

MEMORANDUM (9 MARZO 2016, ORE 17.00). “Modifica dell'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27”. A proposito del c.d. “rating di legalità delle imprese”.

Paolo Mazzoli¹

Premessa metodologica.

1. Traduzione del termine anglosassone *rating* nella lingua italiana: classificazione, indice, affidabilità creditizia (*credibility rating, credit rating*), graduatoria (*tier rating*), valutazione, popolarità (fonte: *wordreference.com, Collins Italian Dictionary* 1995).
2. Consiglio di Stato. Sezione Consultiva per gli Atti Normativi. Parere n. 2697 dell'11 giugno 2013 (Pres. Frattini, Red. Rocco). Numero affare 01278/2013.

Dalla lettura del suddetto parere si possono desumere utili strumenti interpretativi:

- Sistema e classificazione delle fonti (punto 2)
- Terminologia (punto 3.1.)
- Approfondimento sul concetto di *impresa* [*sede legale, sede operativa, sede amministrativa, sede di attività, sede secondaria, unità locale, domicilio fiscale, GEIE, impresa straniera*] (punto 3.2.)
- Disciplina riguardante le modalità di considerazione del *rating* (punto 5.1.)
- Semplificazione amministrativa in applicazione del principio generale di non aggravamento del procedimento amministrativo (punto 5.2.)
- Critica al c.d. criterio/criteri di *premierità* (punto 5.3.)
- Possibile criticità in ordine alla concreta individuazione delle amministrazioni tenute all'adempimento (punto 5.5.)
- Modalità di considerazione del *rating* di legalità delle imprese; modalità di considerazione delle modifiche al *rating* di legalità; omessa valutazione del *rating*
- attribuito (punti 6.1., 6.2., 6.3.).

Osservazioni

Come è noto, la vigente normativa conferisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il potere di concedere alle imprese le *stellette* relative al *grado di legalità* delle medesime, sulla scorta di parametri predeterminati.

Con delibera del 14 novembre 2012, n. 24075 (come da ultimo modificata con Delibera 4 del 4 dicembre 2014, n. 25027), l'AGCM ha adottato il Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità, il quale, all'articolo 2, elenca i requisiti che devono essere posseduti dall'impresa per l'attribuzione della valutazione positiva di legalità.

¹ Per obbligo professionale di riservatezza non si indica il committente dello studio.

Fermo restando che la valutazione di legalità non dovrebbe essere circoscritta alle sole imprese che abbiano un fatturato minimo di due milioni di euro, dovendosi ampliare il novero degli operatori economici interessati, a prescindere dal dato economico, verosimilmente la coesistenza dei sopraelencati requisiti trova la propria ragion d'essere laddove la valutazione di legalità abbia un qualche valore per imprese che chiedano contributi economici pubblici e, in generale, accesso al credito bancario – come peraltro emerge dalla lettura del parere del Consiglio di Stato n. 2697 dell'11 giugno 2013 – risultando, al contrario, di più difficile applicazione nel settore degli affidamenti pubblici.

D'altro canto, la disposizione secondo cui *“Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta”* non è di facile lettura, posta la vaghezza e non puntualità della espressione **“tenere conto”** rispetto al comportamento che dovrebbe assumere la P.A.

Come è noto, ancorché il Codice degli Appalti sia oggetto, proprio in questi giorni, di un importante intervento di riforma, reso necessario dal recepimento delle Direttive nn.2014/23/UE e 2014/24/UE, non può non rilevarsi che, alla luce del vigente impianto normativo, da un lato, uno dei principi generali sottesi al corretto espletamento delle procedure ad evidenza pubblica è quello *favor participationis* e, dall'altro, che l'**articolo 38** del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nella attuale formulazione, disciplina i requisiti di carattere generale che devono essere posseduti dagli operatori economici all'atto della domanda di partecipazione e per l'intera durata dell'appalto.

Ebbene nonostante molti dei requisiti richiesti per accedere alla c.d. *valutazione di legalità* ai sensi del Decreto Legge n. 1/2012 coincidano con quelli richiesti dall'articolo 38 del Decreto Legislativo n. 163/2006, non vi è tuttavia una totale corrispondenza, atteso che i requisiti sanciti dalla delibera della AGCM, attuativa come detto del Decreto Legge n. 1/2012, sono (correttamente) tarati sull'accesso al credito più che sulla affidabilità nell'esecuzione dei contratti.

Conseguentemente, ove oltre al possesso dei requisiti specificamente prescritti dal Codice degli Appalti fosse previsto anche il possesso dei requisiti stabiliti dal Decreto Legge n. 1/2012 per l'accesso al credito pubblico, ne deriverebbe per l'operatore economico un ingiustificato aggravio nella partecipazione alle gare pubbliche, da cui la inevitabile lesione del principio del *favor participationis*.

In aggiunta alle considerazioni che precedono, un'ulteriore criticità andrebbe ravvisata in ordine all'obbligo della P.A. (nelle sue attuali e varie articolazioni) di tenere conto della valutazione di legalità: invero, alla Stazione Appaltante verrebbe chiesto di operare una *valutazione discrezionale* sul *rating* degli operatori economici partecipanti, con ciò esponendosi al rischio di criticità (contenzioso e/o censura da parte degli organi di controllo autonomi o giurisdizionali).

Si rammenta che la bozza del nuovo Codice degli Appalti, all'**articolo 95**, prevede che la P.A. possa inserire, tra i criteri di aggiudicazione delle *offerte economicamente più vantaggiose*, quello della *qualità*, in cui si ritaglia un proprio spazio proprio il *rating* di legalità.

Significativo, a tale proposito, è l'**articolo 213**, il quale disciplina i poteri ed i compiti dell'ANAC, occupandosi, ai commi 7 e seguenti, proprio del raccordo tra l'attività di quest'ultima in qualità di soggetto vigilante sul settore degli appalti e quella dell'AGCM, in qualità di soggetto cui è rimessa l'attribuzione del *rating* di legalità.

L'attività di raccordo delle predette Autorità indipendenti è senz'altro auspicabile e l'effettiva realizzazione della **banca dati nazionale**, ove si dia contezza di eventuali illeciti commessi dalle imprese, consentirebbe di avere un aggiornamento costante sulla "salute" degli operatori economici partecipanti alle gare pubbliche.

In conclusione, l'inserimento all'interno dell'**articolo 5 ter** della obbligatorietà del riconoscimento della valutazione di legalità per la partecipazione alle gare pubbliche, oltre a collidere con la previsione dello stesso articolo sulla scorta del quale la P.A. "*tiene conto*" (senza vincolare quindi l'operato della P.A.) del *rating*, determinerebbe un aggravio nei confronti degli operatori economici e sarebbe ultroneo rispetto alle previsioni dei requisiti di ordine generale attualmente previsti dal Codice degli Appalti.

Siffatto inserimento avrebbe senso solamente se operato nella norma che disciplina il possesso dei requisiti di ordine generale – attualmente l'articolo 38 del Decreto Legislativo n. 163/2006 – mentre, qualora avvenisse in una normativa separata, finirebbe per generare confusione senza raggiungere l'obiettivo prefissato.

Si osservi, peraltro, che l'obbligatorietà di tale *rating* è stata esclusa proprio dal "nuovo" Codice degli Appalti (ancora in corso di approvazione), laddove, correttamente, la valutazione della legalità delle imprese viene presa ad indice della qualità dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, senza tuttavia vincolare la Stazione Appaltante nelle proprie scelte decisionali.

Quale ultima riflessione si osserva che il termine lessicale adoperato (*rating* di legalità) nel settore della c.d. *evidenza pubblica* contiene in sé un sintomo di contraddittorietà costituito dall'utilizzo - non necessario - di un nomenclatore di origine *anglosassone* (come tale suscettibile di variegata interpretazioni che tendono a superare il criterio *formale* per giungere a quello *teleologico*) accoppiato con il termine **legalità** la quale dovrebbe essere declinata, anche in ossequio all'articolo 97 della Costituzione, in termini assoluti (lecito/illecito, legittimo/illegittimo) e non relativi (cosa, invece, possibile nel campo della valutazioni economiche). Ciò comporta il rischio di una potenziale interruzione logicoargomentativa nel circuito di valutazione *scopo/obiettivo – idoneità a conseguire lo scopo perseguito – proporzionalità*.

Riflessione, questa, che trova nella esperienza dei "*patti di integrità per le gare pubbliche*" una prognosi di *inidoneità* del mezzo se non perfettamente calato e correlato alla complessa materia della evidenza pubblica.