

“Partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l’aggiudicazione di contratti pubblici ai sensi degli articoli 34 e 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ”

**Progetto di atto
di determinazione**

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità	3
2. Indicazioni generali sulla partecipazione alle gare	4
2.1. Rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica	6
2.1.1. Modalità di partecipazione	6
2.1.2. Qualificazione	7
2.2. Rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica	7
2.2.1. Modalità di partecipazione	7
2.2.2. Qualificazione	8
2.3. Rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o reti sprovviste di organo comune	8
2.3.1. Modalità di partecipazione	8
2.3.2. Qualificazione	9
3. L'impresa retista mandataria	9
4. La fase esecutiva	9
4.1. Responsabilità solidale	9
4.2. Modifiche soggettive	10

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

L'Autorità, con proprio atto di segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012 - *“Misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici”* - ha esaminato talune problematiche giuridiche ed applicative derivanti dalla partecipazione alle procedure di gara delle cd. reti di impresa (di cui all'art. 3, commi 4-ter e ss., del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33), formulando proposte di modifica legislativa al riguardo.

Nell'atto di segnalazione, la cui adozione è stata preceduta da una consultazione pubblica degli attori del mercato¹, si auspicava, in sintesi, l'inserimento di tali aggregazioni nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice), sottolineando, altresì, la necessità di apportare le conseguenti modifiche all'art. 37.

In accoglimento delle osservazioni succintamente richiamate, è stato emanato il d.l. 18 ottobre, 2012, n. 179 (*“Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”*), convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che, tra le diverse misure volte a favorire una maggiore diffusione delle reti di impresa, contempla anche le auspiccate modifiche al Codice.

In particolare, il novellato art. 34, comma 1, lett. e-bis), ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici *«le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33»*; la medesima disposizione soggiunge, poi, che *«si applicano le disposizioni dell'articolo 37»*.

Benché, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, l'elenco contenuto nell'art. 34 non abbia natura tassativa, l'intervenuto chiarimento risulta quanto mai opportuno, soprattutto in ragione del rinvio espresso all'art. 37 che, come noto, reca la disciplina dei raggruppamenti temporanei (RTI) e dei consorzi ordinari di concorrenti.

Nello specifico, il nuovo comma 15-bis del citato art. 37 ribadisce che *«le disposizioni di cui al presente articolo trovano applicazione, in quanto compatibili, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e-bis)»*.

Il legislatore lascia, quindi, all'interprete il compito di chiarire quali siano i limiti di compatibilità tra le ordinarie regole valevoli per RTI e consorzi e le specificità proprie del contratto di rete.

L'Autorità, anche in considerazione dell'avvenuta introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, del Codice (cfr., sul punto, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 *“BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici”*), ritiene opportuno

¹ Il documento di consultazione ed i contributi pervenuti sono consultabili all'indirizzo dell'Autorità: <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>.

fornire indicazioni mediante un atto a carattere generale circa le concrete modalità di partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara, al fine di superare eventuali criticità applicative.

Attesa la complessità ed il carattere innovativo della materia, l’Autorità ritiene opportuno effettuare, su tale atto, una seconda consultazione di stazioni appaltanti ed operatori del mercato, affinché possa delinearsi un quadro di regole condiviso, anche in considerazione delle modifiche normative che hanno interessato *medio tempore* la fattispecie del contratto di rete.

2. Indicazioni generali sulla partecipazione alle gare

Come rilevato nel citato atto di segnalazione n. 2/2012, la declinazione del meccanismo di partecipazione deve tener conto delle peculiari caratteristiche del contratto di rete che, di regola, non è finalizzato alla creazione di un soggetto giuridico distinto dai sottoscrittori, ma alla collaborazione organizzata di diversi operatori economici, allo scambio di informazioni e prestazioni, all’esercizio in comune di una o più attività rientranti nell’oggetto della propria impresa. Ciò postula, dunque, un’attenta considerazione della volontà negoziale delle parti contraenti, le quali devono pattiziamente decidere di contemplare la partecipazione congiunta alle procedure di gara nell’oggetto del contratto di rete – pienamente riconducibile alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, per espressa previsione dell’art. 3, comma 4-*ter*, lett. d) del citato d.l. n. 5/2009. In altri termini, la partecipazione congiunta alle gare deve essere individuata come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune.

Ciò chiarito, come è stato efficacemente notato, il contratto di rete consente di formalizzare schemi di coordinamento altamente differenziati quanto alla funzione ed all’intensità del vincolo².

La modalità partecipativa sarà, quindi, necessariamente diversa a seconda del grado di strutturazione proprio della rete, avuto riguardo anche all’oggetto della specifica gara.

Detta distinzione risulta ancor più necessaria alla luce delle modifiche apportate all’art. 3 del d.l. n. 5/2009 dal citato d.l. n. 179/2012. Il novellato comma 4-*ter* di tale articolo - ferma restando la possibilità che il contratto preveda l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune - precisa che, in detta evenienza, il contratto di rete «*non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte*». Quest’ultimo, nel disciplinare l’iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese, dispone

² Cfr. *Occasional Paper* della Banca d’Italia, n. 152 del febbraio 2013, “*Le reti di imprese*”. Viene, in particolare, osservato che «*sotto il profilo dell’intensità la rete può spaziare da un mero accordo per lo scambio di informazioni, di prestazione o di collaborazione, all’esercizio di un’attività economica. Sotto il profilo funzionale, con il contratto di rete le parti possono realizzare obiettivi di integrazione verticale (ad es. governare una rete di sub-fornitura condividendo standard di produzione; coordinare un sistema di distribuzione, basato su rapporti di franchising) o di cooperazione di tipo orizzontale, anche rafforzando legami già in atto (basati su Ati, consorzi, patti parasociali, ecc.) al fine di compiere attività d’interesse comune (ad es. istituire laboratori di ricerca comuni). (...) Alle diverse funzioni che il contratto di rete può perseguire, tuttavia, non corrispondono modelli tipici di regolazione della rete sotto il profilo dell’organizzazione, della responsabilità e degli aspetti patrimoniali. Tali profili devono essere definiti dalle parti, nel contratto e nel programma di rete ad esso allegato nel rispetto dei principi generali che il legislatore delinea*».

che, se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede e con tale iscrizione *«la rete acquista soggettività giuridica»* (art. 3, comma 4-*quater*, d.l. n. 5/2009). Ai fini dell'acquisto della soggettività giuridica, però, *«il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82»*. L'acquisto della soggettività giuridica è, dunque, interamente rimesso alla libera scelta dei soggetti contraenti. Una simile opzione, atta ad incidere profondamente sulle caratteristiche di snellezza dello strumento aggregativo, che contraddistinguono il contratto di rete sin dalla prima tipizzazione, non è scevra da conseguenze sul piano della partecipazione alle procedure di gara, giacché comporta una parziale sovrapposizione del contratto di rete con fattispecie già note a livello normativo e, in particolare, con le forme consortili. Rispetto a tali fattispecie, tuttavia, il contratto di rete, pur con soggettività giuridica, continua a presentare una maggiore flessibilità: si pensi, in proposito, alla necessità dello scopo mutualistico proprio dei consorzi con attività esterna o alle restrizioni di carattere organizzativo e patrimoniale derivanti dalla strutturazione secondo i tradizionali schemi societari.

È, altresì, vero che le parti, con la costituzione dell'organo comune, dimostrano di voler attenuare la caratteristica di estrema flessibilità propria della rete, privilegiando una maggiore stabilità del rapporto associativo. Si rammenta, infatti, che *ex art. 3, comma 4-ter, lett. e)*, del d.l. n. 5/2009, se il contratto di rete prevede l'istituzione di un organo comune per l'esecuzione del contratto, esso deve specificare il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto, nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. È, poi, previsto che l'organo comune agisca in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica o, in assenza della soggettività e *“salvo che sia diversamente disposto”* nel contratto, in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, *“nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni (...)”* (art. 3, comma 4-*ter*, lett. e). È da ipotizzare, pertanto, che, in forza dell'inciso *“salvo che sia diversamente disposto”*, l'organo comune, in assenza di soggettività giuridica, possa essere autorizzato ad agire per conto delle imprese ma in nome proprio.

In sintesi, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete, nel caso in cui acquisti soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, salvo che sia diversamente disposto nello stesso.

Con specifico riferimento alla partecipazione alle gare, le previsioni illustrate inducono a ritenere possibile una valorizzazione del rapporto costitutivo della rete, che partecipa di taluni elementi propri del contratto di mandato, qualora la stessa si sia dotata di un organo comune di rappresentanza - esso stesso parte della rete - al quale può essere conferito espressamente anche il potere di presentare domande di partecipazione od offerte per tutte o determinate tipologie di procedure di gara.

Quanto alla qualificazione, appare, in ogni caso, necessario che tutte le imprese della rete che partecipano alla procedura di gara siano in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice e li attestino in conformità alla vigente normativa.

Con riguardo ai requisiti speciali di partecipazione, essendo stata l'aggregazione tra gli aderenti al contratto di rete "strutturalmente" assimilata dal Codice al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), trovano applicazione le regole in tema di qualificazione previste dall'art. 37 del Codice e dagli artt. 92 e 275 del Regolamento (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) per gli appalti di lavori, servizi e forniture; dall'art. 90, comma 1, lett. g) del Codice e dall'art. 261, comma 7, del Regolamento per quanto riguarda i servizi di ingegneria e architettura. Le aggregazioni si dovranno strutturare secondo la tipologia dei raggruppamenti orizzontali e verticali in conformità alle disposizioni dell'articolo 37 del Codice.

In linea generale, sussiste il divieto di partecipazione alla gara, anche in forma individuale, delle imprese che già partecipano per mezzo della aggregazione di imprese retiste, ai sensi dell'art. 37, comma 7, del Codice.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si conferma, pertanto, che, come prospettato nel richiamato atto di segnalazione n. 2/2012, occorre effettuare una differenziazione, ai fini della partecipazione alle gare e della qualificazione, a seconda del diverso grado di strutturazione della rete. Occorre, altresì, considerare la forma assunta dal contratto di rete: quest'ultimo può, infatti, essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma degli articoli 24 o 25 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice della amministrazione digitale, CAD) e deve essere iscritto nel registro delle imprese presso le Camere di commercio; nel caso di acquisto della soggettività giuridica, è esclusa la possibilità di redigere l'atto con mera firma digitale ai sensi dell'art. 24 del citato d.lgs. n. 82/2005 (cfr. art. 3, comma 4-*quater*, ultimo periodo, d.l. n. 5/2009). Le diverse modalità di sottoscrizione del contratto assumono specifica rilevanza ai fini della partecipazione, come dettagliato nei paragrafi che seguono.

2.1. Rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica

2.1.1. Modalità di partecipazione

In tal caso, atteso il potere riconosciuto all'organo comune di agire in rappresentanza della rete (nel cui programma strategico rientri la partecipazione congiunta a procedure di gara), l'aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete partecipa a mezzo dell'organo comune, esso stesso parte della rete ed in possesso dei requisiti di qualificazione previsti per la mandataria.

Conseguentemente, la domanda o l'offerta presentata dall'organo comune vale ad impegnare tutte le imprese partecipanti al contratto di rete, salvo diversa indicazione in sede di offerta. Può, infatti, ritenersi che, analogamente a quanto previsto dall'art. 37, comma 7, ultimo periodo del Codice, con riferimento ai consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lett. b), l'organo comune possa indicare, in sede di offerta, la composizione della aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete che partecipa alla specifica gara; alle imprese indicate è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

Per la rete dotata di soggettività giuridica, non sembrano emergere particolari problematiche con riguardo alla forma del mandato, atteso che, come rilevato, è espressamente esclusa la possibilità di redigere il contratto con mera firma digitale ai sensi dell'art. 24 del CAD. Tuttavia, in questo caso,

si ritiene che il contratto di rete debba contemplare il conferimento di un mandato, che presenti tutti i requisiti stabiliti dall'art. 37, a partecipare alle procedure di gara ed a stipulare i relativi contratti. Qualora le suesposte condizioni siano rispettate, l'organo comune stipulerà il contratto in nome e per conto dell'aggregazione di imprese retiste.

2.1.2. Qualificazione

Per la qualificazione nel settore dei lavori pubblici, trovano applicazione le regole dettate dall'art. 37, commi 3 e 13, del Codice, che impongono una corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori. Le quote di partecipazione sono da riferirsi all'“*aggregazione*” tra le imprese retiste che partecipa all'appalto. Conseguentemente, al fine di permettere alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione, devono essere specificate nell'offerta, a pena di esclusione, le rispettive quote di partecipazione all'aggregazione, che devono corrispondere alle quote di qualificazione e d'esecuzione. Valgono, altresì, le ulteriori disposizioni in tema di ripartizione tra mandataria e mandanti in caso di raggruppamenti di tipo verticale (art. 37, comma 6), nonché quelle in tema di opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (art. 37, comma 11), così come integrate dalle applicabili disposizioni del Regolamento.

Per i servizi e le forniture, il riferimento è al comma 4 dell'art. 37, per cui nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici retisti.

2.2. Rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica

2.2.1. Modalità di partecipazione

Atteso il rapporto di mandato a monte con l'organo di rappresentanza comune, al quale è conferito espressamente il potere di presentare domande di partecipazione od offerte per tutte o determinate tipologie di procedure di gara in qualità di mandataria (laddove in possesso dei necessari requisiti di qualificazione), la volontà di tutte o parte delle imprese retiste di avvalersi di una simile possibilità, per una specifica gara, deve essere confermata all'atto della partecipazione, mediante la sottoscrizione della domanda o dell'offerta. Tale atto formale, unitamente all'esibizione del contratto di rete e del mandato che vi accede, è sufficiente ad integrare un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante. È, tuttavia, necessario che, a monte, il contratto di rete sia stato redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'art. 25 del CAD, al fine di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante circa l'identità delle imprese retiste. In altri termini, qualora il contratto di rete sia stato redatto con mera firma digitale non autenticata ai sensi dell'art. 24 del citato d.lgs. n. 82/2005, il mandato nel

contratto di rete non può ritenersi sufficiente e sarà obbligatorio conferire un nuovo mandato nella forma della scrittura privata autenticata.

Ai sensi dell'art. 37, comma 15, del Codice, in ogni caso, la revoca per giusta causa del mandato non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. Qualora le suesposte condizioni siano rispettate, l'organo comune stipulerà il contratto in nome e per conto dell'aggregazione di imprese retiste.

2.2.2. Qualificazione

Valgono, in merito, le medesime regole esposte per la rete dotata di soggettività giuridica. Anche in tale ipotesi, le quote di partecipazione sono da riferirsi all'“*aggregazione*” tra le imprese retiste che partecipa all'appalto.

2.3. Rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o reti sprovviste di organo comune

2.3.1. Modalità di partecipazione

Laddove il contratto di rete escluda il potere di rappresentanza, per cui l'organo comune agisce in nome proprio, l'aggregazione delle imprese retiste partecipa nella forma del raggruppamento, costituendo o costituito, con applicazione integrale delle relative regole, salvo quanto si osserverà circa la forma del mandato. Nel caso di raggruppamento costituendo, devono, quindi, essere osservate le seguenti formalità: sottoscrizione dell'offerta o della domanda di partecipazione di tutte le imprese retiste dell'aggregazione interessata all'appalto; sottoscrizione dell'impegno che, in caso di aggiudicazione dell'appalto, sarà conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una delle imprese retiste partecipanti alla gara, per la stipula del relativo contratto. In alternativa, è sempre ammesso il conferimento del mandato prima della partecipazione alla gara, alla stessa stregua di un RTI costituito.

Quanto alla forma del mandato, al fine di non gravare di oneri eccessivi le imprese che hanno già sottoscritto il contratto di rete, il mandato può avere, alternativamente, la forma di:

- a) scrittura privata non autenticata sottoscritta, anche digitalmente, dagli operatori economici aderenti alla rete o dai loro legali rappresentanti, nel caso di contratto di rete redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata; in detta evenienza, si reputa che la scrittura non autenticata dovrà essere prodotta unitamente alla copia autentica del contratto di rete;
- b) scrittura privata autenticata, nel caso di contratto di rete redatto per atto firmato digitalmente.

2.3.2. Qualificazione

In tal caso, dal momento che l'aggregazione delle imprese retiste partecipa nella forma di un vero e proprio RTI, si applica la disciplina prevista dall'articolo 37.

3. L'impresa retista mandataria

E' opportuno specificare che, come per i raggruppamenti, anche per l'aggregazione di imprese retiste dovrà essere individuata *ex ante* l'impresa retista che svolgerà il ruolo di mandataria, *in primis* ai fini della qualificazione in gara.

Ai sensi dell'art. 37, comma 16, del Codice al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

Nel caso di rete priva di organo comune ovvero qualora questo sia privo di poteri di rappresentanza, sarà lo stesso mandato collettivo speciale conferito ad una delle imprese retiste ad individuare la mandataria.

Qualora la rete sia dotata di un organo comune, che agisce in rappresentanza delle imprese firmatarie dell'offerta, quest'ultimo potrà svolgere il ruolo di impresa mandataria purché esso stesso parte della rete ed in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti (dal bando di gara, dal Codice e dal Regolamento).

4. La fase esecutiva

4.1. Responsabilità solidale

Ai sensi del comma 5 dell'art. 37 del Codice, l'offerta dell'aggregazione di imprese retiste che partecipa alla gara determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale dell'impresa che svolge il ruolo di mandataria. Tale responsabilità non è, dunque, estesa ai soggetti che, seppur sottoscrittori del contratto di rete, non abbiano partecipato alla specifica procedura di gara tramite l'aggregazione. Il citato art. 37, comma 5, deve intendersi quale norma speciale prevalente su pattuizioni o norme volte a limitare detta responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

4.2.Modifiche soggettive

In fase di esecuzione trovano applicazione i commi 18 e 19 dell'art. 37 del Codice, che indicano i casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono la mandante o la mandataria. Al di fuori delle ipotesi espressamente normate, è ammissibile il recesso di una o più imprese che partecipano tramite la rete (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti dell'aggregazione siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto ed a condizione che la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (sul punto, si veda adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012 e determinazione n. 4/2012).

Al di fuori delle ipotesi indicate, l'eventuale recesso o l'estromissione dal contratto di rete non possono in alcun caso essere opposte alla stazione appaltante e non valgono ad alterare gli equilibri cristallizzati nel contratto d'appalto: in altri termini, è consentita l'uscita dalla rete ma non dall'aggregazione/RTI per conto del quale è stato sottoscritto il contratto con la stazione appaltante.