



## **Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Diretta da**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

**Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

**Coordinamento Editoriale**

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,  
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 7-8/2016

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

### Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

### Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

### Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

### Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Chiara Magrì, Massimo Pellin-gra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Virginio Vitullo.

# Rating di impresa – Etica dell’algoritmo!

di Vincenzo Candido Renna <sup>1</sup>

## ABSTRACT

Con il comma 10 dell’articolo 83 del d.lgs. 50/2016 e la previsione del <<Rating d’impresa>> trova forma l’auspicato passaggio dalla qualificazione e selezione dei contraenti da un sistema di tipo “statico” basato, esclusivamente, sulla valutazione di requisiti formali delle imprese verso un sistema di tipo “dinamico”, che sposta l’attenzione sui requisiti sostanziali, di tipo reputazionale. Il termine “rating” dall’inglese <<to rate>> significa valutare o classificare. Terminologia, storicamente, applicata e che trova origine in ambito finanziario; con la parola rating ci si riferisce, propriamente, ad una classificazione da parte delle agenzie di rating (*credit rating agencies*, CRAs) ad un emittente, che può essere privato (per esempio un’impresa) oppure pubblico (per esempio lo Stato). Una caratteristica delle agenzie di rating è la loro esternalità ed indipendenza rispetto al soggetto verso cui emettono il proprio giudizio.

---

<sup>1</sup> Avvocato, componente di vari Organismi di Vigilanza ex d.lgs. 231/01. Il lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

## Sommario

1. Premessa. – 2. Definizione di Rating di impresa. – 3. I requisiti reputazionali. – 4. Incidenza del contenzioso. – 5. Regolarità contributiva. – 6. Sanzioni per omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive – 7. Ulteriori possibili requisiti reputazionali. – 8. L’algoritmo di calcolo per il rating di impresa e il periodo di sperimentazione.

### 1. Premessa

Con il comma 10 dell’articolo 83 del d.lgs. 50/2016 e la previsione del <<Rating d’impresa>> trova forma l’auspicato passaggio dalla qualificazione e selezione dei contraenti da un sistema di tipo “statico” basato, esclusivamente, sulla valutazione di requisiti formali delle imprese verso un sistema di tipo “dinamico” , che sposta l’attenzione sui requisiti sostanziali, di tipo reputazionale<sup>2</sup> .

Il fatto che, uno strumento nuovo quale il Rating d’impresa sia preceduto dal sostantivo <<sistema>> non è assolutamente casuale, ma evidenzia come sia invalsa nel legislatore la volontà di aderire alla necessità di selezionare i propri fornitori di prodotti, servizi e/o lavori in base ad una valutazione sostanziale dell’assetto organizzativo e della capacità complessiva delle imprese di offrire garanzie appunto di sistema. Altrettanto logica appare la scelta operata di istituire presso l’ANAC questo sistema di Rating di impresa e delle relative penalità e premialità.

Infatti, sin dalla sua istituzione l’ANAC<sup>3</sup> ha assunto la responsabilità propria sia della Anticorruzione che della vigilanza sui contratti pub-

blici<sup>4</sup> assumendo presso di sé compiti gestionali e di amministrazione attiva e paragiurisdizionali e le funzioni di regolazione, vigilanza/controllo e precontenzioso (art. 213 Codice dei contratti pubblici).

### 2. Definizione di Rating di impresa

Il termine “rating” dall’ inglese <<to rate>> significa valutare o classificare. Terminologia, storicamente, applicata e che trova origine in ambito finanziario; con la parola *rating* ci si riferisce, propriamente, ad una classificazione da parte delle agenzie di *rating* (*credit rating agencies*, CRAs) ad un emittente, che può essere privato (per esempio un’impresa) oppure pubblico (per esempio lo Stato). Una caratteristica delle agenzie di *rating* è la loro esternalità ed indipendenza rispetto al soggetto verso cui emettono il proprio giudizio. È importante sottolineare che si tratta di rating di credito poiché è un indicatore che descrive il rischio di credito che un affidato può avere, cioè la capacità di un emittente di riuscire a far fronte ai propri debiti e perciò essere solvibile verso i creditori. Questo giudizio riflette la capacità di pagamento tempestiva e completa da parte dell’emittente dei titoli di debito. Le CRAs che emettono questo giudizio devono analizzare non solo fattori quantitativi (ad esempio, l’analisi dei vari *ratios*, *cashflow*, indebitamento ecc.) ma anche qualitativi (ad esempio, valutazione della forza finanziaria, la qualità della gestione ecc.). Esistono due definizioni diverse di rischio di credito: una più ristretta, che considera il rischio di cre-

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, parere n. 855 del 1 aprile 2016

<sup>3</sup> Nata con la Legge n.190/2012 che ha attribuito alla Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) la funzione di Autorità nazionale Anticorruzione, nel 2014, incorpora l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) che viene soppressa e ne eredita le funzioni ed il personale con il decreto legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014.

<sup>4</sup> R. DE NICTOLIS, in *Urbanistica e Appalti*, 5/16.

dito in maniera dicotomica, ossia la probabilità o meno che l'affidato sia insolvente (insolvenza vs non insolvenza); l'altra molto più ampia che considera il rischio di insolvenza e il rischio di migrazione. La migrazione si ha quando un debitore passa in una classe di merito creditizio con una probabilità di insolvenza maggiore. In questo caso il debitore assolverà il proprio debito, ma il rischio ad esso associato è più alto. I rating possono avere scadenze diverse: breve termine (prevedono il rimborso entro l'anno) e lungo termine (rimborso superiore all'anno). Tutte le agenzie di *rating*<sup>5</sup> emettono giudizi sia a breve sia a lungo termine, e per far ciò, hanno due scale di valutazione diverse.

In relazione ad esigenze profondamente diverse ed afferenti alla regolazione dei criteri di selezione degli operatori economici per l'accesso alle procedure di gara per l'affidamento di lavori, servizi e forniture da parte della Pubblica Amministrazione il sistema del Rating di impresa può essere considerato una evoluzione normativa pubblicistica del c.d. *credit rating* di cui alla sintesi illustrativa che precede.

Siffatta determinazione trova ulteriore conforto dalla circostanza che, di recente il legislatore ha voluto far precedere questo istituto dalla portata così innovativa, da altro strumento, altrettanto innovativo e affine non solo sotto il profilo semantico, ma, parzialmente, anche per le finalità, parliamo del Rating di Legalità.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Sebbene esistano circa 150 CRAs locali ed internazionali presenti in tutto il mondo, effettivamente questo settore è dominato da tre CRAs che operano globalmente, denominate anche "le tre sorelle": Fitch Ratings, Ltd (Fitch), Moody's Investor Services, Inc. (Moody's) e Standard & Poor's Ratings Services (S&P's). Di queste tre CRAs le più importanti a livello di quote di mercato risultano essere Moody's e S&P's, poiché emettono più dell'80% dei rating emessi, mentre Fitch emette approssimativamente il 14%; queste tre agenzie detengono quasi tutto il mercato mondiale del rating.

<sup>6</sup> *rating* di legalità introdotto con l'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 ed al Regolamento

Tra gli effetti più significativi, collegati a tale istituto, vi è la previsione di un sistema di premialità nell'ambito delle richieste di un finanziamento pubblico, nonché in sede di accesso al credito bancario, ovvero nell'ipotesi di partecipazione a gare per l'affidamento di forniture/servizi/lavori pubblici secondo i criteri fissati dal d.lgs. 163/06 s.m.i.<sup>7</sup>

to dell'Autorità Garante della Concorrenza dei Mercati che detta i criteri di attribuzione del "Rating di legalità" portato dal Decreto del Ministero dell'Economia, n. 57 del 20 febbraio 2014.

<sup>7</sup> Cons. di Stato - Parere n. 2697 del 2013 La sezione consultiva degli atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso parere favorevole con osservazioni sullo schema di decreto interministeriale predisposto per l'attuazione dell'art. 5-ter del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012 n. 27, concernente l'individuazione delle modalità del *rating* di legalità attribuito alle imprese per la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e per l'accesso al credito bancario.

In conformità a quanto previsto dalla normativa, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha approvato con propria delibera n. 24075 dd. 4 novembre 2012, il regolamento previsto dalla disciplina legislativa succitata, secondo cui "al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per 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, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. 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 di finanziamenti alle imprese sono tenuti a

Tale beneficio può consistere in una preferenza in graduatoria, nell'attribuzione di un punteggio suppletivo ovvero nella riserva di una quota di risorse finanziarie. Sul fronte bancario, con modalità che dovranno essere individuate nell'ambito di ciascun istituto di credito, si prevede una riduzione nei tempi di istruttoria e dei costi di finanziamento.

La norma introdotta dal c.d. decreto liberalizzazioni si poneva diversi importanti obiettivi: il primo rendere conveniente per l'impresa agire nel rispetto delle regole e delle leggi; il secondo l'introduzione di una sorta di "bollino blu" e quindi di riconoscimento *erga omnes* di siffatto approccio.

Non vi è chi non veda l'importanza di predisporre un sistema di controlli paragonabile a quello riservato da parte degli analisti finanziari e/o dalle società di *rating* finanziario alle aziende quotate in borsa, ovvero ai titoli di debito pubblico che, per le imprese operanti nel settore dei lavori, servizi, forniture pubbliche si riversa a misurare indici reputazionali di altro tipo sulla base di una verifica e monitoraggio costante di: *status* giudiziario dei vari responsabili delle società, certificati antimafia, implementazione di modelli organizzativi finalizzati alla prevenzione dei crimini, adozione di codici di condotta, sottoscrizione di protocolli di legalità e partecipazione e sostegno ad iniziative pubbliche finalizzate alla prevenzione e repressione di reati di criminalità organizzata, riciclaggio<sup>8</sup>.

Ecco che il Rating di impresa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/16 co-

---

*trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta".(...)*

<sup>8</sup>D. MASCIANDARO, *Tre strumenti per la legalità e la crescita*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2012; A. MONTANTE, *Rating antimafia ecco come fare*, in *L'Unità*, 2 febbraio 2012; P. GRASSO, *La crisi aiuta la mafia. Decisivo agevolare le imprese oneste*, in *L'Unità*, 5 febbraio 2012; L. MANCINI, *Le white list stentano a decollare*, in *Il sole 24 ore*, 23 luglio 2012.

stituisce l'evoluzione normativa di un approccio, già intrapreso dal Legislatore ed orientato ad una selezione di tipo dinamico sostanziale degli assetti organizzativi degli operatori economici che aspirano a divenire contraenti della Pubblica Amministrazione. Quest'ultima, per converso, conformemente alle finalità special-preventive tipiche della normativa anticorruzione di recente emanazione L. 190/12<sup>9</sup> d.lgs 33/13 ecc... ha l'interesse ad incentivare e premiare gli operatori economici destinatari di risorse pubbliche sotto qualsiasi forma (sovvenzioni/contributi ovvero corrispettivi di contratto) che si dimostrano più attenti e virtuosi nell'applicare adeguati meccanismi di prevenzione e che offrono maggiori garanzie di legalità.

In attesa di leggere il testo definitivo di linea guida<sup>10</sup> dell'ANAC e prima di addentrarci nel commento della norma di dettaglio si può ritenere che, con il *Rating* di impresa il Legislatore ha ritenuto di introdurre una metodologia selettiva, che di fatto circoscrive la discrezionalità strumentale delle stazioni appaltanti, nell'individuare requisiti e parametri di valutazione aggiuntivi rispetto a quelli minimi di legge, che continuano a trovare un argine rilevante nei principi che presidiano la concorrenza, la cui tutela impone che la scelta di criteri e requisiti aggiuntivi sia logica, ragionevole e propor-

---

<sup>9</sup> Il comma 17 dell'art. 1. L. 190/12 prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di introdurre nei bandi di gara clausole che richiamano l'adesione a protocolli di legalità o patti di integrità a pena di esclusione dalla gara. Del resto, oltre al diritto nazionale anche per il diritto comunitario non osta che il partecipante che non sottoscriva i patti di integrità o non aderisca ai protocolli di legalità venga escluso dalla gara. Sul punto conformemente alla previsione prima citata è intervenuta anche la Corte di Giustizia UE con la decisione 22 ottobre 2015 C. 425/14.

<sup>10</sup>[http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collabora-Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/RATING.IMP.11.53\\_.pdf](http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collabora-Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/RATING.IMP.11.53_.pdf)

zionata all'oggetto dell'appalto<sup>11</sup>. Tale evoluzione normativa è coerente col fatto che le stazioni appaltanti, per altro, si stanno orientando, sempre più a diventare garanti dell'applicazione dei principi di legalità delle organizzazioni che interagiscono con essi, a tutela e garanzia del buon utilizzo del denaro pubblico e quindi del buon andamento della P.A. e della trasparenza. In effetti l'esercizio della discrezionalità strumentale da parte della P.A., in materia di appalti, risponde ad una duplice esigenza:

- a. Selezionare il migliore contraente a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto;
- b. Garantire la massima trasparenza del procedimento di selezione dei concorrenti da parte della stazione appaltante e quindi conseguire il buon andamento e l'imparzialità, principi presidiati dalla carta costituzionale e dalla normativa comunitaria<sup>12</sup>.

<sup>11</sup>T.A.R. Lombardia, Milano Sez. I, 18-06-2007, n. 5269; TAR Palermo, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 227; P.L. PORTALURI, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/01*, in *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti Ranelletti: l'autore sottolinea, inter alia, "... la disciplina dettata dal d.lgs. 231/01 s'inscrive nel ben più ampio fenomeno della capture che il diritto amministrativo va dispiegando nei confronti del diritto delle imprese. Percepibile è la diffusione, nel diritto societario, di logiche, meccanismi ed istituti tipici del diritto amministrativo: fra questi la tendenza a <<procedimentalizzare>> l'attività della società (come accade per l'ente pubblico), funzionalizzandone gli schemi gestionali interni allo scopo di renderli trasparenti e dunque sindacabili dall'esterno"*.

<sup>12</sup> Per trasparenza dell'azione amministrativa si intende l'obbligo di garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. In tal senso, la trasparenza si conforma come visibilità del procedimento, anche attraverso la pubblicità delle fasi procedurali. Il principio di trasparenza si esplica anche attraverso l'istituto dell'accesso, che ha trovato una sua prima disciplina nell'art. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo (L.241/90 e s.m.i.). Rispetto al principio di trasparenza l'accesso si pone quale strumento di controllo dell'operato della pubblica amministrazione e di conoscibilità degli atti amministrativi.

Di fatto, il *Rating* d'impresa sottende appunto una valutazione, un giudizio che si fonda sull'analisi di alcuni indicatori reputazionali, in base ai quali e secondo un algoritmo di calcolo sarà possibile all'ANAC riconoscere in favore dell'operatore economico richiedente un determinato *rating* a sua volta suscettibile di subire revisioni con l'applicazione di penalità e/o premialità sul modello della <<patente a punti>> partendo da una soglia massima soggetta a monitoraggio periodico e destinata a decurtazioni automatiche al verificarsi di determinate circostanze modificative del corredo reputazionale.

La materia appare suggestiva e al tempo stesso complessa, per cui si condivide la necessità invocata dall'ANAC di subordinare l'implementazione del sistema previo un periodo di sperimentazione dello stesso.

In tal senso viene garantito il principio di trasparenza che è corollario del principio di buon andamento anch'esso previsto e tutelato dalla Costituzione. La trasparenza dell'attività pubblica riporta ad un altro principio fondamentale per lo svolgimento delle gare pubbliche, quale, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Il buon andamento e la trasparenza dell'amministrazione sono principi tendenzialmente solidali, nel senso che la migliore garanzia dell'uno, in generale, giova anche alla tutela dell'altro. Il buon andamento della pubblica amministrazione richiede che sia rispettato il contraddittorio tale da consentire al privato concorrente di difendersi rispetto a conseguenze pregiudizievoli che possono derivargli dall'azione dell'Autorità. La regola di buon andamento della pubblica amministrazione è divenuta regola dell'ordinamento generale ed azionabile dal privato interesse, lungo un percorso di oggettivizzazione dell'interesse pubblico. Sul punto si veda anche L. R. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, ed ancora, BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1; ID. *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; Cons. Stato Sez. VI, 18-07-2014, n. 3864; V. Cons. Stato Sez. V, 28-04-2014, n. 2191.

La possibilità di avere uno strumento di rendicontazione e certificazione etica e sociale, quale il *Rating* di impresa consente di dare attuazione compiuta al disposto dell'art. 41 della Costituzione e di valorizzare la dimensione sociale delle imprese, chiamate a tale scopo a garantire assetti organizzativi e *standard* minimi di qualità nell'ottica di impedire e/o limitare fenomeni corruttivi.

Il presidio costituzionale alla norma oggetto della presente disamina tuttavia non consente di definire il *Rating* di impresa come un vero e proprio *rating* etico. Quest'ultimo, infatti, giudica il merito di responsabilità sociale o di sostenibilità di un operatore economico. Mentre il *rating* tradizionale si basa principalmente su dati finanziari, il *rating* etico fa riferimento ai non Financial KPIs, (Non Financial Key Performance Indicators). Essi sono indicatori non finanziari che misurano andamenti quali la riduzione di emissioni di CO<sub>2</sub>, la riduzione degli infortuni sul lavoro, l'esistenza o meno di politiche come pari opportunità sul posto di lavoro o la presenza di corsi di formazione per i dipendenti, ecc. E' fuor di dubbio che un buon *rating* etico dovrebbe riflettersi in un altrettanto buon *rating* tradizionale (finanziario) e quindi anche del *rating* di impresa.

### 3. I requisiti reputazionali

Il *rating* di impresa fa riferimento 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, che parafrasando il gergo tecnico finanziario potremmo definire **RKPIs** (Reputational Key Performance Indicators).

Tra questi, l'ANAC ha individuato, a titolo di esempio:

1. indici espressivi della capacità strutturale dell'impresa;

2. il rispetto dei tempi e dei costi previsti per l'esecuzione;

3. l'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle gare che di esecuzione dei contratti;

4. il *Rating* di Legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

5. la regolarità contributiva, compresi i versamenti alle casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti;

6. la presenza di misure sanzionatorie amministrative per i 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.

Il legislatore con il *rating* di impresa sembra coltivare l'idea di poter individuare una metodologia selettiva dei propri contraenti capace di eliminare o mitigare valutazioni discrezionali da parte delle stazioni appaltanti.

### Indici espressivi della capacità strutturale e rating di legalità.

A ben osservare i primi **RKPIs** individuati dall'ANAC<sup>13</sup> offrono alcuni spunti di riflessione.

In particolare, il riferimento al *Rating* di legalità<sup>14</sup> oltre che apparire ed essere particolarmente

<sup>13</sup> Linea guida Anac in consultazione cit.

<sup>14</sup> Nella domanda di attribuzione del *rating*, da inviarsi telematicamente all'Autorità, le imprese dovranno dichiarare l'assenza di sentenze di condanna o di adozione di misure cautelari in relazione sia al compimento degli illeciti di cui al d.lgs. 231/2001, sia per i reati tributari di cui al d.lgs. 74/2000; se si tratta di imprese collettive, detta dichiarazione dovrà riguardare anche gli amministratori, il direttore generale, il direttore tecnico, il rappresentante legale, nonché i soci-persone fisiche titolari di una partecipazione di maggioranza, anche relativa.

Le imprese dovranno dichiarare, altresì, l'assenza, nel biennio antecedente alla richiesta di *rating*, di provvedimenti di condanna nei loro confronti per illeciti *anti-trust* gravi, per l'accertamento di un maggior reddito im-



appropriato anche per l'assegnazione del *Rating* di impresa, di fatto, sembra assorbire interamente il requisito della capacità strutturale dell'impresa.

E' evidente che, le linee guida ANAC dovranno con riferimento alla valutazione degli indici espressivi della capacità strutturale ampliare la portata delle informazioni suscettibili di ponderazione ad esempio inserendo indici di natura patrimoniale e finanziaria specifici alla stregua del sistema precedentemente utilizzato (art. 41 e 42 d.lgs. 163/06 per le forniture e i servizi) per l'attestazione di capacità economico finanziaria nonché tecnica e/o professionale.

Negli indici espressivi della capacità strutturale rientrano certamente le c.d. certificazioni di

---

ponibile rispetto a quello dichiarato, per il mancato rispetto della legge sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, nonché per le violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi concernenti il pagamento delle ritenute fiscali sui dipendenti e collaboratori.

Ancora, ai fini dell'ottenimento del *rating*, è necessario che tutti i pagamenti di importo superiore a 1.000 euro siano stati effettuati mediante strumenti tracciabili e che l'impresa non sia stata destinataria né di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici, né di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità. La domanda di attribuzione del *rating* dovrà essere redatta mediante compilazione del *format* pubblicato sul sito dell'Autorità Garante Concorrenza Mercato.<sup>14</sup>

Al possesso dei suddetti requisiti, attestati per lo più mediante autocertificazione del rappresentante legale dell'impresa, corrisponderà l'attribuzione, da parte dell'Autorità, di un punteggio base pari ad una stella; tale punteggio potrà incrementarsi con l'attribuzione di un segno "+", laddove l'impresa richiedente soddisfi una ulteriore serie di requisiti, tra i quali: la adesione a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria; l'iscrizione in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (*white list*); e ancora l'adozione di una funzione o struttura organizzativa, anche in *outsourcing*, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa, ovvero di un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001. Il conseguimento di tre segni "+" comporterà l'attribuzione di una stella aggiuntiva, fino ad un massimo di tre stelle.

qualità ed ambiente secondo gli standard internazionali delle norme tecniche UNI en ISO 9001 – ISO 14001 ovvero EMAS, oppure OH-SAS 18001, SA8000 15.

La certificazione di qualità, dunque, riguarda 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". Il requisito della qualità, pertanto, rappresenta una "qualità intrinseca" dell'impresa, concernente la capacità individuale di organizzazione efficiente ed efficace delle risorse a disposizione. Proprio in considerazione di tali caratteristiche, il possesso della certificazione di qualità viene ritenuto, da giurisprudenza e prassi, quale requisito di partecipazione di natura soggettiva.

Occorre aggiungere, poi, che, per quanto riguarda la qualificazione delle imprese esecutrici di lavori, le SOA si limitavano ad accertare che l'impresa sia in possesso delle relative certificazioni di qualità e quindi che gli enti di certificazione a ciò deputati le abbiano rilasciate. Pertanto, secondo il vigente regime normativo, alla contrattazione con la pubblica amministrazione possono accedere solo imprese in possesso di una qualificazione che comprova la capacità delle stesse di poter correttamente adempiere le obbligazioni assunte.<sup>16</sup>

Non vi è chi non veda l'importanza di inserire tra gli indici di valutazione espressivi della capacità strutturale dell'impresa le certificazioni rilasciate da Enti terzi e riconosciuti dal Legislatore quali enti di certificazione di standard organizzativi di impresa sia rispetto all'organizzazione *tout court* ovvero settori specifici quali la sicurezza sui luoghi di lavoro, l'ambiente.

---

<sup>15</sup> Cons. Stato, Sez. V Sent., 10-02-2009, n. 756; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 08-03-2013, n. 300.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 550.

Inoltre, degno di nota è, sicuramente, il fatto che, è venuta meno la carenza di validazione pubblicistica del c.d requisito etico a partire dal citato regolamento di cui al Decreto del MEF che attribuisce all'Autorità Garante della concorrenza dei mercati <sup>17</sup> il ruolo di verificare la sussistenza dei requisiti idonei al riconoscimento del *rating* di legalità, tra questi anche l'implementazione del modello organizzativo ex d.lgs. 231/01 dei codici etici, dei protocolli di legalità, white list, etc...

Validazione pubblicistica che è possibile, altresì, riconoscere analogamente agli enti di certificazione deputati a rilasciare alle imprese attestazioni di conformità alle norme tecniche or-

<sup>17</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, meglio nota come Antitrust, è stata istituita in Italia nel 1990. E' un'istituzione indipendente, che prende le sue decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica. L'Autorità garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, con l'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini. Nel 1992 è stata affidato all'Antitrust il compito di contrastare la pubblicità ingannevole delle aziende. Dal 2007 l'Autorità tutela i consumatori (e dal 2012 anche le microimprese) dalle pratiche commerciali scorrette delle imprese. Per garantire che il confronto sul mercato avvenga lealmente interviene anche contro la pubblicità comparativa che getta discredito sui prodotti dei concorrenti o confonde i consumatori. Dal 2012 è stata affidata all'Antitrust la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori. A partire dal 13 giugno 2014 l'Autorità vigila sul rispetto delle norme sui diritti dei consumatori che recepiscono la nuova Direttiva comunitaria *Consumer Rights*. Dal 2004 applica la legge sul conflitto di interessi dei titolari delle cariche di Governo, l'Antitrust, di seguito all'emanazione del d.lgs. 13 agosto 2010, n.141 cura inoltre l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette poste in essere da un operatore del mercato finanziario, assoggettato alla disciplina del testo unico bancario, che offre ai consumatori servizi accessori all'acquisto di beni presso esercizi commerciali. Cons. Stato, Sez. VI, 22-07-2014, n. 3896 (Conferma T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 6354/2011 e T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 6360/2011).

ganizzative secondo gli standard internazionali prima citati.

Il fatto che, il *Rating* di Legalità così come le norme sulla qualità ad oggi risultano opzionali e quanto al primo riferite ad imprese, che abbiano un fatturato non inferiore a due milioni di euro, obbligherà l'ANAC a dover individuare, in ogni caso, nelle future linee guida con precisione gli indici espressivi della capacità strutturale.

Tuttavia ci sembra che il quadro delineato presenti delle soluzioni ottimali per favorire la ponderazione sulla base di indici oggettivi non suscettibili di valutazione discrezionale, in quanto validati da autorità riconosciute dalla legge ed autonome ed indipendenti rispetto al procedimento di attribuzione del *Rating* di impresa.

## 2) Rispetto dei tempi e costi

Questo indicatore reputazionale presuppone e necessita, sicuramente, di una corretta circolazione delle informazioni da e verso il Casellario informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture da parte delle stazioni appaltanti art. 213 comma 10 codice dei contratti.

Occorrerà capire quali saranno gli adempimenti che dovranno seguire le stazioni appaltanti in relazione alla comunicazione dei ritardi nella consegna delle opere, servizi e/o forniture e relativamente all'applicazione di eventuali riserve, che dovessero comportare l'applicazione di penalità da computare ai fini del *rating* di impresa.

Così come sarà necessario verificare l'apparentemente più semplice criterio di applicazione delle premialità nell'ipotesi della consegna anticipata dei lavori e/o della consegna senza iscrizione di riserve, in particolare, per la prima circostanza è evidente che occorrerà individuare un criterio finalizzato a valutare il tempo in relazione alla difficoltà e consistenza

dell'appalto e, per la mancata iscrizione di riserve, alla stessa stregua, andrà valutato l'impatto di circostanze onerose imprevedute.

Tuttavia, si intravedono delle difficoltà, di non poco conto, nella futura applicazione, pensiamo alle modalità afferenti la registrazione da parte della Stazione appaltante di ritardi nell'esecuzione e consegna di opere, servizi e/o forniture ovvero delle riserve, che di fatto rinviano ad una fase quasi necessaria di scrutinio giurisdizionale volto a verificare la legittimità o meno di riserve, applicazioni di penali da ritardo etc...

#### 4. Incidenza del contenzioso

Strettamente legato all'indicatore prima citato è per l'appunto quello che afferisce all'incidenza del contenzioso.

Anche per tale indicatore sarà interessante verificare in fase applicativa i criteri ermeneutici che saranno utilizzati dall'ANAC, che certamente sarà tenuta a preservare le imprese da sconfinamenti rispetto al principio costituzionale di cui all'art. 24 della Costituzione che salvaguarda il diritto di difesa.

Tuttavia, nell'alveo delle controversie dinanzi alle sedi giurisdizionali ordinarie, amministrative ed arbitrali certamente occorrerà individuare una forchetta tra un minimo ed un massimo rispetto all'applicazione di penalità riverenti dall'esito negativo dei giudizi.

Per cui l'ipotesi di declaratoria giurisdizionale di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ovvero carenza di legittimazione ad agire dovrà subire penalità superiori rispetto ad una semplice soccombenza nel merito del procedimento, a maggior ragione l'ipotesi dell'abuso del processo e/o di una eventuale condanna per lite temeraria sia nell'ipotesi del contenzioso ordinario che amministrativo.

Allo stesso tempo, le future linee guida dell'ANAC dovranno prevedere anche la possibilità di riconoscere delle premialità rispetto

all'ipotesi di imprese, che, rispetto ad un periodo di tempo determinato e rispetto a parametri economici anche questi da determinarsi conseguenti all'aggiudicazione di contratti pubblici, non abbiano fatto ricorso ad azioni giudiziarie ovvero quest'ultime siano state definite con provvedimenti giurisdizionali positivi.

#### 5. Regolarità contributiva

Anche per questo indicatore appare quasi scontato l'applicazione in termini di penalità rispetto alle imprese inadempienti rispetto all'assolvimento degli obblighi contributivi negli ultimi tre anni.

Ma anche in questo caso è facile individuare un collegamento con l'altro indicatore quello afferente l'incidenza del contenzioso.

Fuor di dubbio l'applicazione di penalità nell'ipotesi in cui l'impresa fosse destinataria di provvedimenti dell'Autorità competente di: accertamento del mancato rispetto all'obbligo di pagamento di imposte e tasse, accertamento di violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi relativi alle ritenute fiscali concernenti i propri dipendenti e collaboratori, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nei tre anni precedenti la richiesta di *rating*, ma occorre definire come interpretare l'impugnativa di provvedimenti di accertamento di presunte irregolarità contestate da parte delle suddette Autorità.

Inoltre l'Anac dovrà chiarire se dall'attribuzione delle penalità saranno esclusi gli atti di accertamento per i quali, nei casi previsti dalla legge, vi sia stato il pagamento a seguito di adesione o acquiescenza, così come del resto è espressamente previsto per la richiesta di attribuzione del *rating* di legalità.

Così come dovrà essere chiarita l'ipotesi tutt'altro che irrealizzabile della irregolarità nell'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali per

importi esigui al di sotto di determinate soglie anche queste da determinarsi.

## 6. Sanzioni per omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive

L'omessa denuncia di richieste estorsive e corruttive è uno degli indicatori di maggiore impatto. Infatti, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett l) costituisce causa di esclusione dalle procedure di gara se annotata nel casellario dell'Autorità di vigilanza nell'anno antecedente.

Ai fini del *rating* di impresa la circostanza avrà efficacia e dovrà essere valutata per un periodo necessariamente più esteso rispetto all'ipotesi di esclusione prima citata ed oltre alla sola annotazione implica la valutazione di ulteriori sanzioni amministrative irrogate dall'ANAC in conseguenza dell'annotazione.

Siffatta necessità appare fondamentale per evitare di discriminare imprese in relazione a circostanze non oggettive legate ad esempio ad aree geografiche in cui il fenomeno estorsivo e/o corruttivo è statisticamente più diffuso.

L'applicazione di ulteriori sanzioni come ad esempio l'interdittiva antimafia presuppone uno scrutinio da parte di autorità di controllo e vigilanza e comunque la possibilità per il soggetto passivo di opporsi alle stesse.

La materia di che trattasi specie con riferimento al fenomeno corruttivo si interseca anche con un altro istituto di recente emanazione il c.d. *whistleblowing*, ossia le <<soffiate>> le segnalazioni dei pubblici funzionari che vengono a conoscenza di circostanze, fatti e/o atti che cristallizzano irregolarità gravi e segnatamente ipotesi corruttive<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> L'art. 1, comma 51, legge n. 190/2012, in relazione al d.lgs. 30.03.2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", introduce dopo l'articolo 54 una nuova disposizione, l'articolo 54-bis, intitolato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti". Si veda anche Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, ha emesso le "Linee guida in materia di

La possibilità di garantire la riservatezza del dipendente, per le segnalazioni più gravi, reati di corruzione, si scontra, tuttavia con le regole del processo penale, che implicano l'obbligatorietà per garantire il diritto di difesa dell'indagato di conoscere la fonte dell'accusa, che per converso ha l'obbligo di partecipare all'esame dibattimentale quale testimone dei fatti oggetto di scrutinio; altra questione è di tipo tecnico ed afferisce alle modalità di segregazione della segnalazione, sia se la stessa sia stata effettuata per via informatica, sia che la stessa sia stata effettuata con sistemi più tradizionali, la sicurezza da accessi indiscreti ed interessati a minare la riservatezza sul nome del c.d. *whistleblower* è una questione pratica di non poco conto, che andrà necessariamente risolta.

La proposta di legge d'iniziativa dei deputati BUSINAROLO, AGOSTINELLI, FERRARESI e SARTI approvata dalla Camera dei deputati il 21 gennaio 2016 ed in corso di approvazione da parte del Senato inerente "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato" non risolve i prima citati problemi applicativi; per cui, sembrerebbe utile che, durante l'iter di emanazione della legge possano prevedersi, al di là delle ovvie tutele contro il rischio di ritorsioni e/o *mobbing* o altro verso il lavoratore segnalante (*whistleblower*) anche dei meccanismi incentivanti e premiali sia di natura economica ad esempio commisurati percentualmente al valore della corruzione che si è contribuito ad impedire ovvero di progressione di carriera e nei casi in cui il permanere del lavoratore nello stesso posto di lavoro lo sottoporrebbe comunque a rischi per sé e i propri familiari, occorrerebbe assicurare la possibilità di accesso alla mobilità onde consentire di svol-

tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)" con l'intento di fornire una interpretazione dell'apparato normativo.

gere stesse funzioni in altro territorio, per il quale trasferimento occorrerà prevedere anche ulteriori incentivi rispetto al trasferimento obbligato in altra sede, alloggio di servizio e nei casi più gravi anche la c.d. *mimetizzazione analogica* prevista per i collaboratori di giustizia con la legge 45/01.

Per evitare di dilungarci troppo occorre evidenziare che, il disegno di legge in questione estende la sua efficacia non solo ai dipendenti pubblici, ma anche ai dipendenti di imprese private, quest'ultime sin da ora, nelle more dell'emanazione della legge, su base volontaria ed all'interno del modello organizzativo ex d.lgs. 231/01 possono prevedere codici di condotta e protocolli atti per un verso a incentivare segnalazioni di potenziali irregolarità da parte dei lavoratori e per altro verso a garantire l'anonimato degli stessi comminando sanzioni rilevanti nell'ipotesi di violazione di quest'ultimo precetto.

Tornando all'indicatore del *Rating* di impresa ci sembra che l'introduzione dell'istituto orienti l'attività dell'Autorità di controllo lungo un percorso piuttosto articolato e non privo di insidie ermeneutiche che le linee guida definitive auspicabilmente sapranno dirimere.

## 7. Ulteriori possibili requisiti reputazionali

L'ultimo dei **RKPIs** indicatore di performance reputazionale, di fatto, rappresenta un paniere di indici e di comportamenti valutabili da parte dell'ANAC per l'attribuzione del *Rating di impresa*.

Il fatto di essere una sorta di indicatore globale fa sì che molti degli indici ricompresi al suo interno potrebbero essere suscettibili di valutazione discrezionale da parte dell'Autorità di vigilanza oppure per altro verso assorbire uno degli altri Indicatori prima esaminati.

Pensiamo all'applicazione di penali per ritardo o inadempimento verso l'appaltatore ovvero l'escussione di cauzione e/o fidejussioni con-

nesse alla risoluzione in danno, tutti comportamenti valutabili rispetto a quest'ultimo indicatore, ma al tempo stesso suscettibili di scrutinio in sede giurisdizionale e quindi rientrante nell'incidenza del contenzioso, ma anche all'interno del rating di legalità rilasciato dall'AGCM.

In linea generale, tutti gli elementi che sono oggetto dell'annotazione nel casellario informatico ex art. 80 comma 5, lett. c) d.lgs. 50/16 devono rientrare nella valutazione, che la stessa Autorità effettuerà ai fini del rilascio del *rating* di impresa, occorrerà necessariamente, attesa la differente finalità, individuare la tempistica per cui tali annotazioni dovranno essere soppesate, tempistica certamente più estesa rispetto a quella prevista per le annotazioni di cui al citato articolo.

Le linee guida in consultazione dell'ANAC attribuiscono, altresì, particolare importanza all'adozione da parte delle imprese di un modello organizzativo idoneo a prevenire i c.d. reati presupposto secondo la previsione di cui al d.lgs. 231/01<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Il decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 ("Decreto"), ha introdotto la "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300". L'ambito di operatività del Decreto è piuttosto vasto e colpisce tutti gli enti forniti di personalità giuridica, le società, le associazioni, anche prive di personalità giuridica, gli enti pubblici economici, gli enti privati concessionari di un pubblico servizio. Sono, invece, esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (per esempio i partiti politici e i sindacati). La natura di questa nuova forma di responsabilità degli enti è di genere "misto". L'ente, infatti, risponde di un illecito amministrativo ed è punito con una sanzione amministrativa. Tuttavia, l'accertamento dell'illecito avviene nell'ambito del processo penale, l'Autorità competente a contestare l'illecito è il Pubblico Ministero e l'Autorità competente ad irrogare le sanzioni è il giudice penale. La responsabilità amministrativa dell'ente è autonoma rispetto a quella della persona fisica che commette il reato e sussiste, quindi, anche se l'autore

Sempre l'ANAC a proposito del Modello, nel documento citato, evidenzia gli elementi essenziali per una valutazione positiva del modello:

- a. l'individuazione delle aree a maggior rischio di compimento di reati;
- b. la previsione di idonee procedure per la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente nelle attività definite a maggior rischio di compimento di reati;
- c. l'adozione di modalità di gestione delle risorse economiche idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d. la previsione di un appropriato sistema di trasmissione delle informazioni all'organismo di vigilanza;
- e. la previsione di misure di tutela dei dipendenti che denunciano illeciti;
- f. l'introduzione di strumenti di monitoraggio e verifica volti a valutare l'efficacia delle misure introdotte e l'effettiva utilizzazione del modello attraverso la previsione di appositi organismi deputati allo svolgimento di tali attività.

L'ANAC fa certamente bene a ritenere un elemento di valutazione positiva ai fini del rilascio del *Rating* di impresa il possesso del modello organizzativo, tuttavia, non sembra chiarire, al momento, il peso da riconoscere a tale RKPIs indicatore di performance reputazionale ai fini del rilascio del citato *Rating*.

Un primo problema scaturisce dalla non obbligatorietà del modello organizzativo ex d.lgs. 231/01 per le imprese, le uniche obbligate dall'ordinamento sono le società quotate nei mercati regolamentati, per cui, paradossalmente, se non venissero individuati criteri obiettivi di ponderazione dell'istituto, le imprese che si dotano dello stesso potrebbero risultare penalizzate rispetto a quelle sprovviste, non fosse

---

del reato non è stato identificato o se il reato si sia estinto per una causa diversa dall'amnistia. La responsabilità dell'ente si aggiunge e non sostituisce quella della persona fisica autrice del reato.

altro per i maggiori costi sostenuti per dotarsene.

*De iure condendo* sarà opportuno da parte dell'ANAC, oltre all'attribuzione di un peso specifico rispetto all'algoritmo di calcolo di cui *infra*, individuare meccanismi di premialità ulteriori ove possibili anche compensativi di eventuali penalità per le imprese che documenteranno il possesso del modello organizzativo ex d.lgs. 231/01.

Occorre inoltre considerare che, il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01, di per sé è un istituto previsto dal legislatore come strumento special preventivo di specifici reati – i c.d. reati presupposto e si fonda sulla vigilanza di un soggetto indipendente rispetto all'impresa, l'Organismo di vigilanza.

Il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01 in ipotesi di commissione di reati della stessa natura di quelli previsti come reati presupposti consente all'impresa di beneficiare dell'esimente rispetto alla responsabilità per il reato consumato eludendo fraudolentemente le regole di condotta previste dal modello stesso nell'interesse e/o vantaggio della stessa persona giuridica, dall'Organo Apicale ovvero da un dipendente sottoposto al controllo di quest'ultimo.

Nella sostanza, l'idoneità ed efficacia del modello a fungere da esimente per l'impresa è necessariamente legata ad un procedimento di scrutinio giurisdizionale da parte del Giudice Penale.

Pertanto, in una situazione fisiologica per la vita di un'impresa il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01, di fatto, sembrerebbe ridursi ad una autocertificazione e alla produzione di una serie di documenti redatti ex art. 6 comma 3 d.lgs. 231 in base a codici di comportamento approvati dal Ministero di Giustizia su proposta di associazioni di categoria all'uopo riconosciute.

Il rapporto che intercorre fra codici di comportamento e Modelli Organizzativi e quello di genere e specie. Sono, infatti, i codici, vagliati dall'autorità Ministeriale, a stabilire le linee direttrici il cui completamento è affidato alle singole imprese che sulla falsariga dei codici, sono chiamate ad elaborare modelli organizzativi conformi alla organizzazione della stessa impresa<sup>20</sup>.

Da qui scaturisce la necessità che l'ANAC, ai fini del rilascio del *Rating di impresa* e della ponderazione dell'indicatore reputazionale in questione, dovrà necessariamente procedere ad una verifica preliminare sulla effettività del modello valutando in concreto l'esistenza degli altri indici prima elencati e soprattutto sulla sussistenza della vigilanza da parte di un organo indipendente e competente ad eseguire controlli sull'impresa.

E' evidente che, come si è avuto modo di accennare a proposito dell'altro importante Indicatore di performance reputazionale il *Rating di Legalità* la valutazione positiva circa il riconoscimento del modello organizzativo ex d.lgs. 231/01 da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato consentirà all'ANAC di acquisire il dato senza approfondire lo scrutinio relativamente alle proprie prerogative. 21

<sup>20</sup> Sul punto VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Responsabilità amministrativa degli enti*, 1/2009 p. 8. Cfr. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, p. 1302.

<sup>21</sup> AGCM prima e successivamente l'ANAC potranno verificare l'effettività del modello per il tramite della Guardia di Finanza, alla luce delle specifiche competenze che gli sono proprie, come specificato nella circolare n. 83607/2012, pubblicata il 19 marzo 2012 è il Corpo deputato per eccellenza a svolgere le funzioni di Polizia Giudiziaria nell'ambito dei procedimenti avanti la Magistratura Penale per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui al d.lgs. 231/01.

L'adozione del modello organizzativo ex d.lgs. 231 rappresenta uno strumento utile, in grado di contribuire alla costruzione di una interfaccia più trasparente tra pubblico e privato, il fatto che il dotarsi di siffatto strumento sia ancora facoltativo per le imprese non esonera comunque il *management* di quest'ultime dall'obbligo di adottare cautele organizzative, in ogni caso, idonee a prevenire la commissione di alcuni reati<sup>22</sup>.

Pertanto lo scrutinio dell'ANAC relativamente alla valutazione circa il possesso o meno del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/01 deve sempre orientarsi a valutare la capacità organizzativa dell'impresa anche in assenza di tale strumento, mediante un'analisi degli assetti organizzativi effettivi di ciascun impresa.

Fuor di dubbio che, la previsione di cui al comma 10 dell'art. 83 del nuovo codice dei contratti ed il relativo sistema di qualificazione dei contraenti la pubblica amministrazione, risolve definitivamente e favorevolmente la dialettica in merito all'ammissibilità o meno del modello organizzativo quale requisito di partecipazione alle procedure di gara per l'affidamento di appalti di servizi e fornitura.

<sup>22</sup> (Cass. 9.7.2009 n. 36083) ha affrontato il tema del fondamento della responsabilità da reato dell'ente nelle ipotesi di omessa adozione dei Modelli Organizzativi. Secondo la Corte, la mancata adozione del Modello è sufficiente a costituire quella «rimproverabilità» delineata dalla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire la commissione di taluni reati. Sotto il profilo civilistico, una sentenza di merito (Trib. Milano, 18.2.2008) ha affermato la responsabilità degli amministratori di una società da inadeguatezza organizzativa ex art. 2381 co. 5 c.c. per la mancata adozione del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/01. Un'altra pronuncia della Suprema Corte (Cass. 18.2.2010 n. 27735) ha avuto modo di dichiarare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 5 del d.lgs. 231/01 alla luce degli artt. 3, 24 e 27 Cost., Sul punto Bianchi, *Le procedure aziendali in Dottrina Casi e sistemi – Assetti adeguati e Modelli Organizzativi*, 2016 p.209 e ss..

In vero, già con l'emanazione del regolamento per l'attribuzione del Rating di Legalità il Legislatore aveva risolto uno dei principali limiti alla possibilità di riconoscere autonoma dignità al requisito del possesso del modello organizzativo ossia la carenza di validazione pubblicitica del requisito in questione, che oggi vede oltre all'AGCM anche l'ANAC preposte alla validazione ai fini del rilascio dei rispettivi rating<sup>23</sup>.

### 8. L'algoritmo di calcolo per il rating di impresa e il periodo di sperimentazione

La scelta di subordinare l'applicazione dell'istituto oggetto della presente disamina ed introdotto dalla norma citata ad un periodo di sperimentazione a partire dalle gare superiori a 150 mila euro rappresenta certamente un metodo interessante perché consentirà *per un verso* alle imprese di adeguarsi senza particolari <<traumi>> al nuovo sistema di qualificazione dei contraenti e *per altro verso* all'ANAC di valutare e perfezionare i criteri di ponderazione da computare nell'algoritmo di calcolo.

Il periodo di sperimentazione potrà consentire, inoltre, di risolvere altre criticità afferenti ad esempio alla qualificazione di imprese estere e di imprese italiane di recente costituzione, è necessario, infatti, prevenire ipotesi applicative discriminatorie e per converso individuare criteri obiettivi ed omogenei finalizzati a consentire la massima partecipazione alle procedure di gara.

Veniamo quindi all'algoritmo di calcolo<sup>24</sup>, ovvero al sistema di punteggi nel quale far con-

fluire il *rating* di impresa. L'Anac in base alle attuali linee guida ha scelto la soluzione di un unico punteggio finale che sintetizzi in un dato numerico tutte le informazioni che lo compongono e, più nello specifico, il meccanismo della somma ponderata dei vari elementi che rientrano tra i requisiti reputazionali. Ogni impresa viene, pertanto, sottoposta obbligatoriamente a una valutazione e ottiene un punteggio pari a un massimo di cento. Nel corso della sua vita, poi, questo *rating* può crescere o diminuire, in relazione a una serie di parametri.

Proprio questi requisiti reputazionali, sui quali ci siamo in precedenza ampiamente soffermati sono oggetto della valutazione dell'Autorità di vigilanza. Sarà utile evitare intrecci e duplicazioni con altri capitoli del Codice dove ci sono previsioni simili, come la sezione dedicata alle cause di esclusione o i criteri relativi all'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'Anac valuterà assetti organizzativi e la capacità strutturale (saranno individuati indicatori della capacità dell'impresa), il rispetto dei tempi e dei costi (saranno valutati i comportamenti in fase di esecuzione), l'incidenza del contenzioso (sarà considerato il contenzioso con esito negativo), la presenza del rating di legalità, la regolarità contributiva e contrattuale, le sanzioni per omessa denuncia di richieste estorsive e contributive. Accanto a questi saranno valutati tutti i comportamenti tenuti in fase di esecuzione, potenzialmente idonei a configurare una causa di esclusione dall'appalto. Per ognuno di questi elementi sarà determinato il valore massimo di premialità e penalizzazione, graduando poi la penalizzazione stessa sulla base di una serie di fattori. Ad ogni indice, poi, sarà attribuita una valenza temporale.

<sup>23</sup> RENNA, *La cosiddetta "certificazione etica" può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della P.A.?*, in *Amministrativamente*, n. 1-2/2015, p. 14.

<sup>24</sup> B. STIEGLER, *Gli Algoritmi dell'Egemonia – Intervista*, in *Il Manifesto*, 12.07.2016 " *Gli algoritmi hanno il potere di costruire correlazioni, intervengono a trasformare profondamente il modo di vivere attraverso correlazioni predittive. Ci attirano verso la medietà, il comportamento medio, che ci rende anonimi e noiosi. Ma gli esseri umani sono interessanti solo se impreve-*

*dibili, variabili, cioè neg-entropici. Quando una nuova tecnica appare crea fatti fuori dalle leggi.. La tecnologia va molto più veloce della società e funziona senza regole. È il Far West tecnologico.*"



Per ciascun RPKIs sarà quindi individuato un valore tra un minimo ed un massimo e l'Authority valuterà se posizionarsi sul valore più alto o basso della forchetta in base a criteri obiettivi: quali la storicità del possesso dei requisiti analizzati ed anche le condizioni economico patrimoniali dell'impresa.

Il *rating* avrà un effetto premiante in sede di accesso alla gara. Nel caso di una procedura a inviti, (procedure ristrette, procedure competitive con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione) invece, potrà operare come criterio di preferenza nella scelta dei soggetti da invitare, del resto è il c.d. meccanismo della <<forcella>> previsto dall'art. 91 del d.lgs. 50/2016 .

Il legislatore con la norma esaminata traccia un percorso irreversibile che si innesta nel plesso di norme finalizzate alla prevenzione della corruzione, la selezione dei contraenti della P.A. si orienta verso una valutazione dinamica degli assetti organizzativi di ciascun impresa, si passa ad una visione di insieme finalizzata a tutelare ambiente, comunità e *stakeholders*.

Di particolare rilievo appare, altresì, l'espressione utilizzata dall'ANAC nelle attuali linee guida per connotare il Rating : <<Ciò che rileva, ad ogni buon conto, è la creazione di un sistema che in modo equo e trasparente premia quelle imprese che risultano maggiormente affidabili per il committente pubblico>>.

Come rilevato da autorevole orientamento dottrinario<sup>25</sup>, nell'ordine giuridico, il ruolo dell'equità è quello di dare rilievo alle regole che si formano nella coscienza sociale rispetto a quelle del diritto legale.

L'equità come regola giuridica che si impone perché l'ordine sociale non solo la pratica – come si direbbe della consuetudine o della prassi – ma l'avverte come sanzione dei valori concreti di una società reale.

Ci pare inconfutabile che il compendio di norme c.d. etiche di recente emanazione, ivi incluse quelle oggetto della presente disamina, segnino proprio questo tipo di condivisione in seno alla società, *sia* sul versante degli operatori economici e dei cittadini *che* sul versante della autorità di controllo e più in generale della P.A.

L'augurio è che il Rating di impresa possa rivelarsi ben presto un argine concreto al potere economico dilagante della criminalità organizzata negli appalti pubblici.

<sup>25</sup> PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in [www.academia.edu](http://www.academia.edu).