

## **AS1661B - NORMATIVA ISTITUTIVA DEL RATING DI IMPRESA CON PARTICOLARE RIGUARDO AL RAPPORTO TRA RATING DI IMPRESA E RATING DI LEGALITÀ**

Roma, 21 maggio 2020

Senato della Repubblica Italiana  
Camera dei Deputati  
Presidenza del Consiglio dei Ministri

Nello svolgimento delle attività istituzionali dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è emersa l'opportunità di fornire indicazioni riguardo alla necessità di definire il rapporto intercorrente tra rating di impresa e rating di legalità.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") e l'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC"), ciascuna per i profili di propria competenza, intendono pertanto formulare le seguenti considerazioni sull'interpretazione e la definizione della disciplina applicabile al rating di impresa, ai sensi degli artt. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e 213, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

### ***Premessa per il coordinamento tra rating di legalità e rating di impresa***

Ai fini del coordinamento tra il rating di legalità e il rating di impresa, il legislatore vanta ora una maggiore consapevolezza sui margini di utilizzo di entrambi, acquisita grazie alla crescente applicazione del primo e all'approfondimento delle potenzialità del secondo.

Tali istituti rappresentano, nel panorama europeo, creazioni originali della normativa nazionale, in quanto non previsti dalle direttive di settore, introdotti quali indici di misurazione della reputazione dell'impresa, in modo da incrementare i tassi di efficienza e trasparenza nel mercato.

Entro l'inquadramento generale, si sono andate via via definendo le peculiarità rispettive, quanto alla natura e alla finalità dei due istituti. Il rating di legalità promuove l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, agevolando l'ottenimento di finanziamenti pubblici o privati in costanza di una *governance* virtuosa, ispirata alla legalità, al rispetto della deontologia, della sicurezza sul lavoro e dell'ambiente. Il rating di impresa traduce l'affidabilità dell'operatore economico quanto alla qualità della prestazione finale che è in grado di assicurare in base alle *past performances*, riducendo i rischi di esecuzione, di prezzo nonché di corruzione.

Le differenze delineate, ove opportunamente disciplinate, consentono agli operatori di utilizzare i due rating anche in via complementare, senza sovrapposizioni capaci di ingenerare confusione e/o distorsioni della concorrenza.

### ***Il quadro normativo di riferimento***

La cornice normativa di riferimento è tratteggiata, nell'ambito del Codice dei contratti pubblici, dagli artt. 83 «Criteri di selezione e soccorso istruttorio», 93 «Garanzie per la partecipazione alla procedura», 95 «Criteri di aggiudicazione dell'appalto» e 213 «Autorità Nazionale Anticorruzione».

Nell'impostazione originaria del Codice, il rating di legalità rappresentava una componente del rating d'impresa. Il testo previgente dell'articolo 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva «*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*». Con tale disposizione, era coerente l'articolo 213, comma 7, nella parte in cui (tuttora) dispone che «*Il rating di legalità concorre anche alla determinazione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10*».

Il rating di impresa rilevava dunque solo ai fini della selezione degli offerenti, quale indice primario «di capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa», sicché, in tale sede, si ritenne di qualificare l'affidabilità guardando, non solo allo storico dei contratti pubblici stipulati ed eseguiti, ma alla reputazione sociale, etica, ambientale, di cui il rating di legalità è espressione.

Peraltro, si sottolinea come il rating d'impresa non comparisse né ai fini della riduzione dell'importo della garanzia dovuta per partecipare a procedure d'evidenza pubblica, ai sensi dell'articolo 93, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, né quale criterio di valutazione delle offerte, ai sensi dell'articolo 95, comma 13, del medesimo decreto.

Rispetto a siffatta disciplina, era stato posto in evidenza<sup>1</sup> che l'impiego di indicatori di natura soggettiva nei criteri reputazionali si sarebbe potuto scontrare con l'obiettivo di fondo del Codice di garantire la più ampia partecipazione alle piccole e medie imprese, violando così i principi di parità e di non discriminazione, con particolare riguardo alle nuove entranti, a quelle non aventi sede operativa in Italia nonché con fatturati sotto la soglia prevista dalla legge istitutiva del rating di legalità.

Il legislatore ha condiviso le perplessità sollevate e con il d.lgs. n. 56/2017 ha eliminato dal rating di impresa le caratteristiche soggettive degli operatori economici per riferirlo, principalmente, alle *past performances*: dall'attuale articolo 83, comma 10, del Codice è stato infatti eliminato il rinvio al rating di legalità quale elemento costituente del primo.

Inoltre, al rating di impresa è stato dedicato uno spazio analogo a quello del rating di legalità in punto di garanzie per la partecipazione alle gare, nonché di calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ne è discesa, *in primis*, la modifica dell'articolo 93, comma 7, cit. nella parte in cui, tra le condizioni al ricorrere delle quali l'impresa beneficia della riduzione dell'importo della cauzione, provvisoria o definitiva, accorda una riduzione del 30% agli operatori economici in possesso del rating di legalità e del rating di impresa o dell'attestazione del modello organizzativo ex D. Lgs. 231/2001 o di altre specifiche certificazioni.

In secondo luogo, viene ampliato il novero dei criteri di aggiudicazione contenuto nell'articolo 95, poiché al comma 13 viene stabilito che, compatibilmente con il rispetto dei principi UE, le stazioni appaltanti «*indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggiore rating di legalità e di impresa, alla valutazione dell'impatto generato di cui all'articolo 1, comma 382, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit, nonché per agevolare la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento*».

### **Motivi della segnalazione**

Espunto il riferimento al rating di legalità dall'articolo 83, comma 10, del Codice, allo stato sussiste un mancato coordinamento tra disposizioni di legge, in quanto è rimasto invariato il testo dell'articolo 213, comma 7, secondo cui «*il rating di legalità concorre anche alla determinazione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10*», disposizione che, pertanto, dovrebbe essere soppressa.

Stante il previgente, ormai superato, parallelismo, mantenere il richiamo al rating di legalità nell'ambito dell'articolo 213, comma 7, rischia di confondere le stazioni appaltanti in ordine alla portata dei due istituti.

Allo scopo di eliminare contraddizioni e incertezze nel ricorso ai due istituti e di garantire l'affidamento degli operatori economici, in un'ottica di efficienza del sistema degli appalti pubblici, l'AGCM e l'ANAC ritengono che l'articolo 213, comma 7, del Codice debba essere ricondotto alla sua finalità di regolare unicamente la collaborazione volta alla rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del rating di legalità, senza che quest'ultimo concorra anche alla determinazione del rating di impresa.

Ciò è in linea con la diversità strutturale e teleologica che qui si ribadisce: il rating di legalità mira alla promozione e all'introduzione di principi di comportamento etico nelle dinamiche aziendali, mentre il rating di impresa è concepito per assicurare l'affidabilità degli operatori economici nei contratti con la PA, in ragione delle pregresse *performances*.

Un ulteriore rilievo concerne l'attuale formulazione degli artt. 93, comma 7, e 95, comma 13, d.lgs. n. 50/2016. Con riguardo ad entrambi, la novella del 2017 ha inteso rispondere all'esigenza di inserire il rating di impresa accanto al rating di legalità, attestandone l'indipendenza concettuale e funzionale. D'altronde, il raffronto tra le due norme ingenera dubbi qualora vengano lette secondo un'interpretazione strettamente letterale. Il tenore dell'articolo 93, comma 7, porta a ritenere che il rating di impresa debba essere posseduto congiuntamente al rating di legalità, in quanto tra i due vi è la congiunzione "e" contrapposta alla disgiunzione "o" per le altre certificazioni utili alla riduzione dell'importo cauzionale. Viceversa, nell'articolo 95, comma 13, l'impiego di congiunzioni coordinanti sta ad indicare elementi facoltativi nel calcolo della premialità, che le stazioni appaltanti potrebbero chiedere in via alternativa o concorrente, anche cumulativamente.

L'adesione all'interpretazione appena esposta ha una sua logica nella misura in cui si distinguono il contesto dell'una e dell'altra norma. L'alternatività dei criteri per l'attribuzione dei punteggi è imposta dalla tendenziale libertà di scelta accordata alle stazioni appaltanti nell'aggiudicazione, in linea con le indicazioni normative, ma anche secondo le esigenze del singolo appalto. Viceversa, la cauzione rileva in sede di selezione degli offerenti, momento in cui la predeterminazione legislativa è più stringente poiché deve garantire la più corretta partecipazione.

Tuttavia, sarebbe maggiormente in linea con l'impostazione dettata dal d.lgs. n. 56/2017 superare la titolarità contestuale dei due rating quale condizione per la riduzione della cauzione, in quanto non più giustificabile alla luce della loro diversità e rinnovata autonomia. In questo senso depone il parere reso dal Consiglio di Stato sul correttivo, nella parte in cui riteneva opportuno segnalare al Governo la possibilità di prevedere il beneficio tanto per l'uno, quanto per l'altro rating, valutando eventualmente una disciplina per il cumulo dei due<sup>2</sup>. In altre parole, la prima

<sup>1</sup> [Cfr. Segnalazione Anac n. 2/2017.]

<sup>2</sup> [Parere 30 marzo 2017, n. 782, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 sulle disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.]

opzione considerata dal giudice amministrativo era la previsione del beneficio per entrambi, seppure non cumulativamente.

Le Scriventi Autorità auspicano che le considerazioni svolte possano offrire stimolo alla modifica e al coordinamento delle disposizioni normative contenute nel Codice dei contratti pubblici, in maniera conforme ai principi concorrenziali, in modo da permettere la sperimentazione dell'istituto del rating di impresa, superando alcune delle difficoltà normative che ne hanno fino ad oggi impedito l'avvio.

*per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*  
IL PRESIDENTE  
*Roberto Rustichelli*

*per l'Autorità Nazionale Anticorruzione*  
IL PRESIDENTE *f.f.*  
*Francesco Merloni*