

AVCP Atto di Segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012

Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163
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”

1. Contratti di rete e partecipazione alle procedure di gara

Il presente atto di segnalazione, adottato ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice dei contratti), ha ad oggetto la disamina di talune problematiche giuridiche ed applicative derivanti dalla partecipazione delle cd. reti di impresa alle procedure di gara, nonché la formulazione di proposte di modifica legislativa al riguardo.

In base all'art. 3, commi 4-ter e ss., del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, con il contratto di rete “più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa”¹. Si evince da tale definizione che il contratto di rete è stato delineato al fine di superare la logica dei cd. distretti territoriali, creando un mezzo di cooperazione strutturata più snello, che consenta di conciliare le caratteristiche di stabilità, tipiche delle forme societarie e consortili, con accentuati tratti di flessibilità, propri dei contratti riconducibili alla figura della joint venture.

Attesi i possibili vantaggi che tale strumento può offrire per la competitività del sistema imprenditoriale, in una congiuntura economica particolarmente sfavorevole, l'Autorità, ha esperito una procedura di consultazione², dalla quale è emerso che le potenzialità applicative della fattispecie nell'ambito della contrattualistica pubblica possono meglio attuarsi mediante la definizione di un'idonea cornice giuridica di riferimento.

In merito, occorre rammentare che la promozione di politiche volte all'aggregazione tra imprese, anche attraverso il sostegno ai distretti ed alle reti di impresa, è contemplata, come principio generale che concorre a definire lo statuto delle imprese e dell'imprenditore, dall'art. 2, lett. n) della legge 11 novembre 2011, n. 180 (“Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese”). E', inoltre, previsto che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici ed al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedano a “semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici” (art. 13, comma 2, lett. b).

¹ Il d.l. n. 5/2009, che reca “Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario”, è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 9 aprile 2009, n. 33 e successivamente modificato dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 e dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

² I documenti relativi alla consultazione sono pubblicati al seguente indirizzo:
<http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnline>.

Le disposizioni richiamate, pur auspicando l'accesso delle reti di impresa alle procedure di gara, non chiariscono le modalità attraverso le quali possa concretamente realizzarsi tale partecipazione, alla luce delle regole dettate Codice dei contratti.

Quest'ultimo, all'articolo 34, indica in modo non tassativo i soggetti ammessi a partecipare alle gare e, con specifico riguardo ai concorrenti plurisoggettivi, permette il ricorso a talune forme di aggregazione che presentano peculiarità e regole proprie, delineate principalmente in funzione del grado di strutturazione assunto dalla collaborazione imprenditoriale.

Il contratto di rete, tuttavia, non appare in toto riconducibile ad alcuno di tali istituti.

Più nel dettaglio, rispetto ai consorzi stabili (art. 34, comma 1, lett. c) ed ai i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (art. 34, comma 1, lett. b) - dotati di capacità giuridica propria ed autonomia, anche patrimoniale, perfetta - il contratto di rete non dà vita ad un ente munito di soggettività autonoma. Per il consorzio, è poi prevista la necessaria costituzione di un fondo consortile, mentre, nel caso della rete di imprese, il fondo patrimoniale costituisce un elemento soltanto eventuale del contratto. Inoltre, nell'ambito della rete, la nomina di un organo comune di rappresentanza è prevista in via facoltativa, laddove il consorzio stabile agisce in nome proprio.

Quanto ai raggruppamenti temporanei (art. 34, comma 1, lett. d) ed ai consorzi ordinari di concorrenti (art. 34, comma 1, lett. e), essi sono accomunati al contratto di rete dal fatto che i partecipanti conservano la propria soggettività giuridica.

Tuttavia, anche in tal caso, sussistono rilevanti differenze riconducibili, in via principale, al fatto che mediante la rete viene instaurato un rapporto di collaborazione duraturo e continuativo, non limitato ad una specifica gara, ma, al contrario, finalizzato al perseguimento di un programma di sviluppo di ampia portata.

Il contratto di rete costituisce, quindi, un *quid novi* nel panorama delle modalità di aggregazione dei concorrenti consentite dal Codice dei contratti. Come è stato precisato dalla Commissione europea (Bruxelles, 26.01.2011 C(2010)8939; Aiuto di Stato N 343/2010 - Italia - Sostegno a favore della costituzione di reti di imprese) la “particolarità del contratto di rete è che le imprese partecipanti mantengono la loro autonomia sotto il profilo giuridico ..., questa nuova figura giuridica lascia alle imprese la libertà di decidere quale tipo di cooperazione attuare e con quali mezzi, senza imporre alcuna forma di obbligo strutturato, come l'istituzione di un fondo o altre forme di fusione”. La Commissione ha, altresì, rilevato che “mentre altre figure giuridiche di cooperazione strutturata, come le associazioni temporanee di imprese, raggruppano per un certo periodo di tempo società che intendono svolgere una determinata operazione, nella rete di imprese, (...), il contratto definisce un programma comune (come un programma industriale) con il quale le società partecipanti mirano ad accrescere, individualmente o collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato. Il contratto istituisce quindi la forma più flessibile e generale di associazione tra imprese, fissando un numero limitato di norme al solo scopo di assicurare la trasparenza e la stabilità delle relazioni contrattuali”.

Un simile approccio, volto a dettare esclusivamente talune basilari regole che assicurino il superamento di possibili incertezze giuridiche, dovrebbe caratterizzare, a parere dell'Autorità, anche la disciplina della partecipazione delle reti alle procedure, come meglio illustrato nel seguito.

2. Definizione del meccanismo di partecipazione

L'individuazione del meccanismo di partecipazione deve tener conto delle peculiari caratteristiche del contratto di rete che, come rilevato, non è finalizzato alla creazione di un soggetto giuridico distinto dai sottoscrittori, ma alla collaborazione organizzata di diversi operatori economici.

Ciò postula, in primo luogo, una 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, individuandola come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune.

A tale condizione preliminare, dovrebbe fare seguito una diversa modalità partecipativa a seconda dell'importanza concreta che le parti attribuiscono a detta finalizzazione, in base al grado di strutturazione proprio della rete ed all'oggetto della specifica gara.

Si ritiene, infatti, opportuno effettuare una differenziazione tra reti dotate di organo comune di rappresentanza, da un lato, e reti che ne siano sprovviste, dall'altro.

Nel primo caso, le parti, con la costituzione dell'organo comune, dimostrano di voler in parte ridurre 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 di rappresentanza, 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. E', poi, previsto che l'organo comune agisce in rappresentanza della rete e, salvo che sia diversamente disposto nel contratto, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, "nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni".

Le previsioni illustrate inducono a ritenere possibile una valorizzazione del rapporto di mandato con l'organo di rappresentanza comune, al quale può essere 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, andrebbe 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, sarebbe sufficiente ad integrare un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante.

Qualora, invece, la collaborazione abbia una struttura più flessibile – e, quindi non vi sia un organo comune di rappresentanza ovvero quest'ultimo non sia in possesso dei requisiti di qualificazione necessari per assumere il ruolo di mandataria – una diversa soluzione può consistere nel richiedere ex lege il conferimento, per ciascuna gara, di un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno dei soggetti parte della rete, qualificato mandatario, che sarebbe così titolato ad esprimere l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti e, cioè, delle altre imprese della rete che intendono partecipare alla gara. Riguardo ai requisiti formali del mandato, al fine di non gravare di oneri eccessivi le imprese che hanno già sottoscritto il contratto di rete – il quale deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma degli articoli 24 o 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice della amministrazione digitale), nonché iscritto nel registro delle imprese presso le Camere di commercio - il mandato, in fase di partecipazione, potrebbe essere sostituito dall'impegno scritto al conferimento dello stesso a

valle dell'aggiudicazione o avere, alternativamente, la forma della scrittura privata autenticata ovvero dell'atto sottoscritto digitalmente a norma dei citati articoli del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

3. Possesso dei requisiti di qualificazione

Fermo restando il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice dei contratti da parte di tutte le imprese parte della rete che partecipano alla procedura di gara, dovrebbero trovare applicazione, in via analogica o mediante una espressa modifica normativa, le regole in tema di qualificazione dettate dall'art. 37 del Codice per i raggruppamenti temporanei di imprese, al fine di permettere alla stazione appaltante la verifica del possesso dei requisiti speciali.

Sarebbe, poi, necessario introdurre ex lege il divieto di partecipazione alla gara, anche in forma individuale, delle imprese che partecipano per mezzo della "rete", fermo restando che andrebbe garantita alle imprese retiste la possibilità di concorrere individualmente alla medesima gara ovvero tramite una delle altre forme di partecipazione congiunta previste dal Codice: in tal caso, dette imprese potrebbero essere escluse solo ove si provasse l'unicità del centro decisionale.

4. Problematiche in fase esecutiva

Con riguardo alla fase esecutiva del contratto d'appalto, andrebbe, in primo luogo, sancita la responsabilità solidale, nei confronti della stazione appaltante, delle imprese retiste che stipulano il contratto di appalto, al pari di quanto previsto dal comma 5 dell'art. 37 del Codice dei contratti per i raggruppamenti temporanei: detta responsabilità, infatti, non può in alcun caso ritenersi estesa ai soggetti che, seppur sottoscrittori del contratto di rete, non abbiano preso parte alla specifica procedura di gara.

Vanno, poi, considerate le conseguenze sull'esecuzione del contratto di appalto derivanti da un eventuale recesso dal contratto di rete. In linea generale, dovrebbero trovare applicazione, con gli opportuni aggiustamenti, i commi 18 e 19 dell'art. 37, che indicano i casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono il mandante o i mandatarî.

Al di fuori delle ipotesi espressamente normate, come per i raggruppamenti, anche nel caso della rete sarebbe da ritenersi ammissibile il recesso di una o più imprese dalla rete (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto. Tale limitata facoltà dovrebbe essere riconosciuta sia dopo l'aggiudicazione che in costanza di gara (cfr. adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012), a condizione che la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie della rete e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842).

In altri termini, al di fuori delle ipotesi indicate, l'eventuale recesso dal contratto di rete non potrebbe in alcun caso essere opposto alla stazione appaltante e, pertanto, non potrebbe assumere alcuna rilevanza sia nel contesto della gara che in corso di esecuzione.

Inoltre, come rilevato anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AS 963 del 2012), occorre impedire che le imprese non partecipanti alla gara o non risultate aggiudicatari nella gara stessa possano comunque partecipare all'esecuzione del contratto accordandosi successivamente con le imprese vincitrici e dando luogo quindi ad un'intesa assai più ampia di quella iniziale e tale, per la sua consistenza finale, da comportare una spartizione del mercato.

5. Soggetti sottoscrittori

L'attuale normativa (art. 3, commi 4-ter e ss. del citato d.l. n. 5/2009) sembra restringere il novero dei possibili sottoscrittori ai soli soggetti che rivestono lo status di imprenditori ai sensi dell'art. 2082 c.c., giacché la stipula del contratto deve risultare nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante (art. 3, comma 4-quater); inoltre, l'efficacia del contratto decorre dal momento in cui è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari.

È, peraltro, auspicabile il superamento di una simile limitazione, che si paleserebbe come maggiormente aderente alla nozione comunitaria di "operatore economico" – la quale include qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento - e di attività economica - intesa come qualsiasi attività che si concretizzi nell'offerta di beni e servizi sul mercato; a tal fine, sarebbe necessaria una modifica legislativa volta a permettere la partecipazione alle reti di impresa anche a professionisti non qualificabili alla stregua di imprenditori in senso civilistico.

6. Sintesi degli interventi normativi

Alla luce di quanto sin qui esposto, si ritiene auspicabile un intervento normativo volto ad introdurre nel Codice dei contratti talune regole basilari necessarie per permettere la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara. In particolare, all'art. 34, si propone di inserire, tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti, i concorrenti riuniti nell'ambito di una rete di impresa ai sensi dall'art. 3, commi 4-ter e ss., del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5.

Le necessarie modifiche andrebbero apportate anche all'art. 37, con peculiare riguardo al profilo della qualificazione e dei divieti di partecipazione, necessari a garantire la concorrenza; l'art. 37 resterebbe, comunque, applicabile per i profili non espressamente disciplinati, in quanto compatibile.

Una volta individuata la cornice giuridica di riferimento, qualora il legislatore ne condivida l'opportunità, l'Autorità potrà fornire indicazioni operative ed attuative, in particolare attinenti alle formalità di partecipazione, in sede di adozione dei bandi-tipo ex art. 64, comma 4-bis.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 27 settembre 2012.

I Consiglieri relatori: Luciano Berarducci, Piero Calandra

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito