

Determinazione n. 3 del 23 aprile 2013

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

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 c.d. 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 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. Data la rilevanza ed il carattere innovativo dell'argomento, l'Autorità ha esperito una consultazione degli operatori del mercato e delle amministrazioni; il relativo documento di consultazione ed i contributi pervenuti sono consultabili sul sito internet dell'Autorità.

A seguito di quanto emerso nell'ambito della menzionata consultazione, 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 fornire alcune prime indicazioni circa le concrete modalità di partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara, al fine di superare eventuali criticità applicative. Dette indicazioni potranno essere oggetto di successive puntualizzazioni in relazione alle eventuali, ulteriori problematiche che dovessero emergere dalla prassi applicativa.

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 – e nel contempo, di norma, prevedere una durata dello stesso contratto che sia commisurata agli obiettivi programmatici e, in ogni caso, ai tempi di realizzazione dell'appalto. Pertanto, 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 vincolo¹.

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 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, è, 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. Ciò a prescindere dalla tipologia e dalla struttura della rete e, pertanto, in tutti i casi esaminati nei successivi paragrafi.

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, inoltre, 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, 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 artt. 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).

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

2.1.1. Modalità di partecipazione

Nel caso di rete priva di soggettività giuridica ma dotata di organo comune con potere di rappresentanza, quest'ultimo può svolgere il ruolo di mandataria, laddove in possesso dei necessari requisiti di qualificazione e qualora il contratto di rete rechi il mandato allo stesso a presentare domande di partecipazione o offerte per tutte o determinate tipologie di procedure di gara. Tuttavia, il mandato, contenuto nel contratto di rete, è condizione necessaria ma non sufficiente, in quanto 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 alla copia autentica del contratto di rete, che già reca il mandato, integra un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante. È, altresì, 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 CAD, il mandato nel contratto di rete non può ritenersi sufficiente e sarà obbligatorio conferire un nuovo mandato nella forma della scrittura privata autenticata anche ai sensi dell'art. 25 del CAD.

Secondo quanto previsto dall'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. Qualora, invece, l'organo comune non possa svolgere il ruolo di mandataria (ad esempio perché privo di adeguati requisiti di qualificazione, neanche ricorrendo all'istituto dell'avvalimento ex art. 49 del Codice) è sempre possibile ricorrere alla soluzione descritta al paragrafo 2.2.

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 privo di potere di rappresentanza o reti sprovviste di organo comune

2.2.1. 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 delle imprese retiste parte 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:

1. scrittura privata non autenticata sottoscritta, anche digitalmente, dagli operatori economici aderenti alla rete, purché il contratto di rete sia stato redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o firmata digitalmente ai sensi dell'art. 25 del CAD; in detta evenienza, si reputa che la scrittura non autenticata dovrà essere prodotta unitamente alla copia autentica del contratto di rete;
2. scrittura privata autenticata, nel caso di contratto di rete redatto in forme diverse da quelle sub a).

2.2.2. 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'art. 37.

2.3. Rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica

2.3.1 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 e qualora in possesso dei requisiti di qualificazione previsti per la mandataria. Conseguentemente, la domanda o l'offerta presentata dall'organo comune, assieme alla copia autentica del contratto di rete, costituiscono elementi idonei 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'art. 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 quanto riguarda le formalità di partecipazione alla gara, si rammenta che per la rete dotata di soggettività giuridica è espressamente esclusa la possibilità di redigere il contratto di rete con mera firma digitale ai sensi dell'art. 24 del CAD (cfr. art. 3, comma 4-quater, ultimo periodo, d.l. n. 5/2009). Il contratto potrà, pertanto, essere stipulato mediante atto pubblico, scrittura privata autenticata, ovvero atto firmato digitalmente a norma dell'art. 25 del CAD, vale a dire con firma elettronica o altro tipo di firma avanzata autenticata da notaio o altro pubblico ufficiale. Tuttavia, come rilevato, il contratto di rete deve essere prodotto, in copia autentica, all'atto della partecipazione alla gara, in quanto da esso emergono i poteri dell'organo comune a presentare l'offerta/domanda ed a sottoscrivere il relativo contratto. Qualora le suesposte condizioni siano rispettate, l'organo comune stipulerà il contratto in nome e per conto dell'aggregazione di imprese retiste

2.3.2 Qualificazione

Valgono, in merito, le medesime regole esposte, al paragrafo 2.1.2, per la rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza ma priva di soggettività giuridica. Anche in tale ipotesi, le quote di partecipazione sono da riferirsi all'“aggregazione” tra le imprese retiste che partecipa all'appalto.

3. La fase esecutiva

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.

Con riguardo all'eventuale recesso o estromissione dal contratto di rete, in fase di partecipazione, trova applicazione la disciplina generale dettata dal combinato disposto dei commi 9, 18 e 19 dell'art. 37 (sul punto, cfr. determinazione n. 4/2012).

A valle della stipulazione del contratto di appalto, deve ritenersi che l'eventuale recesso o l'estromissione dal contratto di rete non possano, in alcun caso, essere opposti alla stazione appaltante; in altri termini, essi non valgono ad alterare i vincoli formalizzati nel contratto d'appalto stesso.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Consigliere relatore Luciano Berarducci

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 maggio 2013 Il Segretario: Maria Esposito

1 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».