

**ABI -Associazione Bancaria Italiana**

**“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”**

**Consultazione on line dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture Vigilanza**

Considerazioni Generali

Il Contratto di rete (d’ora innanzi per brevità CdR) – introdotto nel nostro ordinamento dall’art. 3, comma 4-ter e ss., del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della L. 9 aprile 2009, n. 33 – continua a registrare un crescente successo in quanto – come già evidenziato dalla scrivente Associazione nella audizione del 5 luglio 2012 – costituisce un’innovativa modalità di aggregazione delle imprese in grado di superare il nodo strutturale del sistema produttivo italiano caratterizzato dalla modesta dimensione aziendale. Per tale fondamentale ragione, l’ABI sostiene ogni utile iniziativa tesa a favorirne il ricorso, prevenendo eventuali criticità che dovessero emergere anche in relazione al mutevole quadro di riferimento normativo, significativamente inciso dalle novelle apportate più recentemente dal:

- D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134;
- D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221.

In particolare a seguito di quest’ultimo intervento normativo, è stata aggiunta la lettera e-bis) all’art. 34 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici), con il risultato di consentire la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche alle “aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete”. Tale innovazione è giudicata positivamente dal settore bancario italiano, coinvolto in veste di potenziale finanziatore delle imprese retiste, poiché estende l’operatività di detta peculiare modalità aggregativa nel rilevante ambito dei contratti pubblici. E’ noto peraltro come detta novella sia il frutto della meritoria iniziativa assunta da codesta Autorità, concretizzatosi con l’emanazione dell’atto di segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012, nel quale appunto si auspicava l’inserimento espresso delle reti di impresa nel novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici. L’ABI condivide la necessità attuale di un ulteriore intervento di codesta autorevole Autorità, attraverso l’emanazione di un atto di Determinazione, che indichi le concrete modalità di partecipazione delle reti alle procedure di gara, al fine di superare eventuali criticità applicative derivanti dal rinvio operato dalla citata lettera e-bis) alle previsioni dell’art. 37 del Codice dei contratti pubblici, relativo ai raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) e ai consorzi ordinari di concorrenti. Un quadro certo di regole è invero foriero di conferire stabilità anche al piano della relazione contrattuale eventualmente intercorrente tra la rete, imprese retiste e banca/banche finanziatrice/i delle medesime, tenuto conto delle diverse caratteristiche che la rete può assumere, distinguendosi – come anche evidenziato nel documento posto in consultazione – almeno tra:

- reti dotate di organo comune e soggettività giuridica.
- Reti dotate di organo comune con potere di rappresentanza ma prive di soggettività giuridica.
- Reti dotate di organo comune ma privo di potere di rappresentanza.
- Reti sprovviste di organo comune.

In tale ottica, si condividono senz’altro, sia l’impostazione generale del documento, sia le indicazioni specifiche fornite da codesta Autorità nella bozza di Determinazione. D’altro canto gran parte degli auspici formulati dalla scrivente Associazione nel Position Paper relativo alla

precedente Audizione del 5 luglio 2012 si sono positivamente concretizzati, sia per la scelta del legislatore di fornire un quadro più certo per la partecipazione alle gare pubbliche delle reti di impresa, sia per le indicazioni contenute nell'atto di Determinazione oggetto della presente consultazione. Nel richiamare le considerazioni svolte, positive risultano, in particolare, le indicazioni fornite da codesta Autorità in ordine ad alcuni requisiti che le reti devono presentare e che concorrono a guidare le imprese nella formulazione delle pattuizioni contrattuali, segnatamente:

- le conferme in ordine alla funzione e ruolo dell'organo comune (in primis la prescrizione che lo stesso della essere parte della rete).
- L'attenzione data a tematiche quali il recesso dell'impresa retista, la durata minima del contratto, gli effetti del recesso e la necessità di previsioni in merito alla continuità operativa, oltre agli altri aspetti desumibili dal documento, costituiranno senza dubbio il riferimento per linee guida efficaci ed autorevoli rispetto ad alcuni dei punti maggiormente delicati del contenuto dei contratti di rete.

Un tema sul quale infine si auspica che codesta Autorità voglia esprimersi, integrando l'emanando atto di Determinazione, è quello della tracciabilità dei flussi finanziari in caso di imprese in rete fornendo indicazioni pratiche che tengano conto delle varie tipologie di reti di impresa (es. necessità o meno di aprire un contratto di conto corrente in capo alla rete, in presenza di rappresentante comune, per la gestione degli incassi relativi alla commessa pubblica). In tale ottica di piena condivisione del documento posto in consultazione, di seguito si propongono alcune richieste di integrazione alle indicazioni ivi proposte.

Considerazioni specifiche.

Indicazioni generali sulla partecipazione alle gare.

Parrebbe opportuno che, oltre alla previsione nel programma di rete di contemplare la partecipazione congiunta alle procedure di gara, nel CdR si precisasse, benché apparentemente implicito, che la rete dovrà avere una durata sufficiente rispetto agli impegni da assumersi con riguardo alla stazione appaltante. Invero, la prassi rilevata sin ora - nell'ambito del settore privato - fa emergere casi in cui la rete ha una durata non congrua rispetto agli obiettivi programmatici perseguiti. Nel caso di specie l'esigenza pubblicistica di tutela appare particolarmente cogente. Il passaggio del documento posto in consultazione (Cfr. par. 2) potrebbe dunque essere così riformulato (in grassetto la parte aggiunta): "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 prevedere una durata dello stesso contratto che sia commisurata agli obiettivi programmatici e, in ogni caso, non inferiore ai tempi di realizzazione della commessa pubblica. In altri termini, la partecipazione congiunta alle gare deve essere individuata come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune".

Reti dotate di organo comune e di soggettività giuridica.

Nel documento posto in consultazione (cfr. paragrafo 2.1.1) si afferma che "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". Si renderebbe opportuna una precisazione, stante il combinato disposto:

- dell'art. 3, comma 4-ter, n. 3) del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, secondo cui "ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma degli

articoli 24 o 25 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82" (c.d. CAD).

- Dell'art. 3, comma 4-quater, ultimo paragrafo del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, come novellato dall'art. 36, comma 4-bis, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, secondo cui "per acquistare la soggettività giuridica 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".

Al fine pertanto di evitare incertezze interpretative si suggerisce di riformulare nell'emanando atto di Determinazione la indicata precisazione nel modo che segue (in grassetto la parte aggiunta): "per la rete dotata di soggettività giuridica, non sembrano emergere particolari problematiche con riguardo alla forma del mandato, atteso che, come rilevato, essendo espressamente esclusa la possibilità di redigere il contratto con mera firma digitale ai sensi dell'art. 24 del CAD, il mandato potrà essere conferito con 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".