

## CAPITOLO V

### *I REQUISITI SPECIALI DI PARTECIPAZIONE*

**SOMMARIO:** 1. I requisiti di partecipazione di carattere speciale. – 2. Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. – 3. Le linee guida ANAC come nuova fonte del diritto. – 4. Il *rating* d'impresa. – 4.1. Finalità dell'istituto e ambito di applicazione. – 4.2. Gli elementi costitutivi del *rating* di impresa. – 5. Le modifiche di cui al Decreto correttivo 2017. – 5.1. Le modifiche all'art. 83. – 5.2. Le modifiche all'art. 84.

#### **1. I requisiti di partecipazione di carattere speciale**

L'art. 83 del Codice contempla una disciplina eterogenea, scorrendo di un vasto novero di istituti, fortemente incisi dalla riforma del 2016 e dal recentissimo correttivo del 2017. Con esso vengono attuate le previsioni di cui all'art. 58 della direttiva 2014/24/UE, individuandosi le modalità di carattere oggettivo attraverso le quali le stazioni appaltanti possono procedere a una selezione quantitativa del numero dei partecipanti. Nel presente paragrafo sono presi in esame i requisiti di partecipazione aventi carattere speciale, mentre nel paragrafo successivo è analizzato il *rating* d'impresa. Al soccorso istruttorio, in ragione della centralità che riveste la relativa funzione, è dedicato un apposito capitolo.

Per quanto ora di interesse, l'art. 83 contiene la disciplina – *inter alia* – dei criteri di selezione degli operatori; tali criteri perseguono la funzione di accertare, in capo ai concorrenti, i c.d. requisiti di carattere speciale che consentono di definire, sotto il profilo qualitativo, la capacità professionale, economico-finanziaria e tecnico-professionale dei concorrenti, al fine di valutare la loro idoneità ad eseguire le prestazioni del contratto oggetto di affidamento.

È in primo luogo opportuno rilevare che la previgente disciplina distingueva tra le modalità di accertamento dei requisiti speciali nel settore dei lavori rispetto a quello dei servizi e delle forniture.

Con riferimento ai lavori, la qualificazione degli operatori economici si fondava sulle attestazioni delle società organismi di attestazione (c.d.

SOA) che rilasciavano, all'esito di un'apposita verifica svolta sui singoli richiedenti, un certificato attestante la capacità dell'imprenditore in ordine all'esecuzione di determinate tipologie di lavori e fino a specifiche soglie di importo. Invece, con riguardo agli appalti di servizi e forniture, le previgenti norme individuavano molteplici parametri sulla base dei quali valutare la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale degli operatori. Alle stazioni appaltanti era, dunque, rimessa la definizione, nell'ambito della documentazione di gara, degli specifici requisiti da richiedere in funzione del singolo appalto, con il vincolo della pertinenza e della proporzionalità rispetto all'oggetto dell'affidamento.

Per quanto concerne i principi e criteri direttivi indicati dalla legge delega al legislatore delegato, emerge in primo luogo la *“definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica, ivi compresa quella organizzativa, e professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, nonché a favorire l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese”* (l. n. 11/2016, comma 1, lett. r).

Il legislatore delegante evidenzia dunque la necessità che anche – e forse soprattutto – la disciplina dei criteri di selezione sia ispirata al *favor participationis* che rappresenta, nell'interesse delle Amministrazioni e degli operatori economici, un principio fondamentale che informa l'intera disciplina dei contratti pubblici. Inoltre, in ossequio a quanto riportato nel Considerando n. 78 della direttiva 2014/24/UE, si ribadisce che i requisiti di carattere speciale devono essere congegnati onde favorire l'accesso alle gare delle PMI, fermo restando il generale principio di proporzionalità dei requisiti richiesti e di loro attinenza all'oggetto dell'appalto.

Fra i principi ispiratori della riforma va, inoltre, segnalato l'obiettivo riguardante la *“revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità”* (l. n. 11/2016, comma 1, lett. uu).

Il legislatore delegato ha dato attuazione ai richiamati principi attraverso le disposizioni contenute negli articoli 83 e 84, rispettivamente dedicati, sia pure *in parte qua*, ai “criteri di selezione” e al “sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici”.

Sebbene entrambe le norme riguardino i requisiti degli operatori, con riferimento al loro alveo applicativo, sembra doversi ritenere che l’art. 83 – nella parte in cui disciplina i requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionali – vada riferito specificatamente agli appalti di servizi e forniture mentre l’art. 84 ai lavori. In tal senso, opina peraltro il parere reso sullo schema di decreto legislativo dal Consiglio di Stato che, facendo leva sul carattere speciale del regime previsto dall’art. 84, ha ritenuto le disposizioni sui requisiti di carattere speciale contenute nell’art. 83 (commi 4, 5 e 6) riferibili ai servizi ed alle forniture.

Il Consiglio di Stato rimarca, inoltre, come l’art. 83 assuma un contenuto alquanto eterogeneo, comprendendo, nel proprio ambito, regole riguardanti aspetti diversi della procedura: – i criteri di selezione dei concorrenti; – il soccorso istruttorio (riferito, in termini generali, a tutti gli aspetti formali dell’offerta); – la definitiva cristallizzazione delle offerte ammesse alla selezione, all’esito della fase di ammissione; – il sistema di premialità e penalità da istituire presso l’ANAC. Per una migliore comprensione del testo, suggerisce la Commissione Speciale, sarebbe stato opportuno suddividere l’attuale art. 83 in separati articoli, anche mediante una più accurata formulazione ed un migliore coordinamento con le diverse fasi della procedura.

Con specifico riguardo alla disciplina dei criteri di qualificazione, alla stregua del comma 1 essi devono riguardare esclusivamente i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria nonché quella tecnico-professionale.

Atteso che l’individuazione dei requisiti di partecipazione alla gara può costituire un elemento fortemente limitativo della concorrenza (rischiando di ridurre il numero dei soggetti in grado di essere ammessi alla procedura), il codice, al comma 2, circoscrive la discrezionalità delle stazioni appaltanti. La norma impone, in particolare, che i requisiti previsti dal bando siano *attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto*, onde poter soddisfare l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Con riferimento ai requisiti di capacità professionale, il comma 3 stabilisce che i concorrenti, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato, o presso i competenti ordini professionali. L’iscrizione

presso la camera di commercio consente di determinare, sia pure in termini generali, l'area di attività del concorrente e la sua corrispondenza rispetto al contenuto contrattuale, al fine di dimostrare che il soggetto abbia maturato esperienza nel settore.

La corrispondenza fra le aree per cui si è effettuata l'iscrizione e l'appalto oggetto di affidamento non deve tradursi, alla stregua della recente giurisprudenza, in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, atteso che tale prospettiva, per un verso, finirebbe per contraddire l'esigenza funzionale di *favor participatōnis* e, per altro verso, frustrerebbe la finalità di confronto concorrenziale cui l'evidenza pubblica è preordinata.

Il secondo periodo del comma 3 ammette che, per i concorrenti che appartengono ad un altro Stato membro ma non risiedono in Italia, venga richiesta la prova dell'iscrizione in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI. La dimostrazione di detta iscrizione può avvenire alternativamente: mediante una dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato di appartenenza; attraverso un'attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui si è residenti.

Con specifico riferimento agli appalti pubblici di servizi, la norma precisa ulteriormente che, se gli offerenti debbano possedere una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione, per poter prestare nel proprio Paese d'origine i servizi in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione.

Rispetto al tenore della norma, raffrontata con il precedente regime, è possibile osservare che in passato l'iscrizione alla camera di commercio o presso gli ordini professionali poteva essere discrezionalmente richiesta dalla stazione appaltante, anche in funzione delle caratteristiche del contratto, mentre l'art. 83, introducendo un diverso modo deontico, prevede che i concorrenti, ai fini della sussistenza dei requisiti di idoneità professionale, "devono" essere iscritti presso i registri di cui si è detto. Alla luce del diverso tenore letterale della norma, è lecito domandarsi se possa ritenersi ancora attuale l'orientamento giurisprudenziale che riteneva ammissibile, in passato, la partecipazione alle gare anche di associazioni di volontariato ed Onlus sulla base del duplice presupposto che l'iscrizione alla C.C.I.A.A. non fosse un requisito "indefettibile" di partecipazione alle gare di appalto e che enti, pur non agendo per scopo di lucro, potessero comunque svolgere, in maniera marginale, attività commerciali.

Con riguardo alla capacità economico-finanziaria, la verifica di detti specifici requisiti costituisce lo strumento volto ad accertare il possesso, in capo all'operatore economico, di un'adeguata solidità economica nonché, eventualmente, di pregresse esperienze nel settore oggetto dell'appalto.

Nello specifico, per verificare la capacità finanziaria dei concorrenti, il comma 4 dell'art. 83 offre alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere nel bando di gara: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto; b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività; c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

In merito all'individuazione, nell'ambito della singola gara, dei requisiti da prevedere nel bando, è opportuno ribadire che, nel settore dei servizi e delle forniture (ove manca uno specifico sistema di qualificazione degli operatori economici), le stazioni appaltanti godono di taluni margini di discrezionalità, salvo il rispetto dei ricordati principi di pertinenza e di proporzionalità. La norma, tuttavia, relativamente al fatturato annuo, pone ulteriori specifiche limitazioni, prevedendo, in particolare, che l'importo richiesto non possa comunque superare il *doppio del valore stimato dell'appalto*.

Eventuali deroghe alla regola appena enunciata risultano ammissibili solo ove sussistano circostanze, adeguatamente motivate, relative ai rischi specifici connessi alla natura dell'appalto. In ogni caso, al fine evitare indebite restrizioni della concorrenza, la norma richiede un particolare onere motivazionale a carico della stazione appaltante che intenda richiedere un fatturato minimo annuo, prevedendo che ne vengano indicate le ragioni nei documenti di gara.

Il generale impianto delineato dal codice si pone, dunque, in linea con l'obiettivo – perseguito anche dal Legislatore europeo – di favorire l'ingresso nel mercato delle commesse pubbliche anche delle piccole e medie imprese, la cui partecipazione alle gare sarebbe irrimediabilmente compromessa ove le amministrazioni aggiudicatrici fossero libere di pretendere volumi di fatturato del tutto sproporzionati rispetto al contratto da affidare.

Rispetti ai temi trattati, il codice introduce, infine, ulteriori specificazioni per particolari tipologie di affidamento, prevedendo in particolare che: per gli appalti divisi in lotti, il fatturato minimo annuo può essere riferito a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario possano essere affidati più lotti da eseguirsi contemporaneamente; per gli accordi quadro, aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il fatturato annuo va calcolato sulla

base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro; per i sistemi dinamici di acquisizione, il fatturato annuo massimo è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema.

In ordine ai requisiti di carattere speciale, il codice disciplina, infine, l'accertamento della capacità tecnica tesa a dimostrare che i concorrenti possiedano le risorse umane e tecniche nonché l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con adeguati *standard* di qualità. Attraverso tali verifiche la stazione appaltante è, dunque, messa nelle condizioni di accertare la consistenza e la struttura aziendale dell'impresa concorrente, onde vagliarne l'adeguatezza rispetto alla commessa da eseguire.

Ferma la regola generale secondo la quale i requisiti da richiedere nella *lex specialis* di gara devono essere pertinenti e proporzionati rispetto all'oggetto dell'affidamento, il codice detta poi una specifica disciplina con riferimento alle procedure riguardanti la fornitura che implicano attività di lavori di posa in opera o di installazione. In tali ipotesi, la norma precisa che la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione può essere valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità.

Individuati i requisiti che permettono la qualificazione degli operatori, il comma 7 – fatto salvo il regime previsto per gli esecutori di lavori pubblici di cui all'art. 84 nonché quanto stabilito dall'art. 85 recante la disciplina del documento di gara unico europeo (c.d. DGUE) – stabilisce che la dimostrazione delle predette capacità economico-finanziarie e tecnico-professionali deve essere fornita, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi, utilizzando i mezzi di prova di cui all'art. 86, commi 4 e 5.

In proposito, il Consiglio di Stato ha posto in evidenza un difetto di coordinamento tra il sistema di qualificazione, i mezzi di prova indicati dall'art. 86, commi 4 e 5, e il documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, suggerendo conseguentemente opportuni adeguamenti per definire con maggiore chiarezza i rapporti tra i diversi istituti.

Pur prendendo atto dell'autorevole parere espresso in sede consultiva dai Giudici di Palazzo Spada e concordando con le auspiccate esigenze di coerenza e chiarezza del testo normativo, anche nell'attuale formulazione (ferma restando la specialità del regime per la qualificazione nel settore dei lavori pubblici), potrebbe rilevarsi che il DGUE, sebbene chiaramente improntato a logiche di semplificazione, assolve comunque alla funzione di consentire agli offerenti di attestare la presenza dei requisiti tramite autodichiarazione. Gli strumenti di semplificazione introdotti per ridurre gli oneri

documentali a carico dei concorrenti non esonerano comunque l'operatore economico dal fornire la prova – su richiesta della stazione appaltante o, in via obbligatoria, quando risulti aggiudicatario o secondo classificato – di quanto dichiarato in sede di autocertificazione.

In tale contesto, ferma la sufficienza del DGUE per la partecipazione alla gara, il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 86, commi 5 e 6, sembrerebbe corretto in quanto riguardante la fase, eventuale o necessaria, di dimostrazione documentale dei dati dichiarati in sede di partecipazione.

Per quanto attiene all'individuazione dei requisiti richiesti in relazione alla singola gara, il comma 8, inoltre, impone alla stazione appaltante di indicare nella *lex specialis* le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova.

La disposizione in commento, oltre a ribadire la regola secondo la quale le qualità da richiedere ai concorrenti devono essere predeterminate nel bando, sembra comunque confermare che la stazione appaltante goda ancora di una certa discrezionalità nella determinazione dei requisiti speciali ritenuti necessari in funzione del contratto da affidare.

L'esigenza di assicurare che la qualificazione degli operatori non si risolva in un accertamento meramente documentale è, infine, assicurata demandando espressamente alle stazioni appaltanti l'effettuazione di una verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali (ivi comprese le risorse umane e organiche dell'impresa) nonché delle attività effettivamente eseguite.

## **2. Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici**

L'art. 84 recepisce il criterio direttivo di cui alla lettera *uu)* della legge delega, con il quale si è richiesta la “revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità”.

L'operatività dell'art. 84, dedicato al solo sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, è condizionata alla emanazione delle

linee guida ANAC, da adottarsi entro un anno dall'entrata in vigore del codice.

Invero, come risulta dall'art. 83, comma 2, secondo periodo, che richiama l'art. 216, comma 14, del codice, fino all'adozione di tali linee guida, più volte menzionate nell'art. 84, continueranno ad applicarsi, in quanto compatibili, gli artt. da 60 a 96 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del vecchio codice (D.P.R. n. 207/2010, parte II, Titolo III, rubricato "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori"), con gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati.

L'art. 84, per quanto compatibile, è richiamato espressamente dall'art. 133, in tema di appalti nei settori esclusi. Le disposizioni sui requisiti di qualificazione sono anche richiamate, per quanto compatibili, dall'art. 164, comma 2, in tema di affidamento di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi.

L'art. 84, dunque, si pone in sostanziale continuità con l'art. 40 del vecchio codice, rispetto al quale presenta delle peculiarità che saranno ora evidenziate.

Viene anzitutto confermato, ai comma 1 e 4, che gli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro dimostrano la propria qualificazione attraverso l'attestazione di appositi organismi di diritto privato (le SOA) autorizzati dall'ANAC, i quali attestano:

- il possesso dei requisiti di carattere generale;
- il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale;
- il possesso di certificazioni di sistemi di qualità rilasciate da soggetti accreditati;
- infine (ed è la novità rispetto all'art. 40, comma 3, del vecchio codice), il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'ANAC ai sensi dell'art. 83, comma 10.

A norma del comma 11, la qualificazione della SOA ha efficacia per cinque anni, con necessità della verifica triennale, già prescritta dall'art. 76 del D.P.R. n. 207/2010.

Il sistema di qualificazione, che ai sensi del comma 5, e come già previsto dal vecchio codice (art. 40, comma 2), resta articolato in rapporto alle tipologie (c.d. categorie di opere) e all'importo dei lavori, è unico, nel senso che le stazioni appaltanti non possono esigere altra qualificazione, ma solo ed eventualmente richiedere, limitatamente agli appalti di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, requisiti aggiuntivi finalizzati a un più incisiva verifica della capacità economico – finanziaria e della capacità professionale (comma 7).

Numerosi commi dell'art. 84 sono poi dedicati ai poteri di vigilanza



dell'ANAC, alla promozione della effettività e della qualità dei controlli effettuati dalle SOA e alla anticipazione di una futura ed eventuale evoluzione o rimediazione del sistema di qualificazione.

In particolare, quanto alla vigilanza, fermi restando i poteri di ispezione, controllo a campione e richiesta documentale dell'ANAC, già contemplati dall'art. 71 del D.P.R. n. 207/2010, viene introdotto l'obbligo delle stazioni appaltanti di effettuare controlli a campione e di segnalare immediatamente all'ANAC le eventuali irregolarità riscontrate (comma 6).

In definitiva, l'art. 84, pur tratteggiando un sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici sostanzialmente analogo a quello previgente, fatta salva la disciplina di dettaglio che risulterà all'esito dell'adozione delle linee guida di cui all'art. 83, comma 2, si caratterizza per un incremento dei controlli sulle attività delle SOA, senza peraltro nascondere, in chiave programmatica, l'idea di rivalutare la tenuta complessiva del sistema (di qui il compito di ricognizione straordinaria rimesso all'ANAC dal comma 3) e di implementare il sistema di qualificazione (anche coinvolgendo le stazioni appaltanti per attuare modalità di qualificazione alternative o sperimentali) fino all'ipotesi del graduale superamento del sistema unico di qualificazione.

L'impressione è che il Legislatore non nutra piena fiducia nel sistema attuale, il che assegna alla norma in commento una funzione inusuale e un ruolo destabilizzante e contraddittorio, laddove si mescolano, con scarsa organicità, direttive per l'attuazione di una disciplina di dettaglio con istanze di ripensamento del sistema.

Per completare il quadro, giova ricordare che, con le già citate linee guida di cui all'art. 83, comma 2, l'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni Parlamentari, era chiamata a disciplinare, quanto alla esecuzione di lavori pubblici:

- il sistema di qualificazione, nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, rotazione e al fine di favorire l'accesso al mercato delle MPMI (art. 83, comma 2);
- i casi e le modalità di avvalimento (art. 83, comma 2);
- la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 83 (art. 83, comma 2);
- l'individuazione di livelli standard di qualità dei controlli che le SOA devono effettuare, con particolare riferimento a quelli di natura non meramente documentale (art. 84, comma 2);
- le modalità di riscontro alle istanze di verifica, motivate e documentate, presentate dalle imprese, dalle SOA o dalle Stazioni appaltanti (art. 84, comma 6);
- i casi e le modalità di sospensione o di annullamento delle attestazioni

SOA, nonché di decadenza delle autorizzazioni degli organismi di certificazione (art. 84, comma 8);

- i criteri per la determinazione dei corrispettivi dell'attività di qualificazione (art. 84, comma 8).

In caso di violazione delle emanande linee guida, l'ANAC poteva irrogare sanzioni amministrative pecuniarie da applicarsi con criteri di proporzionalità e adeguatezza alla gravità dell'infrazione. Nei casi più gravi potrà comminare la sospensione dell'attività di impresa ovvero la decadenza dell'autorizzazione.

Il decreto correttivo del 2017 ha sostituito le linee guida dell'ANAC con il diverso strumento del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare su proposta dell'ANAC.

### 3. Le linee guida ANAC come nuova fonte del diritto

La avvenuta rimessione alle linee guida ANAC della disciplina del sistema di qualificazione, induce a interrogarsi sulla collocazione delle “linee guida vincolanti” nell'ambito del sistema delle fonti; se cioè si tratti, così come ritenuto nel parere consultivo del Consiglio di Stato, di atto di regolazione, sul modello di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ovvero di atto normativo atipico.

Il dibattito non è privo di riflessi pratici, considerato che l'inquadramento delle suddette linee guida tra gli atti sostanzialmente normativi rischia di mettere in discussione la compatibilità costituzionale della disposizione che avrebbe autorizzato l'emanazione di atti di normazione secondaria al di fuori dello schema del regolamento (ammessane la tipicità e tassatività), nonché ad opera di autorità priva di responsabilità politica; con ulteriori risvolti costituzionalmente problematici nei casi in cui tale atipica normazione secondaria si espliciti in aree estranee alla competenza esclusiva dello Stato. A tacere della lesione delle prerogative consultive del Consiglio di Stato e dell'eventuale eccesso di delega in ipotesi di mancata autorizzazione ad affidare la disciplina di dettaglio a un atto atipico.

Quanto alle linee guida di cui agli art. 83, comma 2, e 84, va ricordato che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere consultivo che ha preceduto la pubblicazione del nuovo codice, aveva rilevato la natura intrinsecamente normativa di aspetti rimessi alla disciplina attuativa dell'ANAC e aveva suggerito al Governo “*di valutare se riconfermare tale riparto di attribuzioni, ovvero modificarlo (affidando una parte di tale materia alle linee guida ministeriali adottate su proposta dell'ANAC, lasciando comunque all'ANAC la disciplina delle SOA, secondo quanto già previsto dall'abrogando D.Lgs. n. 163/2006)*”. Il suggerimento, peraltro, non è stato seguito nella

versione definitiva del codice che ha lasciato inalterato l'oggetto delle linee guida ANAC, fatta salva l'introduzione del previo parere delle competenti Commissioni Parlamentari.

Come ricordato nel paragrafo precedente, il decreto correttivo del 2017 ha sostituito le linee guida dell'ANAC con il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare su proposta dell'ANAC.

#### **4. Il *rating* d'impresa**

Per quanto concerne il *rating* d'impresa, si osserva, come anticipato, che l'art. 83, comma 10, del nuovo Codice stabilisce che è istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del *rating* di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del *rating* di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

Proprio con riferimento al *rating* d'impresa, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha inviato un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento (1 febbraio 2017, n. 2), che giova ripercorrere nelle sue linee essenziali.

L'art. 1, co. 1, lett. uu), della legge n. 11/2016 assegna al legislatore delegato il compito di procedere alla: «revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, tra-

sparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di *rating* di legalità».

Tale delega è stata esercitata attraverso il suindicato comma 10 dell'art. 83.

Il *rating* di impresa occupa un ruolo chiave nel processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici: esso è infatti finalizzato a valutare, valorizzare e di riflesso promuovere la performance contrattuale degli operatori economici e, al tempo stesso, la qualità nell'esecuzione dei contratti pubblici e il conseguente efficientamento del mercato di riferimento. Si tratta di obiettivi raggiungibili attraverso la selezione dei più affidabili e corretti performer cui garantire l'accesso alla gara proprio tramite il più idoneo utilizzo del *rating* di impresa, garantendo, in tal modo, qualità, rispetto dei tempi e dei costi in fase esecutiva. Per l'incremento del tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici, infatti, è parimenti rilevante l'abbattimento non solo dei costi di transazione connessi all'affidamento del contratto ma anche di quelli per l'appunto connessi all'esecuzione dell'accordo.

Il *rating* d'impresa, ai sensi dell'art. 84, co. 4, del Codice, si inserisce quale, quarto pilastro fondamentale, tra gli elementi su cui si è tradizionalmente basato il sistema di qualificazione, venendo giustapposto ai requisiti di moralità di cui all'art. 80, alla capacità tecnico-professionale ed economico-organizzativo di cui all'art. 83 e alla certificazione di qualità.

Come risulta dalla lettura delle due norme riportate in incipit, all'Autorità sono stati affidati dal Codice delicati compiti di regolazione, certificazione e gestione del citato sistema di *rating*. Ai sensi dell'art. 83, co. 10, infatti, l'Autorità deve definire i requisiti reputazionali, i rispettivi criteri di valutazione, nonché le modalità di rilascio della certificazione, da utilizzarsi ai soli fini della qualificazione degli operatori economici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

#### *4.1. Finalità dell'istituto e ambito di applicazione*

L'Autorità Anticorruzione afferma di condividere i principi e le finalità sottese all'introduzione del *rating* di impresa ritenendo l'istituto un elemento