrale 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»<sup>345</sup>. D'altro canto, non dovranno incidere negativamente sul *rating* «i comportamenti delle imprese, di fatto soccombenti nella decisione, che si conformano a pareri di precontenzioso vincolanti»<sup>346</sup>. Il nuovo Codice, tra l'altro, ha potenziato i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale riconoscendo,

---

<sup>342</sup> Cfr. Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 6.

<sup>343</sup> Cfr. V. C. Renna, *Rating di impresa – Etica dell'algoritmo!*, in *Amministrativamente*, 2016, 7-8, p. 11.

<sup>344</sup> Sul punto si è espresso anche il Consiglio di Stato, secondo cui non è l'esistenza di un contenzioso in quanto tale a poter influenzare il *rating*, quanto la sua definitiva conclusione in senso sfavorevole al concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 1° aprile 2016, n. 855).

<sup>345</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 6.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

con il consenso delle parti, effetti vincolanti ai pareri di precontenzioso dell'ANAC<sup>347</sup>.

Il rapporto con il diritto alla difesa, tuttavia, non costituisce l'unico elemento problematico del richiamo al contenzioso. Un altro fattore critico è stato rintracciato nella relazione che la previsione in parola intrattiene con la disciplina dell'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alla procedura di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti ordinari e speciali. In effetti, ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo, così come modificato dall'art. 204 comma 1 lett. b) del d.lgs. 50/2016, il provvedimento della stazione appaltante che determina le ammissioni alla gara a seguito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali, «va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante»; inoltre, «l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale». La nuova disciplina processuale, quindi, impedisce ai concorrenti di contestare l'aggiudicazione di una gara ad un soggetto ammesso illegittimamente alla procedura, a meno che l'atto di ammissione non sia stato impugnato precedentemente all'aggiudicazione, precisamente entro trenta giorni dalla sua emanazione. Detto altrimenti, gli operatori economici, per vedersi riconosciuta «la possibilità di far valere carenze nel possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario della gara», sono spinti ad impugnare “al buio” gli atti di ammissione di tutti gli altri concorrenti<sup>348</sup>.

Pur apprezzando l'obiettivo di fondo di questa innovazione normativa, volta a ridurre «il fioccare di ricorsi incidentali plurimi e incrociati con cui si rimettono in discussione, in sede di contestazione dell'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara»<sup>349</sup>, è lecito dubitare della sua efficacia e, soprattutto, della sua

---

<sup>347</sup> Cfr. C. Pluchino, *Le funzioni deflative del contenzioso e il "lifting" dei pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 12, pp. 1304-1308.

<sup>348</sup> Contributo di ANIP (Associazione Nazionale Imprenditoriale – Confindustria) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 37. Su questo tema cfr. M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, 10, pp. 8 e ss.

<sup>349</sup> R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, p. 540. Sulle finalità di questa innovazione normativa si veda anche I. Martella, *Le novità*

coerenza con il richiamo dell'incidenza del contenzioso quale parametro reputazionale ai fini dell'attribuzione del *rating* di impresa. Quanto alla sua idoneità come mezzo di deflazione del contenzioso, è stato messo in luce come l'obbligo «a impugnare le altrui ammissioni di tutti gli altri concorrenti in difetto di un interesse concreto e attuale, che tale diviene solo quando uno, e uno solo, dei tanti ammessi, diviene aggiudicatario, rischia di rendere eccessivamente difficile, oltre che costosa, la tutela giurisdizionale»<sup>350</sup>. In relazione all'istituto del *rating* di impresa, invece, il richiamo al contenzioso «confligge con il principio di non contraddizione»<sup>351</sup>: in effetti, mentre per quanto riguarda gli aspetti processuali viene incentivato il cosiddetto “contenzioso anticipato”, nella disciplina relativa al *rating* si penalizzano le imprese con alti tassi di litigiosità.

Dalla consultazione indetta dall'ANAC sul tema, oltre a quelle relative al “contenzioso anticipato” sono emerse anche altre riflessioni. È stato proposto, ad esempio, di circoscrivere l'incidenza del contenzioso solamente alle sentenze passate in giudicato o divenute inoppugnabili<sup>352</sup>. È stato, inoltre, criticato il richiamo al contenzioso in sede di partecipazione alle procedure di gara, e cioè nella fase dell'ammissione: per come è costruito, infatti, sul *rating* dovrebbero incidere soltanto gli elementi attinenti al comportamento dell'impresa durante l'esecuzione dei contratti pubblici e non anche durante il procedimento di qualificazione<sup>353</sup>. È stata ritenuta inaccettabile, poi, la previsione di penalità rispetto ai contenziosi che si concludono «con una declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva e/o carenza di interesse»: l'apprezzamento di questa fattispecie, in effetti, necessita di «valutazioni talmente complesse da un punto di vista giuridico da non poter essere elevata ad indice negativo di valutazione dell'impresa»<sup>354</sup>. Anche qualora la si introducesse, la carenza di

---

*processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 2016, 2, pp. 659-669.

<sup>350</sup> *Ivi*, p. 541. Su questo tema si veda anche G. Greco, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 3-4, pp. 971-985.

<sup>351</sup> Contributo di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili), *op. cit.*, p. 32.

<sup>352</sup> Cfr. Contributo di ACI (Alleanza Cooperative Italiane) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 15.

<sup>353</sup> Cfr. Contributo di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili), *op. cit.*, p. 32.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

interesse rilevante ai fini del *rating* non dovrebbe essere quella sopravvenuta: difatti, l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione relativi agli altri contraenti «presuppone che il ricorso venga presentato senza ancora sapere la posizione in graduatoria dell'impresa di cui si contesta l'ammissione, esponendo il ricorrente al rischio di sopravvenuta carenza di interesse una volta conosciuta la graduatoria definitiva»<sup>355</sup>. Inoltre, coerentemente con la nuova versione dell'art. 83, comma 10, che prende in considerazione anche gli «esiti» e non solo l'«incidenza» del contenzioso, è stato suggerito di «stabilire una soglia, ad esempio in termini di percentuale sul totale del contenzioso, al di sotto della quale gli eventuali esiti negativi [...] non siano considerati significativi ai fini della valorizzazione del *rating* di impresa»<sup>356</sup>.

In definitiva, è rimesso all'ANAC il compito di individuare una serie di criteri relativi all'incidenza e all'esito del contenzioso, in grado di cogliere, sanzionandolo, il comportamento delle imprese che ricorrono alle tutele giurisdizionali in modo opportunistico. Tali parametri, ad esempio, dovranno prevedere penalità maggiori in relazione alle ipotesi di abuso del processo o di condanna per lite temeraria rispetto a quelle connesse a semplici soccombenze nel merito del procedimento<sup>357</sup>. Il sistema, dunque, dovrà essere capace di scorporare dal grado complessivo di litigiosità di un operatore economico tutte quelle azioni giudiziali che, pur non essendo state accolte, sono legittime. Detto altrimenti, il *rating* di impresa non dovrà riflettere quante cause un'impresa ha perso, ma quante ne ha attivate in maniera meramente pretestuosa, compromettendo l'efficiente realizzazione delle prestazioni senza poter essere sanzionata giuridicamente: la litigiosità giudiziaria, infatti, è un elemento difficilmente disciplinabile in un contratto, e quindi privo di un efficace deterrente. Se ben implementato, quindi, il *rating* di impresa rappresenta un valido strumento per far emergere la “qualità non contrattabile” posseduta dalle imprese che non approfittano delle tutele giurisdizionali per incrementare i propri profitti a discapito dell'efficienza dei processi di *public procurement*.

---

<sup>355</sup> Contributo di Fastweb in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 80.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> Cfr. V.C. Renna, *op. ult. cit.*, p. 11.

## 5.6. I criteri soppressi dal correttivo

Fin qui si è fatto riferimento agli indici reputazionali considerati dalla nuova versione dell'art. 83, comma 10, ossia quella successiva all'entrata in vigore del d.lgs. 56/2017, avvenuta il 20 maggio 2017. In precedenza la disciplina degli indici reputazionali era parzialmente differente. Si è detto, ad esempio, che non includeva il mancato utilizzo del soccorso istruttorio. Al suo posto, il Codice elencava una serie di criteri che poi sono stati soppressi: tra questi, la capacità strutturale, la regolarità contributiva e il *rating* di legalità. Prima di concludere la rassegna sui criteri reputazionali, quindi, conviene analizzare sinteticamente ciascuno di essi, per mettere in luce le ragioni alla base della loro eliminazione.

Per quanto riguarda la capacità strutturale occorre fare alcune premesse. Tale parametro, infatti, se inteso come «capacità tecnica e professionale», o come «efficiente struttura organizzativa di un'impresa», avrebbe potuto sovrapporsi a quanto accertato dai requisiti speciali di ammissione: nell'ambito degli appalti di lavori, ad esempio, rappresenta un elemento già considerato per il rilascio della qualificazione SOA<sup>358</sup>. Di conseguenza, l'ANAC aveva proposto di considerare a questo fine esclusivamente «indicatori diversi da quelli già utilizzati per la qualificazione, che pur espressivi della capacità strutturale abbiano un riflesso sulla capacità di *performance* e di affidabilità dell'impresa»<sup>359</sup>. Era stato quindi consigliato di tenere conto di aspetti come il livello di soddisfazione dei lavoratori dipendenti, il grado di fiducia acquisito dall'impresa rispetto alle organizzazioni di categoria, l'informatizzazione dei canali di comunicazione o la formazione continua del personale<sup>360</sup>; oppure di valorizzare gli indici di liquidità, di solidità patrimoniale, di produttività e di redditività, e di introdurre un indicatore relativo al possesso di certificazioni come quelle relative alla serie ISO 9000<sup>361</sup>. È stato evidenziato, d'altronde, come le certificazioni di qualità sarebbero rientrate certamente nel computo della capacità strutturale, visto che, a

---

<sup>358</sup> Cfr. *supra*, secondo paragrafo del primo capitolo.

<sup>359</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 5.

<sup>360</sup> Cfr. Contributo di Agenzia del demanio, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>361</sup> Cfr. Contributo di CONSIP in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, pp. 11 e ss.

differenza dei requisiti speciali dettati dall'art. 83, queste riflettono «non il dato statico di ciò che dall'impresa è stato fatto o la quantità di mezzi da essa messi a disposizione, bensì l'aspetto dinamico e qualitativo del modo in cui l'impresa svolge la propria attività secondo i principi della cd. "qualità totale" o "sistema di qualità"»<sup>362</sup>.

Un altro problema significativo rispetto a questo tipo di indicatore attiene alla tutela delle piccole e medie imprese: l'introduzione di questi parametri, infatti, sarebbe potuta entrare in conflitto con l'obiettivo di fondo del Codice di incoraggiarne la crescita. In questo senso, era stato suggerito l'inserimento di indici di capacità strutturale proporzionali alla tipologia ed alla dimensione delle imprese, oppure di premialità per gli operatori economici aventi requisiti SOA eccedenti rispetto alla propria grandezza<sup>363</sup>. Con il medesimo fine, era stata avanzata l'ipotesi di registrare le variazioni dimensionali dell'impresa in un dato periodo, misurando, ad esempio, l'incremento di fatturato o l'aumento di investimenti: indicatori del genere, infatti, non sarebbero stati legati alla grandezza dell'impresa, ma avrebbero dipeso esclusivamente dalle sue variazioni<sup>364</sup>. Analogamente, era stato proposto di «tenere in debita considerazione ai fini della individuazione e definizione degli indici espressivi della capacità strutturale delle imprese le notevoli differenze che si registrano tra imprese appartenenti a settori diversi di attività»<sup>365</sup>: in effetti, un parametro quale l'incidenza del costo del personale sul fatturato avrebbe dovuto incidere in modo differente su un'impresa impegnata, ad esempio, nei servizi di gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare pubblico rispetto ad una dedita ad attività di progettazione.

Nonostante queste indicazioni, il Governo ha preferito eliminare alla radice il problema, sopprimendo il riferimento alla «capacità strutturale» nell'art. 83, comma 10. Si tratta, evidentemente, della soluzione migliore per tutelare la natura specifica del *rating* di impresa, ossia quella di strumento volto a mettere

---

<sup>362</sup> V.C. Renna, *op. ult. cit.*, p. 9.

<sup>363</sup> Cfr. Contributo di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili), *op. cit.*, p. 30.

<sup>364</sup> Cfr. Contributo di AISCAT (Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 20.

<sup>365</sup> Cfr. Contributo di ANIP (Associazione Nazionale Imprenditoriale – Confindustria), *op. cit.*, p. 37.

in connessione la fase di esecuzione dei contratti pubblici con la loro aggiudicazione. In effetti la capacità strutturale, pur costituendo un fattore rilevante ai fini dell'efficiente realizzazione delle *performance*, non riflette in senso stretto la reputazione degli operatori economici: non rappresenta, infatti, un indicatore capace di valorizzare la buona riuscita delle precedenti interazioni con la pubblica amministrazione.

Considerazioni dello stesso tenore possono valere per il requisito relativo agli obblighi contributivi. Ai sensi della prima versione dell'art. 83, comma 10, i requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa tenevano conto anche «della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti». L'ANAC, quindi, aveva chiarito che avrebbe influito negativamente sul *rating* qualunque irregolarità contributiva, «seppur non grave né definitivamente accertata»<sup>366</sup>. Sia riguardo la gravità che rispetto all'accertamento definitivo, tuttavia, sono state formulate osservazioni critiche. Sul primo punto è stata messa in luce la necessità di considerare l'entità delle violazioni degli obblighi contributivi che influiscono sul *rating*; l'inclusione delle irregolarità lievi nel computo del punteggio, infatti, era «eccessiva e non indicativa per la valutazione dell'impresa, potendo consistere in comportamenti trascurabili ovvero immediatamente sanabili dalla stessa»<sup>367</sup>. Inoltre, alla luce del diffuso fenomeno dei ritardi nei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, si riteneva ingiusto sanzionare il mancato versamento dovuto alla «mancata riscossione di somme dovute dalla committenza pubblica»<sup>368</sup>. Il riferimento alle irregolarità non definitivamente accertate, invece, oltre ad essere discutibile sul piano dell'efficacia come requisito reputazionale, entrava in contrasto con quanto stabilito dall'art. 83, comma 10, secondo cui il *rating* di impresa è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di «accertamenti definitivi». Il richiamo all'irregolarità contributiva, dunque, prevedendo una penalizzazione per fatti presunti e non definitivamente accertati, era «contraria ai

---

<sup>366</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 7.

<sup>367</sup> Contributo di AISCAT (Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori), *op. cit.*, p. 22.

<sup>368</sup> Contributo di CNA (Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della piccola e media impresa) in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 51.

principi di legalità e di razionalità»<sup>369</sup>. Il legislatore delegato, pertanto, ha preferito espungerla dalla disciplina del *rating* di impresa.

### *5.7. Il rating di legalità come componente del rating di impresa: ambiguità e prospettive*

Come quelli relativi alla capacità strutturale ed alla regolarità contributiva, anche il richiamo al *rating* di legalità non è sopravvissuto all'emanazione del decreto correttivo. La prima versione del Codice, in ossequio a quanto previsto dalla legge delega, stabiliva che i requisiti reputazionali avrebbero considerato anche il *rating* di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'AGCM. Secondo l'art. 1, comma 1, lett. *uu*), della l. 11/2016, infatti, il Governo, nel disciplinare il sistema reputazionale, avrebbe dovuto assicurare «gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di *rating* di legalità». Quest'ultimo, quindi, era stato immaginato dal Codice come un criterio di attribuzione del *rating* di impresa: tale previsione, d'altronde, era confermata dall'art. 213, comma 7, del d.lgs. 50/2016, secondo cui il *rating* di legalità condiziona il *rating* di impresa. Queste previsioni, pur giocando un ruolo fondamentale per la tenuta dell'intero sistema reputazionale, non sono state approfondite dall'ANAC nel documento di consultazione, che si limitava a segnalare soltanto la criticità, più volte citata, attinente al limitato campo di applicazione soggettivo del *rating* di legalità. Sul punto nemmeno gli *stakeholder* consultati hanno dimostrato particolare interesse: i loro contributi, infatti, hanno considerato più che altro il problema delle piccole e medie imprese, escluse dal rilascio del *rating* di legalità a causa del requisito del fatturato minimo di due milioni di euro<sup>370</sup>. A riguardo, è stato suggerito di utilizzare il *rating* di legalità come criterio premiale per

---

<sup>369</sup> *Ibidem*.

<sup>370</sup> Le uniche osservazioni riguardo l'incidenza del *rating* di legalità sul *rating* di impresa sono state formulate nel contributo di CPL Concordia società cooperativa in Osservazioni inviate all'ANAC, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, pp. 72 e ss., secondo cui «sarebbe opportuno evitare che elementi capaci di influire negativamente sul *rating* di legalità si traducessero automaticamente in fatti penalizzanti per il *rating* di impresa».

l'attribuzione del *rating* di impresa «solo per quegli appalti a cui le imprese più piccole non sono strutturalmente in grado di accedere»<sup>371</sup>.

Il punto critico dell'applicazione del *rating* di legalità quale requisito reputazionale ai fini del *rating* di impresa è, però, un altro. Innanzitutto, occorre ribadire che il *rating* di legalità in quanto tale comporta una serie di vantaggi nel sistema della contrattualistica pubblica: detto altrimenti, svolge una funzione premiale indipendente dal suo richiamo nella disciplina del *rating* di impresa. Ai sensi dell'art. 95, comma 13, infatti, incide direttamente sull'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella prima versione del Codice, quindi, il *rating* di impresa condizionava la qualificazione degli offerenti, mentre il *rating* di legalità influiva sia sull'aggiudicazione, in modo diretto ai sensi dell'art. 95, comma 13, che sulla qualificazione, in modo indiretto, essendo richiamato quale parametro di attribuzione del *rating* di impresa dall'art. 83, comma 10.

Questa soluzione, pur recependo correttamente le indicazioni dettate dalla legge delega, generava un problema di sovrapposizione. I requisiti rilevanti ai fini del *rating* di legalità, infatti, venivano valorizzati dal sistema in almeno due momenti differenti: quello dell'ammissione alle gare e quello di valutazione delle offerte. Tra questi requisiti, poi, ve ne sono alcuni che sarebbero stati considerati tre volte: l'adesione ai protocolli di legalità, ad esempio, costituisce di per sé una condizione necessaria per poter accedere a determinate gare d'appalto; in secondo luogo, essendo anche un criterio per l'aumento di punteggio del *rating* di legalità, avrebbe condizionato pure la fase di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95, comma 13; in terzo luogo, dato che il *rating* di legalità era annoverato tra i criteri reputazionali alla base del *rating* di impresa, l'elemento in questione avrebbe inciso per una seconda volta sull'ammissione. In tutto, quindi, lo stesso requisito, e cioè l'adesione ai protocolli di legalità, sarebbe stato computato dal sistema tre volte: due nella fase di ammissione ed una nella fase di aggiudicazione. Un discorso analogo si può fare rispetto all'iscrizione alle *white list*.

Il decreto correttivo, eliminando dall'art. 83 comma 10 il richiamo al *rating* di legalità, ha risolto gran parte di questi problemi. Alla luce delle modifiche entrate in vigore il 20 maggio 2017, quindi, entrambi i *rating* incidono

---

<sup>371</sup> Contributo di CNA (Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della piccola e media impresa), *op. cit.*, pp. 50-51.

sull'aggiudicazione ma sono indipendenti l'uno dall'altro. In questo modo la disciplina del *rating* di impresa è sicuramente più coerente con le sue finalità, essendo tale strumento preordinato a «valutare, promuovere e valorizzare la *performance* contrattuale degli operatori economici e la correttezza in fase di esecuzione, prevenendo così il rischio di cattiva esecuzione, con l'effetto di un tendenziale innalzamento della qualità e dell'efficienza del mercato dei contratti pubblici»<sup>372</sup>. In altri termini, essendo il *rating* di legalità un istituto volto a promuovere ed a tutelare la legalità, e non finalizzato ad efficientare il sistema del *public procurement*, deve essere considerata positivamente la modifica introdotta con il correttivo. Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha sostenuto che l'eliminazione del riferimento al *rating* di legalità dalla disciplina del *rating* di impresa potrebbe generare questioni di eccesso e violazione della delega: il nuovo comma 10 dell'art. 83, infatti, non garantisce più quegli «opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di *rating* di legalità» assicurati dalla versione precedente; è stato suggerito, quindi, di «attivare iniziative per correggere quanto prima la legge delega, ovvero per correggere la disciplina codicistica del *rating* mediante legge del Parlamento»<sup>373</sup>. In linea con quanto detto sopra, la soluzione migliore sarebbe quella di modificare la l. 11/2016, eliminando la parte in cui richiede un coordinamento tra la disciplina del *rating* di legalità e quella del *rating* di impresa.

A ben vedere, però, per far quadrare il sistema del *rating* la correzione della legge delega non sarebbe sufficiente. Comparando la normativa previgente al correttivo con quella attuale, infatti, emerge una previsione profondamente incoerente. Nel riscrivere completamente la disciplina del *rating* di impresa, il d.lgs. 52/2017 ha “dimenticato” di mettere mano all'art. 213, comma 7, del d.lgs. 50/2016: il legislatore delegato, in effetti, da una parte, e precisamente nell'art. 83, comma 10, ha eliminato la disposizione secondo cui i requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa tengono conto del *rating* di legalità; dall'altra, e cioè nell'art. 213, comma 7, ha mantenuto la previsione per la quale «il *rating* di legalità concorre anche alla determinazione del *rating* di impresa di cui all'articolo 83, comma 10». *De iure condendo*, sarebbe auspicabile un intervento

---

<sup>372</sup> ANAC, Atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017, recante la *Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, p. 4.

<sup>373</sup> Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere del 30 marzo 2017, n. 782.

legislativo puntuale per risolvere questa ambiguità, in modo tale da confermare la direzione intrapresa con l'adozione del decreto correttivo, animata dall'intento di tenere chiaramente distinto il *rating* di impresa, orientato verso l'efficienza, dal *rating* elaborato dall'Antitrust, rivolto esclusivamente alla tutela della legalità.

## 6. Il funzionamento del sistema

### 6.1. L'algoritmo di calcolo

Per poter mettere in pratica il *rating* di impresa l'ANAC non dovrà solamente definire gli indici reputazionali, ma anche individuare l'algoritmo di calcolo, ossia il «sistema di punteggi nel quale far confluire il *rating* di impresa»<sup>374</sup>. Si tratta, in altre parole, della formula matematica mediante la quale i singoli indici reputazionali vengono aggregati per essere poi utilizzati nella fase di qualificazione o in quella di aggiudicazione. Detto altrimenti, l'algoritmo di calcolo rappresenta il meccanismo che trasforma dei semplici dati sulle prestazioni eseguite dalle imprese in criteri utilizzabili per individuare il contraente delle gare future.

Sul punto si è espressa l'ANAC, che ha ipotizzato «l'attribuzione di un unico punteggio finale che sintetizzi in un dato numerico tutte le informazioni che lo compongono»<sup>375</sup>. In effetti, si tratta del compromesso migliore tra analiticità dei dati ed utilizzabilità dello strumento in questione. È stato sottolineato, però, come la sua adozione comporti «l'impossibilità di comparare in modo oggettivo tutte le imprese»<sup>376</sup>: non di rado, infatti, i valori degli indicatori dipendono più dalla tipologia di appalto da aggiudicare che dalle *performance* dei singoli operatori economici. Occorre quindi considerare che il *rating* dovrà essere utilizzato in «situazioni estremamente eterogenee in termini di caratteristiche delle stazioni appaltanti, mercato di riferimento, dimensioni e caratteristiche dell'oggetto di

---

<sup>374</sup> V.C. Renna, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>375</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 3.

<sup>376</sup> Contributo di CONSIP, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

affidamento»<sup>377</sup>. A tal fine, è stato proposto di istituire un'apposita banca dati in cui le informazioni costitutive del *rating* possano essere scomposte sulla base di vari elementi come, ad esempio, l'oggetto contrattuale o la natura e le dimensioni dell'impresa<sup>378</sup>.

Per costruire l'indice unico, inoltre, si possono intraprendere due strade alternative. Si può procedere, infatti, all'elaborazione di una somma ponderata dei diversi requisiti reputazionali, oppure si può delineare un «meccanismo tipo “patente a punti”, per cui da un punteggio massimo si sottraggono i punti legati ai singoli elementi oggetto di valutazione negativa»<sup>379</sup>. In questo quadro, l'Autorità si è espressa favorevolmente rispetto alla prima ipotesi: tale presa di posizione è dovuta alla necessità da un lato di tutelare il principio di non discriminazione delle imprese estere, dall'altro di non penalizzare le imprese italiane nuove entranti. L'Autorità, dunque, ha proposto di costruire il *rating* mediante la somma ponderata dei suoi elementi costitutivi, ed ha specificato, poi, che da questa operazione scaturirà il punteggio di *rating* assegnato a ciascuna impresa, che potrà variare tra zero e cento<sup>380</sup>. Nel compiere questa operazione sarà opportuno definire il metodo mediante il quale attribuire un “peso” a ciascun indicatore: potranno essere utilizzati, ad esempio, sistemi “on/off”, in cui l'unico elemento discriminante è il possesso o meno del requisito, oppure sistemi tabellari, che, riconoscendo anche “valori discreti”, calibrano il punteggio in funzione della diversa intensità di possesso del requisito<sup>381</sup>. Quale che sia l'alternativa su cui ricadrà la scelta dell'ANAC, è opportuno che questa riesca a bilanciare le contrapposte esigenze di fedele rappresentatività e di immediata utilizzabilità dell'indice.

L'opinione esplicitata dall'Autorità in merito al sistema della somma ponderata non ha trovato consenso unanime nella platea degli *stakeholder* consultati. Alcuni, infatti, si sono espressi a favore del meccanismo della cosiddetta “patente a punti”, reputandolo di più semplice e intuitiva comprensione. Secondo questo metodo, all'avvio del sistema tutti gli operatori

---

<sup>377</sup> *Ibidem.*

<sup>378</sup> *Ibidem.*

<sup>379</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 3.

<sup>380</sup> *Ibidem.*

<sup>381</sup> Cfr. Contributo di CONSIP, *op. cit.*, pp. 7 e ss.

economici partirebbero con un punteggio uguale, che sarebbe decurtato al verificarsi di comportamenti negativi<sup>382</sup>. La stessa Autorità, tra l'altro, ha aperto a questa ipotesi, riconoscendo anche la possibilità di riassegnare i punti persi attraverso il trascorrere di un determinato periodo di tempo senza che l'operatore economico in questione subisca ulteriori penalità, oppure «per effetto di comportamenti virtuosi definiti nel sistema delle premialità»<sup>383</sup>. Il tema del cosiddetto “ravvedimento operoso”, d'altronde, è di particolare importanza nell'elaborazione di qualunque sistema reputazionale: il *rating*, rappresentando uno strumento connotato da inevitabili accenti sanzionatori, deve al contempo premiare i soggetti che, “appresa la lezione”, abbiano intrapreso percorsi di riabilitazione. Il sistema del *rating*, pertanto, non dovrebbe essere ispirato da «una logica di pura penalità, costruita su elementi formali negativi capaci di determinare l'esclusione dal mercato», ma da «una diversa articolazione del rapporto tra elementi negativi costituiti dalle penalità formalmente rilevabili dal curriculum ed elementi positivi costituiti dal percorso virtuoso compiuto o intrapreso»<sup>384</sup>. Detto altrimenti, per assolvere efficacemente alle sue finalità, il *rating* di impresa non dovrebbe generare soltanto un effetto incapacitante ma anche un effetto riabilitante.

La scelta dell'algoritmo di calcolo, inoltre, incide in modo significativo sulla problematica gestione dei “nuovi entranti”. A riguardo, occorre innanzitutto premettere che, per poter essere utilizzato, il *rating* deve essere statisticamente significativo: non può essere quindi attribuito sulla base di un numero di prestazioni inferiore ad una soglia minima stabilita. Questo per evitare che il *rating*, essendo basato su pochi eventi, risulti anormalmente alto o basso<sup>385</sup>. Il problema relativo alla gestione degli operatori economici nuovi, dunque, deriva dalla necessità di calibrare il *rating* su un numero significativo di gare. In questo senso, il sistema dovrebbe scongiurare sia che tali operatori siano favoriti, per non aver ancora subito penalizzazioni, sia che vengano sfavoriti, per non aver ancora acquisito premialità<sup>386</sup>. È evidente che la prospettiva del problema in

---

<sup>382</sup> Cfr. Contributo di Contributo di Anisgea (Associazione Nazionale Imprese per i Servizi Gas Energia Acqua), *op. cit.*, pp. 39 e ss.

<sup>383</sup> *Ibidem*.

<sup>384</sup> Contributo di CPL Concordia società cooperativa, *op. cit.*, p. 75.

<sup>385</sup> Cfr. Contributo di *Fastweb*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>386</sup> Cfr. Contributo di Consip, *op. cit.*, p. 9.

parola dipende dal tipo di algoritmo che si adotterà: in particolare, se la scelta ricadrà sul modello della “patente a punti”, i soggetti “nuovi entranti” beneficeranno, senza specifici meriti, del punteggio massimo; se, invece, l’ANAC opererà per il sistema della media ponderata, occorrerà limitare l’incidenza dei primi giudizi per evitare che abbiano un peso statisticamente non significativo.

L’elemento temporale non rileva solamente riguardo alla gestione dei nuovi entranti, ma anche rispetto al problema dell’aggiornamento. In effetti, essendo per sua costituzione un elemento dinamico, il *rating* richiede un sistema di aggiornamento in grado di riflettere efficacemente l’affidabilità degli operatori economici al momento in cui deve essere utilizzato. Anche per questo aspetto, il *trade off* principale contrappone la fedeltà della rappresentazione dall’indice alla semplicità della sua rilevazione: un aggiornamento continuo, infatti, garantirebbe «una maggiore corrispondenza tra *rating* di impresa e criteri reputazionali, idonea a permettere una migliore capacità rappresentativa dell’affidabilità e serietà dell’impresa»<sup>387</sup>, ma, dal punto di vista operativo, comporterebbe una maggiore quantità di lavoro a carico dell’Autorità. Bisogna considerare, inoltre, l’ipotesi in cui ad essere inserita nel sistema sia un’informazione scorretta: prevedendo un aggiornamento continuo, il dato sarebbe subito caricato nel sistema, e quindi inciderebbe immediatamente sul *rating*; con un aggiornamento periodico, invece, tra il momento in cui viene accertato il dato e quello in cui quest’ultimo inizia ad essere computato ai fini del *rating* trascorre un lasso di tempo in cui ci si può accorgere dell’errore e quindi correggerlo. In sostanza, optando per un aggiornamento periodico si riduce il rischio che l’inserimento di un’informazione sbagliata dispieghi effetti negativi sulla reputazione dell’operatore economico<sup>388</sup>.

Ciononostante, la maggior parte degli *stakeholder* ha espresso giudizi migliori sul sistema di aggiornamento continuo, sottolineando come questo sia indispensabile per «assicurare la veridicità della valutazione sottostante il *rating* e la parità di trattamento tra le imprese, garantendo che la situazione “fotografata” dal *rating* sia quella vera ed effettiva al momento di partecipazione ad una gara»<sup>389</sup>. A tal fine è stato suggerito di «consentire, su istanza della parte e a

---

<sup>387</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, pp. 10 e ss.

<sup>388</sup> *Ibidem*.

<sup>389</sup> Contributo di ACI (Alleanza Cooperative Italiane), *op. cit.*, p. 20.

fronte di un cambiamento significativo dello *status* dell'impresa, un adeguamento del proprio *rating*»<sup>390</sup>. A ben vedere, un sistema del genere non rappresenterebbe tanto un aggiornamento continuo quanto un aggiornamento “misto”: potrebbe prevedersi, infatti, un sistema che in linea generale è aggiornato a scadenze periodiche, salvo riconoscere la possibilità di un aggiornamento immediato su richiesta dell'impresa interessata<sup>391</sup>. In questo modo, si concilierebbero le esigenze dell'Autorità, che sarebbe sollevata dall'onere di monitorare costantemente le variazioni degli indici reputazionali, con quelle degli operatori economici, che potrebbero beneficiare delle premialità connesse al *rating* in ogni gara d'appalto, senza che i loro effetti debbano attendere l'aggiornamento del sistema per potersi dispiegare.

## 6.2. La gestione del sistema

La messa in atto del sistema fin qui delineato è rimessa dal Codice alla competenza dell'ANAC. Ai sensi dell'art. 83, comma 10, infatti, il *rating* è «istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione». Rispetto a questo argomento rilevano soprattutto tre aspetti: il reperimento e l'elaborazione dei dati, il procedimento preordinato alla definizione del *rating* e la previsione di un eventuale periodo di sperimentazione. Quanto al primo, il documento posto in consultazione dall'ANAC afferma che i dati relativi ad alcuni indici reputazionali sono già nella disponibilità dell'Autorità o sono comunque di immediata reperibilità attraverso l'interconnessione con altre banche dati quali il casellario informatico o il *rating* di legalità. Per gli aspetti finora mai considerati, invece, sarà necessario istituire delle forme di monitoraggio: occorrerà sicuramente prevederne una per mettere a confronto i tempi ed i costi di esecuzione con quelli contrattualmente previsti o legittimamente prolungati, affinché si possano rilevare l'entità e l'incidenza dello sfioramento; per quanto attiene invece agli esiti del contenzioso, l'ANAC dovrà rilevare i casi di accertato abuso del processo o di lite temeraria<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> *Ibidem*.

<sup>391</sup> Cfr. Contributo di CONSIP, *op. cit.*, p. 14.

<sup>392</sup> Cfr. Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 9.

Sul punto gli *stakeholder* hanno evidenziato il rischio di sovraccaricare di lavoro le stazioni appaltanti. Per evitarlo, è auspicabile che l'insieme delle informazioni loro richieste sia «minimo, indispensabile e tale da non generare duplicazioni»; in questo senso, bisognerebbe istituire «un sistema che faciliti lo scambio delle informazioni e che sia in grado di interloquire con i sistemi o *database* depositari delle informazioni che le amministrazioni appaltanti sono tenute a comunicare»<sup>393</sup>. I dati, d'altronde, dovranno essere quanto più immediati possibile, «sia nei loro invii dalle stazioni appaltanti che per quanto riguarda la diffusione ai soggetti che ne dovranno prendere in carico il valore informativo per operare gli adeguamenti del *rating*»<sup>394</sup>.

Per elaborare i dati, poi, potrebbe essere utile replicare il sistema delineato dalla “Pagella dei Servizi”, implementato presso gli ospedali dell'Area vasta sud-est Toscana e dall'azienda ospedaliera di Terni, con il contributo scientifico delle università di Udine e di Siena. Si tratta di un sistema per la valutazione dei contratti di servizio di *Facility Management* ospedaliero, ideato per «verificare e controllare l'appropriatezza dei servizi acquistati in termini di prezzo e di qualità ricevuta»<sup>395</sup>. Attraverso di essa, infatti, è possibile «confrontare su scala regionale e nazionale le *performance* relative a contratti di servizi confrontabili; misurare l'andamento nel tempo del rapporto qualità/prezzo di ogni singolo contratto di servizi; rilevare il livello di competenza acquisito dalle imprese e quindi ottenere un *rating* di professionalità delle stesse»<sup>396</sup>. Il criterio principale è costituito dal rapporto tra il prezzo sostenuto per comprare un servizio e la qualità ottenuta: attraverso tale indice, infatti, è possibile comparare committenze differenti ed individuare le migliori pratiche del settore<sup>397</sup>.

Una volta reperiti ed elaborati i dati relativi alle prestazioni di ciascuna impresa, occorre procedere alla definizione del *rating*. A riguardo il documento di consultazione non dà indicazioni. È stata sollevata, però, l'esigenza di definire un procedimento amministrativo preordinato al rilascio del *rating*. È stata

---

<sup>393</sup> Contributo di CONSIP, *op. cit.*, p. 14.

<sup>394</sup> Contributo di UNIONSOA in Osservazioni inviate all'ANAC, Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese, invio dei contributi dal 10 giugno 2016 al 27 giugno 2016, p. 64.

<sup>395</sup> A.F. De Toni, A. Ferri, M. Montagner (a cura di), *La pagella dei servizi*, Fondazione Scuola Nazionale Servizi, 2012, p. 1, <http://www.scuolanazionalesestivi.it/publicazioni.asp>.

<sup>396</sup> *Ivi*, p. 7.

<sup>397</sup> *Ibidem*.

suggerita, ad esempio, l'istituzione di un percorso in cui dapprima l'ANAC assegna un *rating* preliminare, che trasmette al soggetto interessato insieme alla documentazione che ne è alla base. L'impresa, quindi, avrebbe a disposizione un ragionevole lasso di tempo per valutare la correttezza di quanto stabilito dall'Autorità ed inviare le proprie deduzioni, che quest'ultima potrebbe accogliere, modificando il *rating* preliminare, o rigettare, confermandolo. A questo punto, l'operatore economico avrebbe diritto ad una pubblica audizione per poter esprimere il proprio dissenso. Qualora il disaccordo persistesse, poi, l'impresa dovrebbe avere la possibilità di presentare ricorso al giudice amministrativo<sup>398</sup>. Indipendentemente da quale sarà il tipo di percorso di attribuzione del *rating* disciplinato dalle linee guida, emerge chiaramente l'esigenza di "procedimentalizzare" gli adempimenti a carico dell'ANAC in modo tale da tutelare le imprese «contro l'attribuzione di valori del *rating* derivanti da valutazioni errate o sproporzionate dell'Autorità che, anche in considerazione della quantità di dati che dovranno essere elaborati, non possono essere escluse»<sup>399</sup>. Tali tutele, tra l'altro, non devono essere identificate esclusivamente con quelle di tipo giurisdizionale, ma devono includere anche quelle relative alla "partecipazione procedimentale". È auspicabile, infatti, che «l'attribuzione del *rating* sia preceduta da una fase di contraddittorio con l'impresa interessata previo accesso a tutta la documentazione utilizzata per l'attribuzione del punteggio e le sue fonti»<sup>400</sup>.

L'ultima criticità di tipo "gestionale" del sistema del *rating* di impresa attiene all'avvio del suo funzionamento. In particolare, ci si è chiesti se, ai fini del computo del *rating*, l'ANAC possa tenere conto delle informazioni acquisite nel periodo precedente alla sua entrata in vigore. Il documento di consultazione, evidenziando che «i dati raccolti già in possesso dell'Autorità sono stati acquisiti con finalità, fino ad oggi, diverse»<sup>401</sup>, ritiene necessario l'avvio di un periodo sperimentale nell'impiego del *rating*. In particolare, chiamando in causa le SOA, ne suggerisce una prima applicazione soltanto nell'ambito dei lavori di importo

---

<sup>398</sup> Cfr. Contributo di *Fastweb*, *op. cit.*, pp. 78 e ss.

<sup>399</sup> Contributo di Trivella s.r.l., *op. cit.*, p. 99.

<sup>400</sup> Contributo di *Fastweb*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>401</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 12.

superiore a 150.000 euro<sup>402</sup>. Il punto è stato approfondito dagli *stakeholder*, che hanno proposto un'implementazione in via sperimentale suddivisa in tre momenti: una sperimentazione su “base storica”, che prenda in considerazione gli effetti del rilascio del *rating* di impresa a distanza di circa due mesi; una sperimentazione “parallela”, che confronti le imprese alle quali è stato rilasciato con quelle che ne sono prive; e una sperimentazione “in linea”, in cui il *rating* possa essere applicato a tutte le attestazioni in corso di rilascio<sup>403</sup>. Bisogna sottolineare, però, che queste ipotesi sono state formulate in un momento precedente all'entrata in vigore del decreto correttivo. Dato che quest'ultimo ha cambiato il sistema del *rating*, convertendone il rilascio da obbligatorio a facoltativo, il percorso sperimentale sopra descritto è divenuto inutilizzabile: in effetti il correttivo, avendo subordinato l'assegnazione del *rating* ad una richiesta volontaria del destinatario, ha escluso che questo possa accompagnare automaticamente il rilascio dell'attestazione SOA.

### 6.3. *Gli effetti del rating di impresa*

Il tema della volontarietà della richiesta del *rating* è strettamente legato con gli effetti generati da tale istituto. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 56/2017, infatti, secondo l'art. 83, comma 10, il *rating* era «da applicarsi ai soli fini della qualificazione». Di conseguenza, si è detto, il suo rilascio era obbligatorio. Con l'avvento del decreto correttivo, invece, è stato rimosso il riferimento alla «qualificazione» dall'art. 83, comma 10, mentre è stato inserito il richiamo al *rating* di impresa nell'art. 95, comma 13, in relazione ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Coerentemente, quindi, ne è stata eliminata anche l'obbligatorietà: in effetti, non avrebbe senso prevedere come obbligatorio uno strumento dotato di effetti soltanto premiali. A partire dal 20 maggio 2017, pertanto, il *rating* di impresa rappresenta uno strumento volontario che incide sulla fase di aggiudicazione delle gare pubbliche, e non più su quella relativa alla qualificazione.

In dottrina, infatti, è stato messo in luce come la scelta più importante nell'introduzione e nella definizione del *rating* di impresa riguardi il suo ambito

---

<sup>402</sup> *Ibidem*.

<sup>403</sup> Cfr. Contributo di UNIONSOA, *op. cit.*, p. 68.

di applicazione, da ricondurre alla fase di qualificazione o a quella di aggiudicazione<sup>404</sup>. La prima versione del Codice optava esplicitamente per la prima ipotesi, senza tuttavia specificare altro. Sul punto, quindi, si era acceso un dibattito iniziato con la pubblicazione del documento di consultazione da parte dell'ANAC, secondo cui l'art. 83, comma 10, rendeva possibili due sviluppi differenti, entrambi legati alla fase dell'ammissione. Innanzitutto, le premialità derivanti dal *rating* avrebbero potuto comportare «un effetto premiante sui requisiti posseduti dall'impresa ai fini dell'accesso alla gara»<sup>405</sup>, mentre quelli negativi gliel'avrebbero precluso. Nell'ambito degli appalti di lavori, quindi, un *rating* positivo avrebbe dovuto funzionare analogamente all'incremento convenzionale premiante disciplinato dall'art. 80 del d.P.R. 207/2010<sup>406</sup>, mentre nell'ambito degli appalti di servizi e di forniture si sarebbe potuto istaurare «un sistema di compensazione attraverso il *rating*, superiore ad una certa soglia, in ordine alla carenza di requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari stabiliti nel bando per l'accesso alla gara»<sup>407</sup>. In questo modo il *rating* non avrebbe rappresentato una condizione di accesso alla qualificazione ma un indice moltiplicatore dei requisiti posseduti<sup>408</sup>. Contro questa proposta, tuttavia, è stata

---

<sup>404</sup> Cfr. G. Gaito, *op. ult. cit.*, pp. 13 e ss.

<sup>405</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 11.

<sup>406</sup> Ai sensi dell'art. 80 del d.P.R. 207/2010, che rimarrà in vigore fino alla riforma del sistema di qualificazione di lavori, «qualora l'impresa, oltre al possesso del sistema di qualità di cui all'articolo 59, presenti almeno tre dei seguenti requisiti ed indici economico finanziari: *a*) patrimonio netto, costituito dal totale della lettera A del passivo dello stato patrimoniale di cui all'articolo 2424 del codice civile dell'ultimo bilancio approvato, pari o superiore al cinque per cento della cifra di affari media annuale richiesta ai fini di cui all'articolo 79, comma 2, lettera *b*); *b*) indice di liquidità, costituito dal rapporto tra la somma delle liquidità e dei crediti correnti e la somma dei debiti correnti dell'ultimo bilancio approvato, pari o superiore a 0,5; le liquidità comprendono le rimanenze per lavori in corso alla fine dell'esercizio; *c*) indice di economicità, costituito dalla differenza tra il valore ed i costi della produzione di cui all'articolo 2425 del codice civile, di valore positivo in almeno due esercizi tra gli ultimi tre; *d*) requisiti di cui all'articolo 79, comma 1, lettere *c*) e *d*), di valore non inferiori ai minimi stabiliti al medesimo articolo, commi 8 e 10; ottiene l'incremento figurativo, in base alla percentuale determinata secondo quanto previsto dall'allegato D, dei valori degli importi di cui all'articolo 79, comma 2, lettera *b*), e comma 5, lettere *b*) e *c*). Gli importi così figurativamente rideterminati valgono per la dimostrazione dei requisiti dei suddetti commi dell'articolo 79».

<sup>407</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 11.

<sup>408</sup> Cfr. Contributo di ANCE (Associazione nazionale costruttori edili), *op. cit.*, p. 34.

sottolineata la necessità di tenere distinti i requisiti speciali dal *rating* di impresa, in modo tale da evitare che un operatore economico possa utilizzare quest'ultimo per sopperire alla mancanza dei primi. In effetti, mentre i requisiti speciali «sono strettamente collegati all'oggetto e all'importo del singolo affidamento», il *rating* di impresa attiene «ad aspetti reputazionali di carattere generale dell'operatore»: permettendo la compensazione, quindi, si sarebbe potuto profilare «il rischio di affidare il contratto a operatori con buona reputazione, ma privi delle capacità necessarie a eseguire le specifiche prestazioni richieste dalla stazione appaltante»<sup>409</sup>. In alternativa, l'Autorità aveva suggerito di utilizzare il *rating* per selezionare i concorrenti da invitare alle procedure di gara: tale strumento, infatti, avrebbe potuto operare «come criterio di preferenza nella scelta dei soggetti cui rivolgere l'invito, soddisfatti gli altri criteri predeterminati in ordine alla scelta del numero ridotto di concorrenti»<sup>410</sup>. In questo senso, avrebbe costituito un elemento cardine nelle procedure ristrette, in quelle competitive con negoziazione, nel dialogo competitivo, nel partenariato per l'innovazione, nonché nell'«individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata»<sup>411</sup>.

La prospettiva è radicalmente cambiata con l'entrata in vigore del decreto correttivo. Il d.lgs. 56/2017, infatti, recependo le indicazioni dell'ANAC, ha cambiato l'ambito di applicazione del *rating* di impresa, riconducendolo alla fase di aggiudicazione delle offerte. Come anticipato nei precedenti paragrafi, per individuare gli effetti del *rating* nel quadro normativo vigente è necessario integrare le disposizioni dettate dall'art. 83, comma 10, con quanto previsto dall'art. 95, comma 13. Quest'ultima norma, infatti, stabilisce che «compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior *rating* di legalità e di impresa dell'offerente». Il *rating* di impresa, dunque, non incide più sulla fase di ammissione ma su quella di

---

<sup>409</sup> Cfr. Contributo di CONSIP, *op. cit.*, p. 15.

<sup>410</sup> Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, *Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, 10 giugno 2016, p. 11.

<sup>411</sup> *Ivi*, p. 12.

valutazione delle offerte, essendo previsto, nello specifico, come un criterio premiale in relazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

A ben vedere l'Autorità aveva evidenziato che sembrava «molto più coerente, sotto il profilo dell'esperienza, dare rilievo al *rating* di impresa e non a quello di legalità in sede di offerta economicamente più vantaggiosa»<sup>412</sup>, prospettando quindi la sostituzione del *rating* rilevato dall'Antitrust con quello elaborato dall'ANAC. Il decreto correttivo, invece, recependo le indicazioni sul tema del Consiglio di Stato, ha optato per un loro affiancamento. Al pari del *rating* di legalità, pertanto, a partire dal 20 maggio 2017 anche il *rating* di impresa esplica i propri effetti nella fase di aggiudicazione. Rimane da sciogliere, però, il problema riguardante il divieto di commistione tra i requisiti di ammissione, relativi agli offerenti, ed i criteri di aggiudicazione, inerenti alle offerte: finché non verrà definitivamente superato dalla giurisprudenza, infatti, rappresenterà il principale ostacolo giuridico alla piena applicazione del *rating* come criterio di aggiudicazione.

Le premialità connesse al *rating* di impresa non si esauriscono con quelle relative ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il decreto correttivo, infatti, adottando la linea suggerita da parte della dottrina, ha riconosciuto un altro vantaggio al possesso di questo strumento. Era stato proposto, infatti, di introdurre meccanismi che premino «le imprese sul terreno degli oneri che debbono sostenere per partecipare alle gare e poi eventualmente per eseguire il contratto, in ragione dell'indice reputazionale conseguito»<sup>413</sup>. Recependo queste indicazioni, il d.lgs. 56/2017 ha modificato l'art. 93, comma 7, del Codice, cosicché nei contratti di servizi e forniture anche per gli operatori economici in possesso del *rating* di impresa «l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento». Fino alla sua entrata in vigore, invece, tale beneficio era riconosciuto esclusivamente alle imprese in possesso del *rating* di legalità o di determinate certificazioni di qualità. D'altronde, dato che la prima versione del Codice delineava il *rating* di impresa come un istituto a carattere obbligatorio, non avrebbe avuto senso ricollegare al suo possesso tali premialità, poiché avrebbe significato riconoscerle a tutti gli operatori economici.

---

<sup>412</sup> ANAC, Atto di segnalazione n. 2 del 1° febbraio 2017, recante la *Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, p. 5.

<sup>413</sup> A. Zito, *op. cit.*, p. 4.

In effetti, a differenza degli effetti generati sulla fase di aggiudicazione, la cui entità è definita in funzione al punteggio del *rating*, quelli riguardanti la riduzione della garanzia dipendono esclusivamente dal suo possesso.

In sintesi, con l'entrata in vigore del decreto correttivo il *rating* di impresa ha assunto una funzione esclusivamente premiale. Il suo rilascio, infatti, implica soltanto effetti positivi, che incidono sulla fase della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 13, e sulla disciplina relativa alle garanzie per la partecipazione alla procedura di affidamento, secondo quanto stabilito dall'art. 93, comma 7.

## CONCLUSIONE

La valorizzazione del *rating* di legalità e l'istituzione del *rating* di impresa costituiscono senza ombra di dubbio due delle più rilevanti innovazioni introdotte dal Codice del 2016 nel mondo della contrattualistica pubblica. Rappresentano, infatti, gli effetti concreti della decisa presa di posizione da parte del legislatore comunitario prima e di quello nazionale poi sui temi del contrasto all'illegalità e dell'efficientamento del sistema degli appalti pubblici. Pur tenendo distinti i due obiettivi, la ricerca ha messo in luce come, non di rado, il raggiungimento dell'uno produca, più o meno direttamente, degli effetti positivi anche sull'altro. Ad ogni modo, l'elaborato ha evidenziato come il funzionamento del *rating* di legalità, e cioè di uno strumento nato per contrastare la criminalità e la corruzione attraverso metodi alternativi rispetto a quelli standard, sia stato replicato per perseguire l'efficienza dei processi di *public procurement*.

La prima conclusione a cui è giunta la ricerca, infatti, riguarda l'invasività dei tradizionali sistemi di prevenzione della criminalità rispetto al mercato degli appalti pubblici. In effetti, esaminando la documentazione antimafia quale requisito generale di ammissione alle gare alla luce della prassi e della giurisprudenza sviluppatasi sul tema, si è dedotto che un'impresa può essere esclusa da una procedura di affidamento non soltanto in presenza di provvedimenti giudiziari a carico, ma, per gli appalti di maggiori dimensioni, anche quando viene accertata dal prefetto la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il sistema, tra l'altro, viene ulteriormente complicato dalla

presenza delle cosiddette “informative atipiche”, ossia di provvedimenti che, pur essendo incapaci di per sé di escludere un operatore economico da una gara, generano tale effetto se integrati dalla volontà concorde della stazione appaltante. In questo senso è emerso anche che l’attività prefettizia, derogando a gran parte degli obblighi procedimentali ed essendo assoggettata esclusivamente ad un sindacato giurisdizionale estrinseco, comprime il principio di certezza del diritto ed il margine di tutela delle imprese oneste. D’altro canto, sottolineando la funzione preventiva e non sanzionatoria della normativa antimafia, si è visto anche come soltanto attraverso tali misure l’ordinamento possa “stare al passo” del crimine organizzato.

Alla luce di queste considerazioni l’elaborato ha poi ricostruito il processo di progressiva “privatizzazione” del contrasto all’illegalità, iniziato con i protocolli e con le *white list* e culminato con il *rating* di legalità. Si è cercato di capire, infatti, fino a che punto tali innovazioni rappresentano strumenti più efficaci e meno invasivi della tradizionale documentazione antimafia. In questa prospettiva è stato messo in evidenza come la disciplina di questi istituti rifletta chiaramente l’intento di coinvolgere sempre di più le imprese nel controllo della loro stessa legalità, spingendole a collaborare con le autorità pubbliche. Esaminando la normativa e la giurisprudenza sui protocolli, però, si è rilevato come tali istituti, seppur previsti astrattamente come facoltativi, sono stati discutibilmente interpretati alla stregua di requisiti di ammissione ulteriori rispetto a quelli tassativamente previsti dalla legge, ed hanno assunto, di conseguenza, un carattere sostanzialmente vincolante. Analogamente, si è visto come l’iscrizione alle *white list*, pur non essendo espressamente obbligatoria, lo diventi in modo implicito: l’ordinamento, infatti, individuando in capo alle stazioni appaltanti l’obbligo di consultare questi elenchi per affidare appalti in determinati settori di attività, ha costretto le imprese che vi operano ad iscriversi, e quindi ad accettare tutti gli oneri che ne derivano.

In definitiva, dalla prima parte della ricerca è affiorato che sotto l’apparente forma di un’adesione volontaristica sono stati introdotti una serie di mansioni ed adempimenti sostanzialmente obbligatori a carico dei privati. Tali misure, dunque, comportano un trasferimento della spesa “amministrativa” per contrastare la criminalità dalle pubbliche amministrazioni alle imprese virtuose. Proprio per giustificarlo è stato introdotto il *rating* di legalità, ossia un indice in grado di misurare l’affidabilità delle imprese mettendo in luce e premiando quelle

che più si distinguono nel contrasto della criminalità e nella promozione della legalità.

In quest'ottica, il principale risultato dell'analisi condotta sulla sua disciplina attiene alla sua *ratio* e al suo funzionamento: a differenza delle *white list* e dei protocolli, infatti, si è visto come il *rating* leghi premialità concrete a comportamenti considerati virtuosi. È stato sottolineato, quindi, che l'applicazione di questo strumento ha da un lato valorizzato l'adesione ai protocolli e l'iscrizione alle *white list*, dall'altro dato senso all'adozione di pratiche di responsabilità sociale d'impresa e di codici etici. Costituisce, infatti, un indice in grado di sintetizzare l'impegno profuso dalle imprese su tutti questi fronti, premiandolo con il riconoscimento di benefici concreti. La rassegna dei provvedimenti normativi volti a concedere agevolazioni finanziarie per le imprese dotate del *rating* di legalità riflette chiaramente la tendenza del legislatore di potenziare questo istituto. In questa prospettiva si inserisce anche la sua introduzione quale strumento rilevante ai fini dell'affidamento di contratti pubblici: per quanto riguarda il suo utilizzo, si è giunti alla conclusione per cui l'ambito in cui potrebbe esplicare al meglio le sue potenzialità sia quello relativo alla fase di aggiudicazione. È da escludere, infatti, un suo impiego quale requisito speciale di qualificazione; al contrario, è stato evidenziato che ben potrebbe rappresentare un criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. È stato rilevato, tra l'altro, come quest'ultima sia la soluzione condivisa dalla giurisprudenza e, soprattutto, quella espressamente adottata dal nuovo Codice degli appalti.

Tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa figura anche il *rating* di impresa. A riguardo sono stati ricostruiti ed esplicitati i nessi che la valorizzazione della reputazione intrattiene con il perseguimento dell'efficienza, con la nozione di discrezionalità e con il concetto di concorrenza. Alla luce dell'analisi economica del diritto è emerso che il *rating* di impresa è un istituto in grado di mettere in connessione la fase di esecuzione di un contratto pubblico con la fase di aggiudicazione di quelli successivi, e che quindi rappresenta lo strumento idoneo a trasformare le relazioni tra stazioni appaltanti ed imprese contraenti da interazioni conflittuali ad interazioni cooperative. L'efficacia di questi meccanismi, quindi, è stata riconosciuta dal legislatore comunitario prima e da quello nazionale poi. In questa prospettiva si è visto come il processo di codificazione del *rating* nell'ordinamento italiano sia stato

travagliato e contraddittorio: si è spiegato che paradossalmente la prima versione del Codice era più coerente alla direttiva europea che alla legge delega; la sua ultima versione, quella cioè aggiornata al d.lgs. 56/2017, pare essere invece più conforme alla l. 11/2016.

Ad ogni modo, il processo di codificazione del *rating* non può dirsi terminato. Sarà completato, infatti, dalla disciplina di dettaglio che l'ANAC dovrà dettare entro il 20 agosto attraverso l'adozione di apposite linee guida. La ricerca, tuttavia, è frutto di un lavoro conclusosi per forza di cose nei primi di giugno. Di conseguenza, non ha potuto considerare l'istituto del *rating* così come sarà delineato dalle linee guida. Provando a “guardare in avanti”, però, ha tentato di proiettare le previsioni legislative in una ipotetica normativa secondaria, immaginandone i possibili sviluppi.

Innanzitutto, è stato dimostrato che, nonostante il Codice stabilisca che gli indici dovranno essere «oggettivi», è inevitabile riconoscere un margine minimo di discrezionalità in capo ai soggetti che valuteranno le prestazioni. Questo però non implica che il *rating* sia influenzato da giudizi soggettivi, perché la soggettività viene neutralizzata dalla compensazione statistica tra le innumerevoli informazioni che lo costituiscono. Si è visto, inoltre, come tali criteri dovranno essere definiti tenendo conto da un lato dell'eterogeneità delle *performance* alle quali saranno applicati, dall'altro delle specifiche esigenze di ciascuna stazione appaltante. Dall'esame dei singoli requisiti reputazionali richiamati dal d.lgs. 50/2016, invece, è emerso che il richiamo al mancato utilizzo del soccorso istruttorio nella disciplina del *rating* sostituisce l'onerosità di questo strumento quale elemento deterrente contro il suo abuso, e che il riferimento alla denuncia di richieste estorsive e corruttive sarebbe stato più appropriato se formulato nell'ambito del *rating* di legalità piuttosto che nella disciplina del *rating* di impresa. È opportuno, inoltre, che le linee guida definiscano gli indici reputazionali legati al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione senza interpretare sistematicamente l'apposizione di riserve come un comportamento opportunistico, ma delineando una serie di criteri per individuare le peculiarità di ciascun caso concreto. Quanto all'incidenza ed agli esiti del contenzioso, è auspicabile l'istituzione di un meccanismo che non rilevi il mero grado di litigiosità giudiziaria di un'impresa, ma che scorpori da quest'ultimo tutte quelle azioni giudiziali che, pur non essendo state accolte, sono legittime; solo in questo

modo, infatti, tale indice rifletterebbe fedelmente la pretestuosità del soggetto economico in questione.

Per quanto riguarda i requisiti reputazionali, il decreto correttivo ha rappresentato indubbiamente un intervento migliorativo. Sopprimendo il *rating* di legalità quale criterio di attribuzione del *rating* di impresa, infatti, ha reso più coerente la loro relazione. Dall'analisi sistematica delle norme della versione aggiornata del Codice, tuttavia, è emersa una criticità connessa all'art. 213, comma 7, il quale, in pieno contrasto con le modifiche apportate dal correttivo all'art. 83, comma 10, continua a legare il *rating* di impresa al *rating* di legalità. Sembra quanto mai opportuno, quindi, un intervento legislativo per coordinare le due disposizioni. Il problema, difatti, non potrà essere affrontato dalle linee guida, in quanto fonti del diritto sub-legislative.

Queste ultime dovranno invece dare attuazione alle norme del Codice definendo tutti gli aspetti pratici del *rating* di impresa, in modo da rendere questo istituto pronto per essere applicato in concreto. La ricerca, leggendo le previsioni legislative alla luce delle considerazioni formulate dall'ANAC e dagli *stakeholder*, ha individuato come migliore soluzione la costruzione del *rating* quale indice unico, definito in base alla somma ponderata degli indicatori che lo costituiscono. Questi ultimi dovranno derivare da un numero minimo di prestazioni effettuate: in effetti il *rating*, per poter riflettere davvero l'affidabilità delle imprese, dovrà essere statisticamente significativo. Il sistema in questione, inoltre, dovrà valorizzare il cosiddetto "ravvedimento operoso", premiando le imprese che cambiano politica aziendale per migliorare il proprio *rating*. In questa prospettiva è stato suggerito di istituire un sistema di aggiornamento dell'indice di tipo "misto": l'attualizzazione "automatica" dell'indice avverrebbe soltanto a determinate scadenze temporali, ma sarebbe concessa alle imprese la possibilità di richiederla in qualunque momento. L'elaborato, poi, ha sottolineato l'esigenza di "procedimentalizzare" il processo di assegnazione del *rating*, in modo tale da riconoscere ai destinatari la possibilità di condizionarlo e di tutelarsi per vie alternative a quelle giustiziali.

Quanto agli effetti, la ricerca ha accolto con favore la soluzione individuata dal decreto correttivo: eliminando il riferimento alla «qualificazione» dall'art. 83, comma 10, del Codice, introducendo il *rating* di impresa nella disciplina relativa ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e riconducendolo esclusivamente a misure premiali, il d.lgs. 56/2017 ha

semplificato il sistema reputazionale e lo ha reso più coerente con le sue finalità. Dall'analisi comparata dei modelli possibili, infatti, è emerso come un suo impiego nella fase di ammissione avrebbe alterato il funzionamento dei requisiti speciali, rischiando di far qualificare imprese che, pur non soddisfacendoli, godono di una buona reputazione. Rimane da sciogliere, però, il problema attinente al divieto di commistione tra i requisiti di ammissione, relativi agli offerenti, ed i criteri di aggiudicazione, riguardanti le offerte. In sostanza, la compatibilità del *rating* di impresa, nonché del *rating* di legalità, con la disciplina degli appalti pubblici nazionale e comunitaria dipenderà dall'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale rispetto al tema del divieto di commistione: se, come sembra probabile, i giudici proseguiranno sulla strada di un suo definitivo superamento, cadrà il principale impedimento logico, prima ancora che giuridico, alla piena e definitiva affermazione degli strumenti reputazionali.

## BIBLIOGRAFIA

- Albano G.L., Dini F., Spagnolo G., *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in Quaderni CONSIP, 2008, n. 1, pp. 53.
- Annibali A., *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in Urbanistica e appalti, 2010, 2, pp. 205-207.
- Aperio Bella F., Caldarelli S., Santoro E., *Le novità in materia di appalti pubblici alla luce della determinazione ANAC n. 1/2015*, in Il Foro Amministrativo, 2015, 3, pp. 807-865.
- Archibugi F., *La valutazione della "performance" nell'esperienza federale Usa*, in Amministrare, 2013, 1, pp. 111-129.
- Armao G., *Brevi considerazioni su informativa antimafia e "rating" di legalità ed aziendale nella prevenzione delle infiltrazioni criminali nei contratti pubblici*, in GiustAmm.it, 2017, 3, pp. 13.
- Armenante F., *La regolarità contributiva interna ed esterna, tra esigenze di contraddittorio e tutela della "par condicio" (note a margine della plenaria n. 5 del 2016 e prime riflessioni sul d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016)*, in Amministrativamente, 2016, 3-4, pp. 10.
- Basile M., *Il general contractor di fronte alle "informazioni antimafia" sulle imprese esecutrici*, in La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, 1/2, pp. 50-70.
- Benatti F., *L'evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica*, in Banca borsa e titoli di credito, 2015, 2/1, pp. 241-254.
- Benatti F., *I codici etici come strumento dell'impresa fra responsabilità sociale e giuridica*, in Studium iuris, 2016, 5, pp. 557-564.
- Botto A., *Antimafia e contratti pubblici: il punto della situazione e le prospettive*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2008, 4, pp. 713-722.

- Brigante V., *Profili di coordinamento tra l'attestazione di qualificazione e l'informativa antimafia: tendenze ermeneutiche e prospettive future*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2016, 1, pp. 25.
- Buggea J., *Le "white list": strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014, 3, pp. 675-686.
- Cabiddu M.A., Colombo M.C. (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici: appalti e concessioni: D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, CEL, Pescara, Bergamo, 2016.
- Cafagno M., *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 21, pp. 32-49.
- Calandra Buonauro V., *Impresa sociale e responsabilità limitata*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 6/1, pp. 849-859.
- Calandra Buonauro V., *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, 4/1, pp. 526-548.
- Campugiani D., Nunziata M., Volpe V. et al. (a cura di), *Osservatorio sull'applicazione del Codice dei contratti pubblici*, in *Il Foro Amministrativo*, 2014, 12, pp. 3149-3176.
- Cantone R., *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un "restyling?"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 8-9, pp. 888-899.
- Cantone R., Bova C., *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 2, pp. 166-176.
- Caponigro R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *GiustAmm.it*, 2016, 6, pp. 29.
- Capuzza V., *Nuove previsioni e nuove criticità nell'art. 80 del Codice Appalti*, in *GiustAmm.it*, 2016, 9, pp. 3.
- Carbone P., *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2012, 2, pp. 137-183.

- Caringella F., Giustiniani M., *Manuale dei contratti pubblici*, Dike Giuridica, Roma, 2015.
- Caringella F., Protto M. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici: guida operativa al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC*, Dike Giuridica, Roma, 2016.
- Carli C.C., *Appalti e analisi economica - spunti per un'audit giureconomica dei contratti di impresa. Verso un diritto dettato dall'economia?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 4/2, pp. 173-197.
- Caroli Casavola H., *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 451-458.
- Carullo A., Iudica G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, Cedam, 2012.
- Casadei A., *Il rating di legalità: presupposti, caratteristiche, applicazioni*, Master per giuristi d'impresa, Bononia University press, Bologna, 2014.
- Casartelli G., *Le misure anticorruzione: legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Cassese S., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1, pp. 102-104.
- Cassese S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Chieppa, R., *Il rating di legalità delle imprese*, intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 2013, [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).
- Chimenti M.L., *Nuovo diritto degli appalti e linee guida A.N.A.C*, Nel diritto, Roma, 2016.
- Chiti M.P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 436-443.
- Chito M.B., *L'aggiornamento della certificazione antimafia: un'occasione per tornare a parlare di risarcimento danni da ritardo procedimentale*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2015, 2, pp. 245-298.

- Cipolletta I., Micossi S., Nardozi G., Trento S. (a cura di), *Concorrenza bene pubblico*, in *Appalti, elettricità e gas, università*, Ricerca per il Convegno biennale 2006 del Centro Studi Confindustria, 2007.
- Cirillo P.G., *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Rivista del notariato*, 2016, 3, pp. 579-599.
- Cisterna A. (a cura di), *Codice antimafia: commento al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 dopo il D. Lgs. 218/2012 (Correttivo) e la Legge 228/2012 (Legge di stabilità 2013) : le misure di prevenzione personali e patrimoniali, la documentazione antimafia, l'Agenzia per i patrimoni di mafia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013.
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2015.
- Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 1-2, pp. 71-92.
- Clarich M., *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, 3, pp. 737-752.
- Conio P., Leone L., *Gare pubbliche di servizi: verso un "indice reputazionale" per le imprese?*, in *FMI Facility management Italia*, 2009, 5, pp. 14-19.
- Contessa C., *Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 2, pp. 200-204.
- Conz A., Levita L., *La legge anticorruzione: commento organico alla L. 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, Dike Giuridica, Roma, 2012.
- Coronato S., *La documentazione antimafia alla luce dei recenti provvedimenti*, in *Il Diritto sanitario moderno*, 2015, 3, pp. 141-160.
- Corradino M., Sticchi Damiani S. (a cura di), *I nuovi appalti pubblici: commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè, Milano, 2017.

- Cravero C., *Protocolli di legalità o Patti di Integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 6, pp. 1459-1468.
- D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, pp. 297-311.
- D'Alterio E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: L'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 499-505.
- D'Angelo G., *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, pp. 256-267.
- De Carolis F., Giorgiantonio C., Giovanniello V., *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, in *Questioni di Economia e Finanza, Banca d'Italia*, dicembre 2010, n. 83, pp. 48.
- De Carolis F., Pacini R., Spagnolo G., *Past performance and procurement outcomes*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, novembre 2016, <http://www.nber.org/papers/w22814>.
- De Nictolis R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano, 2007.
- De Nictolis R., *La riforma del Codice appalti (I requisiti generali di partecipazione alle gare secondo la giurisprudenza recente e l'autorità di Vigilanza)*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 6, pp. 625-637.
- De Nictolis R., *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 2, pp. 136-148.
- De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, pp. 503-545.
- De Toni A.F., Ferri A., Zecca F., *La pagella dei servizi*, Scuola Nazionale Servizi, Perugia, 2012.
- Del Vecchio A. e Severino P. (a cura di), *Contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2014.

- Di Ciommo F., *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2010.
- Di Cristina F., *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 1, pp. 50-57.
- Di Cristina F., *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 11, pp. 1023-1032.
- Di Nitto T., *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pp. 464-470.
- Didonna M., *Il "grave errore professionale", tra attuale incertezza del diritto e imminente prospettiva europea*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 1, pp. 62-68.
- Dini F., Spagnolo G., *Meccanismi reputazionali e mercati elettronici: problematiche economiche e possibili soluzioni per il public procurement*, in *Quaderni CONSIP*, 2004, 2, pp. 53.
- Doni N., *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, 2005, 2, pp. 307-335.
- Dugato M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, pp. 666-684.
- Fe' C., *Informativa prefettizia e sindacato del g.a.*, in *Il Corriere del Merito*, 2012, 8-9, pp. 843-848.
- Ferrari V., *Note sul diritto comunitario degli appalti pubblici: questioni sociali, tutela dell'ambiente ed aggiudicazione sostenibile*, 2002, reperibile su [www.osservatorioappalti.unitn](http://www.osservatorioappalti.unitn).
- Ferraro F., Gambacurta S., *Anticorruzione: commento alla riforma: la legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi : D.Lgs. 235/2012 (Incandidabilità), D.Lgs. 33/2013 (Trasparenza), D.Lgs. 39/2013 (Incompatibilità), D.Lgs.62/2013 (Codice comportamento), D.P.C.M. 18 aprile 2013 (White List)*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013.

- Fidone G., *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2007, 12, pp. 3971-3989.
- Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3, pp. 325-344.
- Fidone G., *Relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati, 9 novembre 2015.
- Fidone G., *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, 3, pp. 753-770.
- Filippetti I. (a cura di), *Osservatorio appalti pubblici e legalità*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 10, pp. 1203-1206.
- Flick G.M., *"Governance" e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista AIC*, 2015, 2, pp. 12.
- Foà S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 3, pp. 293-306.
- Follieri E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, pp. 873-906.
- Fracchia F., *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il Diritto dell'economia*, 2015, 3, pp. 483-506.
- Frontoni M., *Contratto e antimafia: il percorso dai Patti di legalità al rating di legalità*, Giappichelli, Torino, 2015.
- Gaito G., *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. Le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, in *Appalti e contratti*, 2011, 7, pp. 8-22.
- Gaito G., *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche (Parte seconda)*, in *Appalti e contratti*, 2011, 8-9, pp. 47-63.

- Gallo S., *Interventi per la legalità negli appalti pubblici: il ruolo dell'Avcp*, in *Appalti e Contratti*, 2014, 3, pp. 21-31.
- Gambacurta S., *La disciplina della documentazione antimafia nel Libro II del codice delle leggi antimafia*, in *Rivista di polizia*, 2013, 10, pp. 827-836.
- Gambardella G., Mauro C.A., *Il soccorso istruttorio dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 50 del 18 aprile 2016. Vecchie e nuove problematiche*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2016, 3, pp. 284-303.
- Garella F., Mariani M. (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici: commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Garofoli R., Ferrari G., *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Nel diritto, Roma, 2016.
- Giachi A., *Rating reputazionale, fornitori e buona esecuzione del contratto. Il punto di vista delle Pubbliche Amministrazioni*, Ricerca promossa dalla Fondazione Promo PA, novembre 2015.
- Giampaolino L., *Il codice degli appalti e il sistema di qualificazione*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, 2, pp. 301-307.
- Giampaolino L., *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in *GiustAmm.it*, 2014, 7, pp. 4.
- Giampaolino L., *Vecchi problemi e nuovi scenari: le "varianti", il "subappalto", le "misure di prevenzione antimafia", dopo il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n. 114 e alla vigilia del recepimento della direttive nn. 22, 23 e 24 del 2014*, in *GiustAmm.it*, 2014, 12, pp. 6.
- Gili L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 1, pp. 24-36.
- Giovannelli M., *Esclusione dalla gara per grave inadempimento pregresso*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 10, pp. 1119-1127.
- Giustiniani G., Gorla C.D., *Sul 'rating' di legalità: vantaggi, requisiti, procedura e operatività*, in *Appalti e Contratti*, 2017, fasc. 4, pp. 55-61.
- Greco G., *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 3-4, pp. 971-985.

- Griselli L., (*In tema di cause di esclusione dalle gare di appalto*), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 2, pp. 669-673.
- Grosso P., *Il d.lgs. n. 231/2001 come strumento di prevenzione della corruzione: un primo bilancio*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2016, 16, pp. 52-63.
- Gullo N., *Il regolamento per il funzionamento della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 4, pp. 476-488.
- Lacava F., *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a. [giudice amministrativo]*, in *Amministrativamente*, 2015, 7-9, pp. 6.
- Lamorgese A., *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 4/2, pp. 642-652.
- Lepore M., *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2009, 3/1, pp. 853-865.
- Licata G.F., *Analisi economica del diritto e qualità delle scelte amministrative*, in *Il Diritto dell'economia*, 2009, 2, pp. 403-423.
- Lipari M., *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016, 10, pp. 43.
- Longobardi N., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *GiustAmm.it*, 2016, 6, pp. 17.
- Luchena S., *Codice etico e modelli organizzativo-sanzionatori nel d.lgs. n. 231/01: legittimità ed efficacia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, 2/1, pp. 245-261.
- Manganaro F., *La controversa interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare di appalti pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 7, pp. 1690-1694.
- Mangani R., *Il caso Acea: anche con leggi bisogna superare i formalismi per avere qualità negli appalti*, in *Edilizia e Territorio*, 2009, 11, pp. 4.

- Mangani R., *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in GiustAmm.it, 2014, 7, pp. 11.
- Mantini P., *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di "gold plating" e "copy out"*, in GiustAmm.it, 2015, 10, pp. 20.
- Mantini P., *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*, in GiustAmm.it, 2016, 2, pp. 19.
- Mantovani M., *Il ruolo delle aziende nella lotta alla corruzione*, in Rivista dei dottori commercialisti, 2013, 1, pp. 115-120.
- Manzo L., *Considerazioni sulla documentazione antimafia*, in Rivista di polizia, 2012, 7, pp. 523-540.
- Marchianò G., *"White list", elenchi di merito e "rating" di legalità: semplificazione amministrativa?*, in Munus, 2013, 1, pp. 117-154.
- Marchianò G., *Il rating delle imprese non può rimanere una delle tante grida manzoniane nell'individuazione delle misure premiali*, in Informator, 2015, 1, pp. 78-85.
- Marchianò G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2016, 1, pp. 1-49.
- Marchini P.L., Tibiletti V., Medioli A., *I modelli di gestione, organizzazione e controllo per la prevenzione della corruzione nelle imprese. Un'analisi nel contesto italiano*, in Il controllo nelle società e negli enti, 2014, 3, pp. 369-399.
- Martella I., *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Il Diritto processuale amministrativo, 2016, 2, pp. 659-669.
- Mascolini A., *Il nuovo Codice appalti fra criticità e sfide innovative*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, 2016, 3, pp. 775-780.
- Massari A., *La legge anticorruzione e le altre recenti novità incidenti sulle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in Appalti e contratti, 2012, 12, pp. 8-23.

- Massarotto G., *Il "rating" di legalità delle imprese (2015)*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 353-366.
- Mastrodomenico E., *Le interdittive antimafia e la nuova configurazione delle "interdittive atipiche supplementari"*, in *Appalti e Contratti*, 2013, 4, pp. 35-42.
- Mattarella B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- Mattarella B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 2, pp. 123-133.
- Mattarella B.G., Pelissero M. (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Mazzamuto M., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sotto sistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Il Diritto dell'economia*, 2013, 3, pp. 619-635.
- Mazzamuto M., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *GiustAmm.it*, 2016, 3, pp. 80.
- Mezzotero A., *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2008, 4, pp. 277-310.
- Montaruli V., *Le novità normative e giurisprudenziali su documentazione antimafia, "white list", e protocolli di legalità*, in *Rivista di polizia*, 2015, 6-7, pp. 479-498.
- Musolino G., *Le varianti in sede di offerta e le varianti in corso d'opera*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2012, 4, pp. 553-600.
- Napoli M., *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 12, pp. 1413-1419.
- Napolitano G., Abrescia M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- Nefeli Gribaudi M., *L'informativa prefettizia relativa ai tentativi di infiltrazione mafiosa: caratteri ed effetti*, in *Il Corriere del Merito*, 2010, 2, pp. 211-216.

- Neri V., *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Il Corriere del Merito*, 2010, 8-9, pp. 801-805.
- Neri V., *Omessa denuncia e divieto di partecipazione agli appalti pubblici*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 10, pp. 909-913.
- Nicita A. et al., *La Law and economics e la frontiera del diritto pubblico (discussione sul libro di Giulio Napolitano e Michele Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 3, pp. 765-787.
- Pajno A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 5, pp. 1127-1167.
- Palligiano G., *Introdotta la "patente di legalità" per le imprese*, in *Guida al diritto*, 2012, 16, pp. 20-24.
- Palma G., *Lo Stato di necessità anticorruzione e l'intervento emergenziale del codice degli appalti*, in *Amministrativamente*, 2016, 3-4, pp. 9.
- Papania R., *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2011, 1, pp. 321-340.
- Pardolesi R., Carocchia F., *Analisi economica del diritto: "the Italian job"*, in *Il Foro italiano*, 2014, 9/5, pp. 194-214.
- Parisi E., *Appalti pubblici (principio di parità di trattamento - principio di non discriminazione - principio di trasparenza - tassatività delle cause di esclusione - mancata accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 6, pp. 1778-1781.
- Pasquini G., *Appalti pubblici: criteri di idoneità e criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 12, pp. 1272-1275.
- Peirone F., *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Il Foro Amministrativo*, 2015, 7-8, pp. 1940-1961.
- Pergolizzi L., *L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere: il caso "Expo Milano 2015"*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 1, pp. 223-250.

- Pindyck R.S., Rubinfeld D.L., *Microeconomia*, Zanichelli, Bologna, 2009.
- Pirruccio P., *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 2, pp. 503-514.
- Pistoia E., *Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 2, pp. 259-284.
- Pluchino C., *Le funzioni deflattive del contenzioso e il "lifting" dei pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 12, pp. 1304-1308.
- Posteraro N., *Richiesta di revisione della certificazione antimafia e istanze di iscrizione alla "white list": dovere di provvedere, o di procedere?*, in *Il Foro Amministrativo*, 2016, 9, pp. 2225-2228.
- Postiglione A., *L'impresa etica non è solo una questione morale*, in *Corriere tributario*, 2016, 11, pp. 875-882.
- Proietti R., *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2016, 8-9, pp. 1041-1053.
- Puzzo C., *L'informazione prefettizia nel contratto di appalto: procedimento amministrativo, strumenti di tutela*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014.
- Quadri E., *I controlli antimafia e il giudice amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2014, 3, pp. 617-635.
- Rangone C., *La selezione delle imprese in Europa tra discrezionalità, responsabilità politiche di qualificazione della spesa*, IGI, 2010, consultabile su [www.igi.it](http://www.igi.it).
- Rangone C., *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, IGI, 2016, consultabile su [www.igi.it](http://www.igi.it).
- Renna V.C., *La cosiddetta "certificazione etica" può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della P.A.?*, in *Amministrativamente*, 2015, 1-2, pp. 19.
- Renna V.C., *Rating di impresa – Etica dell' algoritmo!*, in *Amministrativamente*, 2016, 7-8, pp. 17.

- Romano S.A., *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Sacco Ginevri A., *Agenzia di rating e informazioni al pubblico nella legge Draghi, dopo il ricevimento della direttiva "Market abuse" e l'emanazione della legge 262/05*, Tesi di dottorato, Università degli studi di Roma Tre, 2010.
- Saitta F., *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in GiustAmm.it, 2014, 5, pp. 12.
- Saitta F., *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2015, 1, pp. 244-265.
- Sandulli M.A., *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in federalismi.it, 2016, 8, pp. 25.
- Santuari A., *L'adozione del modello organizzativo idoneo ex d.lgs. n. 231/2001 e l'applicabilità delle norme in materia di anticorruzione nelle organizzazioni che erogano servizi alla persona. Efficienza, efficacia e "accountability" degli interventi e tutela dei cittadini-utenti*, in GiustAmm.it, 2015, 3, pp. 83.
- Scaramuzza F., *Discrezionalità, lotta alla corruzione e tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, Tesi di dottorato, Università Luiss Guido Carli, 2016.
- Scoca F.G., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in GiustAmm.it, 2013, 6, pp. 14.
- Tarantino L. (a cura di), *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Urbanistica e appalti, 2017, 1, pp. 127-133.
- Tomasi T., *Il rating di legalità come premio per le imprese virtuose*, in Le Nuove leggi civili commentate, 2015, fasc. 1, pp. 134-150.
- Torchia L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in Diritto amministrativo, 2015, 2-3, pp. 291-344.
- Torchia L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in Giornale di diritto amministrativo, 2016, 5, pp. 605-612.

- Turchini V., *La colpa grave e il ruolo degli organismi di attestazione nei procedimenti sanzionatori dell'Anac*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 3, pp. 383-391.
- Urbani M., *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 12, pp. 1150-1159.
- Vespignani A., *Nuovo codice degli appalti e delle concessioni: finalmente ci siamo*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2016, 1, pp. 7-23.
- Villata R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova, 2014.
- Vinti S., *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *GiustAmm.it*, 2016, 2, pp. 14.
- Vinti S., *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 3, pp. 318-331.
- Zito A., *Il "rating" d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in *GiustAmm.it*, 2016, 12, pp. 7.

## RIASSUNTO

Il *rating* è un istituto introdotto nella disciplina dei contratti pubblici dal nuovo Codice degli appalti, ed è finalizzato a valutare ed a valorizzare la reputazione degli operatori economici che entrano in contatto con la pubblica amministrazione. Per le stazioni appaltanti, infatti, diviene sempre più rilevante capire “con chi si ha a che fare” quando si stringono accordi. In particolare, questa necessità sorge rispetto a due interessi fondamentali per la tenuta e per il corretto funzionamento dell’ordinamento: la tutela della legalità ed il perseguimento dell’efficienza. L’intento della ricerca, dunque, è quello di capire se, in che modo e fino a che punto tali esigenze possano essere soddisfatte dalle novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici rispetto agli istituti del *rating* di legalità e del *rating* di impresa.

Le parti del Codice sulle quali incide il *rating* sono quelle riguardanti la fase dell’ammissione dei potenziali contraenti alle gare e quella dell’aggiudicazione dell’offerta migliore. La prima dipende sia dal possesso dei requisiti ordinari, che assicurano la moralità professionale delle imprese e che devono essere posseduti indipendentemente dalle caratteristiche della concreta tipologia di appalto; sia dal possesso dei requisiti speciali, finalizzati a garantire l’affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa degli operatori economici e che, a differenza dei requisiti ordinari, cambiano di gara in gara a seconda della prestazione oggetto del contratto di appalto. L’aggiudicazione, di norma, è condizionata dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa: per individuarla, il Codice identifica una serie di elementi, tra cui il *rating* di legalità e il *rating* di impresa. La nozione di “*rating*”, però, pur essendo richiamata (a seguito dell’entrata in vigore del decreto correttivo, il d.lgs. 56/2017) solamente in relazione alla fase dell’aggiudicazione, ha implicazioni dirette anche rispetto ai requisiti di ammissione. In particolare, le norme del Codice che disegnano lo schema all’interno del quale bisogna inquadrare l’istituto in parola nel sistema degli appalti pubblici sono l’art. 83, comma 10, l’art. 95, comma 13, e l’art. 213, comma 7.

Per comprendere la natura e la portata innovativa del *rating*, dunque, non basta esaminare separatamente il momento della selezione degli offerenti e quello della valutazione delle offerte, ma occorre metterli in relazione. Tradizionalmente, tale rapporto è caratterizzato dal divieto di commistione tra elementi soggettivi ed elementi oggettivi: i primi riguardano esclusivamente la selezione degli offerenti mentre i secondi condizionano soltanto la valutazione delle offerte. Non è possibile, quindi, privilegiare un'offerta rispetto ad un'altra non per una sua caratteristica intrinseca ma in base ad un attributo di chi la presenta. Alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul tema, però, emerge come qualunque impiego del *rating* nella contrattualistica pubblica dipenda dal superamento di detto principio.

Le radici del *rating* quale strumento operante in questo particolare settore del diritto amministrativo devono essere rintracciate nella normativa antimafia ed in quella anticorruzione. In effetti, mentre il *rating* di impresa costituisce una novità assoluta, quello di legalità era stato già utilizzato nell'ambito delle gare pubbliche. In particolare, rappresenta il punto di arrivo di un processo di progressiva "privatizzazione" del contrasto all'illegalità, cominciato con strumenti quali i protocolli di legalità e le *white list*. La prima conclusione a cui giunge la ricerca, infatti, riguarda l'invasività dei tradizionali sistemi di prevenzione della criminalità rispetto al mercato degli appalti pubblici. In effetti, esaminando la documentazione antimafia quale requisito generale di ammissione alle gare alla luce della prassi e della giurisprudenza sviluppatasi sul tema, si deduce che un'impresa può essere esclusa da una procedura di affidamento non soltanto in presenza di provvedimenti giudiziari a carico ma, per gli appalti di maggiori dimensioni, anche quando viene accertata dal prefetto la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il sistema, tra l'altro, viene ulteriormente complicato dalla presenza delle cosiddette "informative atipiche", ossia di provvedimenti che, pur essendo incapaci di per sé di escludere un operatore economico da una gara, generano tale effetto se integrati dalla volontà concorde della stazione appaltante.

In questa prospettiva emerge anche che l'attività prefettizia, derogando a gran parte degli obblighi procedurali ed essendo assoggettata esclusivamente ad un sindacato giurisdizionale estrinseco, comprime il principio di certezza del diritto ed il margine di tutela delle imprese oneste. L'accertamento dell'assenza di tentativi di infiltrazioni mafiose, infatti, presuppone una valutazione

discrezionale del prefetto: rispetto ad essa, quindi, l'esame del giudice amministrativo deve limitarsi esclusivamente ai sintomi dell'eccesso di potere. L'autorità prefettizia, poi, durante il procedimento preordinato al rilascio delle informative è esonerata dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, dall'obbligo di motivazione e dal rispetto del diritto di accesso. I tradizionali strumenti di contrasto all'illegalità nel sistema degli appalti pubblici, pertanto, intaccano alcuni principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui la libertà di iniziativa economica e il principio di non colpevolezza.

Per contestualizzare il problema, però, occorre guardare anche l'altra faccia della medaglia. Il complesso delle norme antimafia, in effetti, è volto a garantire l'ordine, la sicurezza pubblica e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni, e non ha una valenza sanzionatoria ma spiccatamente preventiva. La sua invasività, che si riscontra soprattutto nella definizione più sociologica che giuridica della nozione di «tentativi di infiltrazione mafiosa», è quindi dovuta all'esigenza di “stare al passo” del crimine organizzato. Emerge, dunque, la necessità di contrastarlo anche per vie alternative, ugualmente efficaci ma con un impatto minore sui principi fondamentali.

In questo senso l'analisi della documentazione amministrativa antimafia e della sua influenza sul mercato rappresenta una premessa necessaria per introdurre il tema dei protocolli di legalità. Si tratta di strumenti pattizi stipulati tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'appalto (stazioni appaltanti, prefetture ed imprese contraenti) attraverso cui vengono rafforzati i vincoli previsti dalla documentazione antimafia. Originariamente non erano disciplinati a livello normativo ma erano ritenuti ammissibili dal giudice amministrativo. Il loro riconoscimento legislativo è avvenuto con la l. 190/2012 (legge anticorruzione). La loro natura giuridica, tuttavia, è controversa: secondo parte della giurisprudenza rappresentano semplici atti politici di indirizzo, inidonei a vincolare l'attività amministrativa; secondo un diverso orientamento, invece, costituiscono degli accordi tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 della l. 241/1990. In base al loro funzionamento concreto, però, pare opportuno prendere le distanze da entrambe le interpretazioni ed esaminarli con un diverso approccio. In effetti, occorre distinguere tra la fase di affidamento e la fase esecutiva di un appalto pubblico: rispetto a quest'ultima i protocolli possono essere intesi come accordi tra pubbliche amministrazioni; quanto alla fase di affidamento, invece, formano parte integrante della normativa che regola la

procedura concorsuale. Di conseguenza, la loro adesione può essere considerata implicita alla richiesta di partecipare alla gara, analogamente a quanto avviene con i requisiti di ammissione.

Questa ricostruzione comporta un problema di coordinamento con il principio della tassatività delle cause di esclusione, secondo cui sono ammissibili requisiti di ammissione alle gare ulteriori a quelli disciplinate dal Codice solo se identificati da «altre disposizioni di legge». Formalmente questa previsione è rispettata dai protocolli, che trovano nella legge anticorruzione il proprio fondamento. Sostanzialmente, però, tale legge non contiene una specifica causa di esclusione, ma rimanda a quelle previste in atti non legislativi, e cioè nei protocolli: conseguentemente, pare più eludere che rispettare quanto previsto dal principio di tassatività delle cause di esclusione. Ciononostante, la compatibilità di tali strumenti con l'ordinamento nazionale e comunitario non sembra essere messa in discussione. In questo senso rileva specialmente la sentenza C-425/2014 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha riconosciuto la legittimità dei protocolli alla luce dei principi generali dell'ordinamento europeo. In definitiva, i protocolli aumentano il grado di tutela preventiva della legalità, visto che estendono i controlli antimafia a situazioni per le quali il d.lgs. 159/2011 non li prevede, ma lo fanno in modo piuttosto discutibile, poiché, di fatto, impongono doveri collaborativi ai privati.

La diffusione dei protocolli ha contribuito allo sviluppo dell'altro istituto posto alla base del *rating* di legalità: le *white list*, e cioè gli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a misure di prevenzione né a tentativi di infiltrazione mafiosa. Per le imprese iscritte in tali liste le stazioni appaltanti non devono acquisire l'informativa antimafia liberatoria, visto che i requisiti per riceverla coincidono con quelli necessari ad iscriversi alle *white list*. Uno degli aspetti più controversi dell'istituto in parola riguarda l'obbligatorietà dell'iscrizione in capo alle imprese: da un lato il d.P.C.M. 18 aprile 2013 prevede che l'adesione a tali liste sia facoltativa; dall'altro, alla luce delle modifiche intervenute con il d.l. 90/2014, la l. 190/2012 individua per le stazioni appaltanti l'obbligo di consultare questi elenchi per affidare appalti in determinati settori di attività, e di conseguenza costringe le imprese che vi operano ad iscriversi.

In sostanza, dall'esame dei protocolli di legalità e delle *white list* emerge che sotto l'apparente forma di un'adesione volontaristica sono stati introdotti una serie di mansioni ed adempimenti sostanzialmente obbligatori a carico dei privati.

Tali misure, dunque, comportano un trasferimento della spesa “amministrativa” per contrastare la criminalità dalle pubbliche amministrazioni alle imprese virtuose. Proprio per giustificarlo è stato introdotto il *rating* di legalità, ossia un indice in grado di misurare l’affidabilità delle imprese mettendo in luce e premiando quelle che più si distinguono nel contrasto della criminalità e nella promozione della legalità.

Pur avendo il medesimo intento dei suoi precursori, il *rating* di legalità ne capovolge completamente la prospettiva: mentre i protocolli e le *white list*, in concreto, rappresentano degli strumenti ai quali le imprese devono aderire a costo di una loro penalizzazione nel mercato degli appalti, il *rating* di legalità costituisce una misura di tipo premiale. Consiste, infatti, in un indicatore in grado di riconoscere, distinguere e premiare il merito delle imprese più attive sul fronte della tutela della legalità. L’istituto in questione, pertanto, ponendosi in linea di continuità con l’indirizzo assunto di recente dalle istituzioni comunitarie, è volto ad istaurare una “sana” concorrenza nel mercato dei contratti pubblici. A tal fine, vuole integrare il naturale scopo perseguito dalle imprese, e cioè il profitto, con obiettivi di tipo etico. Per farlo, lega comportamenti virtuosi, ma di per sé non remunerativi, ad una serie di vantaggi concreti in relazione sia al reperimento delle risorse finanziarie che alla contrattualistica pubblica.

Il *rating* di legalità, infatti, non nasce nel sistema degli appalti pubblici ma nell’ambito della concessione di finanziamenti. È disciplinato a livello legislativo dall’art. 5-bis del d.l. 1/2012 e a livello regolamentare dalla delibera dell’Antitrust n. 24075 del 2012. Dall’analisi congiunta di queste norme si ricavano i requisiti in presenza dei quali viene attribuito il *rating* di legalità. Nello specifico se ne possono distinguere tre tipologie: quelli che identificano le caratteristiche imprescindibili per richiederne la concessione, quelli necessari per possedere il punteggio minimo e quelli “aggiuntivi”, idonei ad accrescerlo. In effetti, non tutte le imprese che detengono il *rating* di legalità godono dei medesimi benefici. Il sistema, infatti, prevede che l’entità dei vantaggi dipenda dal punteggio assegnato a ciascuna impresa: il livello minimo consiste in una “stella”; per incrementarlo di una (o di due), occorre soddisfare tre (o sei) requisiti “aggiuntivi”. L’art. 3 della delibera dell’AGCM sopra citata ne individua in totale otto, tra cui l’adesione ai protocolli di legalità, l’iscrizione alle *white liste* e l’utilizzo del modello organizzativo delineato dal d.lgs. 231/2001. In questo senso rileva anche l’adozione di forme di responsabilità sociale d’impresa o di

codici etici: si tratta di strumenti attraverso i quali le imprese individuano obiettivi ulteriori rispetto al profitto, di carattere sociale, etico o ambientale.

Per quanto riguarda il sistema premiale, i vantaggi prodotti dal possesso del *rating* di legalità sono da rintracciare nel reperimento delle risorse finanziarie e nella contrattualistica pubblica. Il primo aspetto è disciplinato dal decreto del MEF e del MISE n. 57 del 2014, che, riprendendo quanto stabilito dal d.l. 1/2012, individua sia le modalità per la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni che quelle per le agevolazioni in sede di accesso al credito bancario. Tali previsioni, poi, sono state riprese e sviluppate in altri atti normativi settoriali e in alcune leggi regionali: le regioni Lombardia, Puglia, Emilia Romagna e Campania, infatti, hanno valorizzato il *rating* di legalità, riconducendovi benefici aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla disciplina nazionale.

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, invece, la funzione del *rating* di legalità non era chiara fino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016: attualmente, ai sensi dell'art. 95, comma 13, gli operatori economici che lo detengono godono di un beneficio concreto in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A questa conclusione, d'altronde, si era giunti anche in assenza di tale riferimento legislativo. Ciononostante, secondo parte della dottrina l'istituto in parola può esplicare le proprie potenzialità anche nella fase di ammissione dei concorrenti, potendo essere interpretato alla stregua di un particolare requisito di qualificazione.

Mentre il richiamo al *rating* di legalità nel nuovo Codice degli appalti costituisce la "consacrazione" del suo impiego nella contrattualistica pubblica, quello al *rating* di impresa rappresenta una novità assoluta. Si tratta di uno strumento che nel funzionamento assomiglia al *rating* di legalità, ma che se ne discosta rispetto ai fini. Con la disciplina di questo istituto, in effetti, ci si sposta dal piano della tutela della legalità a quello della ricerca dell'efficienza: in particolare, consiste in un indicatore in grado di valutare e valorizzare le *performance* delle imprese appaltatrici in modo tale che le stazioni appaltanti possano premiare quelle rivelatesi più efficienti. L'applicazione di tale strumento comporta necessariamente un'artificiale distorsione della concorrenzialità del mercato degli appalti pubblici ed il riconoscimento di un maggiore margine di discrezionalità in capo alle pubbliche amministrazioni. Tali implicazioni, però, sono giustificate dal più efficace perseguimento dell'efficienza: in effetti, da un

lato la discrezionalità ne rappresenta un presupposto, dall'altro la concorrenza, intesa alla luce delle recenti direttive europee, non identifica più un "fine" dell'ordinamento, ma costituisce il "mezzo" per scegliere il concorrente più affidabile.

Alla luce dell'analisi economica del diritto, infatti, emerge che il *rating* di impresa è un istituto in grado di mettere in connessione la fase di esecuzione di un contratto pubblico con la fase di aggiudicazione di quelli successivi, e che quindi rappresenta lo strumento idoneo a trasformare le relazioni tra stazioni appaltanti ed imprese contraenti da interazioni conflittuali ad interazioni cooperative. Il *rating*, quindi, risolve il problema del *moral hazard*: grazie ad esso, dal punto di vista delle imprese il comportamento più efficiente per massimizzare il profitto non consiste nel tradire la fiducia dell'acquirente ma nel ripagarla. La valorizzazione della reputazione nella contrattualistica pubblica, tra l'altro, non è stata introdotta *tout court* dall'istituto del *rating*. Nell'ordinamento italiano, infatti, esistono altri istituti giuridici che potenzialmente potrebbero svolgere questa funzione: tra questi, il casellario informatico, la dichiarazione di «buon esito» prevista dal certificato di esecuzione e la relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa. Tra le applicazioni concrete degli strumenti reputazionali, invece, rilevano l'esperienza realizzata da Acea S.p.A. nell'elaborazione del proprio *vendor rating* e il funzionamento del meccanismo reputazionale introdotto dal *Federal Acquisition Act* nel sistema degli appalti pubblici statunitense.

L'importanza di introdurre in pianta stabile questi meccanismi nell'ambito di qualsiasi contratto pubblico è stata riconosciuta dal legislatore comunitario prima e da quello nazionale poi. Il processo di codificazione del *rating* nell'ordinamento italiano, però, è stato travagliato e contraddittorio: paradossalmente la prima versione del Codice era più coerente alla direttiva europea che alla legge delega; la sua ultima versione, quella cioè aggiornata al d.lgs. 56/2017, pare essere invece più conforme alla l. 11/2016. Ad ogni modo si tratta di un percorso ancora aperto, visto che gli aspetti di dettaglio devono essere ancora dettati dall'ANAC mediante l'adozione di apposite linee guida.

Queste ultime, in particolare, dovranno disciplinare gli indici dai quali dipenderà il *rating* di ciascuna impresa, e cioè gli aspetti che la pubblica amministrazione terrà in considerazione in sede di valutazione delle *performance*. Su questo punto, il Codice si limita ad individuare per sommi capi

quali sono gli elementi da valorizzare e quali dovranno essere le loro caratteristiche. Non è detto, tuttavia, che le linee guida si atterrano integralmente a tali indicazioni: ad esempio, nonostante l'art. 83, comma 10, del d.lgs. 50/2016 stabilisca espressamente che gli indici dovranno essere «oggettivi», è inevitabile riconoscere un margine minimo di discrezionalità in capo ai soggetti che valuteranno le prestazioni. Questo però non implica che il *rating* sarà influenzato da giudizi soggettivi, perché la soggettività verrà neutralizzata dalla compensazione statistica tra le innumerevoli informazioni che lo costituiscono. Tali criteri, poi, dovranno essere definiti tenendo conto da un lato dell'eterogeneità delle *performance* alle quali saranno applicati, dall'altro delle specifiche esigenze di ciascuna stazione appaltante.

Dall'esame dei singoli requisiti reputazionali richiamati dal d.lgs. 50/2016, poi, emerge che il richiamo al mancato utilizzo del soccorso istruttorio nella disciplina del *rating* sostituisce l'onerosità di questo strumento quale elemento deterrente contro il suo abuso, e che il riferimento alla denuncia di richieste estorsive e corruttive sarebbe stato più appropriato se formulato nell'ambito del *rating* di legalità piuttosto che nella disciplina del *rating* di impresa. È opportuno, inoltre, che le linee guida definiscano gli indici reputazionali legati al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione senza interpretare sistematicamente l'apposizione di riserve come un comportamento opportunistico, ma delineando una serie di criteri per individuare le peculiarità di ciascun caso concreto. Quanto all'incidenza ed agli esiti del contenzioso, è auspicabile l'istituzione di un meccanismo che non rilevi il mero grado di litigiosità giudiziaria di un'impresa, ma che scorpori da quest'ultimo tutte quelle azioni giudiziali che, pur non essendo state accolte, sono legittime; solo in questo modo, infatti, tale indice rifletterebbe fedelmente la pretestuosità del soggetto economico in questione. Il richiamo al contenzioso nella disciplina del *rating*, tra l'altro, si coordina difficilmente con le novità processuali introdotte dal Codice.

Per quanto riguarda i requisiti reputazionali, il decreto correttivo ha rappresentato indubbiamente un intervento migliorativo. Sopprimendo il *rating* di legalità quale criterio di attribuzione del *rating* di impresa, infatti, ha reso più coerente la loro relazione. Dall'analisi sistematica delle norme della versione aggiornata del Codice, tuttavia, emerge una criticità connessa all'art. 213, comma 7, il quale, in pieno contrasto con le modifiche apportate dal correttivo all'art. 83, comma 10, continua a legare il *rating* di impresa al *rating* di legalità. È quanto

mai opportuno, quindi, un intervento legislativo per coordinare le due disposizioni. Il problema, difatti, non potrà essere affrontato dalle linee guida, in quanto fonti del diritto sub-legislative.

Questi atti, invece, dovranno dare attuazione alle norme del Codice definendo tutti gli aspetti pratici del *rating* di impresa, in modo tale da rendere questo istituto pronto per essere applicato in concreto. Sulla base delle considerazioni formulate dall'ANAC e dagli *stakeholder*, la migliore soluzione consiste nella costruzione del *rating* quale indice unico, definito in base alla somma ponderata degli indicatori che lo costituiscono. Questi ultimi dovranno derivare da un numero minimo di prestazioni effettuate: in effetti il *rating*, per poter riflettere davvero l'affidabilità delle imprese, dovrà essere statisticamente significativo. Il sistema in questione, inoltre, dovrà valorizzare il cosiddetto "ravvedimento operoso", premiando le imprese che cambiano politica aziendale per migliorare il proprio *rating*. In questa prospettiva, è stato suggerito di istituire un sistema di aggiornamento dell'indice di tipo "misto": l'attualizzazione "automatica" dell'indice avverrebbe soltanto a determinate scadenze temporali, ma sarebbe concessa alle imprese la possibilità di richiederla in qualunque momento. Occorre, inoltre, "procedimentalizzare" il processo di assegnazione del *rating*, in modo tale da riconoscere ai destinatari la possibilità di condizionarlo e di tutelarsi per vie alternative a quelle giustiziali.

Quanto agli effetti, è positiva la soluzione individuata dal decreto correttivo: eliminando il riferimento alla «qualificazione» dall'art. 83, comma 10, del Codice, introducendo il *rating* di impresa nella disciplina relativa ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e riconducendolo esclusivamente a misure premiali, il d.lgs. 56/2017 ha semplificato il sistema reputazionale e lo ha reso più coerente con le sue finalità. Dall'analisi comparata dei modelli possibili, infatti, emerge come un suo impiego nella fase di ammissione avrebbe alterato il funzionamento dei requisiti speciali, rischiando di far qualificare imprese che, pur non soddisfacendoli, godono di una buona reputazione. Rimane da sciogliere, però, il problema attinente al divieto di commistione tra i requisiti di ammissione, relativi agli offerenti, ed i criteri di aggiudicazione, riguardanti le offerte. In sostanza, la compatibilità del *rating* di impresa, nonché del *rating* di legalità, con la disciplina degli appalti pubblici nazionale e comunitaria dipenderà dall'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale rispetto al tema del divieto di commistione: se, come sembra

probabile, i giudici proseguiranno sulla strada di un suo definitivo superamento, cadrà il principale impedimento logico, prima ancora che giuridico, alla piena e definitiva affermazione degli strumenti reputazionali.