

**ASSORETIPMI - ASSOCIAZIONE RETI DI IMPRESE PMI**

**“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**

1) Nel progetto AVCP di atto di determinazione si legge, sub paragrafo 2.1.1., relativo alle modalità di partecipazione della rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica, che per «la rete dotata di soggettività giuridica non sembrano emergere particolari problematiche con riguardo alla forma del mandato». Il paragrafo citato si conclude con un’ affermazione, che si reputa di tenore generale, nel senso 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».

Tale indicazione appare dettata da una applicazione analogica dell’art. 37, commi 14 e ss., del D. Lgs. n. 163/2006, “Codice dei contratti pubblici”, in materia di raggruppamento temporaneo. Orbene, secondo la dottrina, tale raggruppamento è costituito da un mandato collettivo con rappresentanza alla capogruppo, non costituendo autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. Questa impostazione sembra confermata dall’art. 37, commi 14 e 17, del D. Lgs. n. 163/2006: ne discenderebbe però una applicabilità per analogia alla rete di imprese soggetto di diritto piuttosto problematica, per assenza della identità di ratio, posto che la rete “entificata” costituisce invece un unico soggetto giuridico idoneo ad essere titolare in via autonoma di situazioni giuridiche soggettive.

Si consideri inoltre che, secondo quanto stabilito dall’art. 3, comma 4 – ter, lett. e), D.L. 5/09 e s.m.i., così come confermato dalla Spett. le AVCP, «l’organo comune agisce in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica». Si ritiene trattarsi della c.d. rappresentanza organica, ossia il potere di rappresentare un ente che spetta all’organo che ha la competenza ad esternare la volontà dell’ente stesso: ma se ci troviamo di fronte ad un soggetto unico, appunto perché entificato, quest’organo non dovrebbe essere considerato, almeno nello svolgimento di tale funzione, una persona a sé stante, altrimenti verrebbe a perdersi l’unicità del soggetto di cui l’organo esprime la volontà. Come noto, nella rappresentanza organica risulta che l’atto sia posto in essere dallo stesso ente secondo il ben noto principio di “immedesimazione organica” (Cass. n. 11115/1992; Trib. Padova, 08.06.2010; App. Torino, 31.01.2008; Trib. Milano, 15.01.2009, relativamente ad una s.a.s.), in forza del quale l’organo non si sostituisce all’ente, bensì agisce come parte integrante dello stesso: ne consegue che la domanda di partecipazione alle gare e la stipula dei relativi contratti risulteranno essere effettuate direttamente dalla rete soggetto di diritto attraverso l’organo comune, soggetto istituzionalmente preposto alla manifestazione della sua volontà all’esterno. Queste conclusioni appaiono allora in contrasto con l’art. 1703 cod. civ., che, a proposito del mandato, ne parla come di un contratto tra due parti distinte. Più radicalmente, la funzione precipua del mandato di rendere possibile il compimento di attività giuridica di un soggetto attraverso un altro soggetto non risulta concepibile all’interno di un unico soggetto di diritto.

Si propone allora alla Spett. le AVCP di consentire all’organo comune della rete soggetto di diritto di partecipare alle gare senza il previo conferimento di un mandato. In tal caso, qualora si ritenesse indispensabile non rinunciare alla funzione del mandato quale mezzo per disciplinare i rapporti reciproci tra le parti imprese retiste, si richiede alla stessa Autorità di studiare e pubblicare un modello di programma di rete che preveda gli elementi più importanti di tali rapporti, così da consentire un adeguamento preventivo allo stesso delle retiste.

Tale richiesta trova la sua principale giustificazione nella esigenza di semplificare il più possibile

l'utilizzazione delle reti di imprese e le relative procedure in materia di contratti pubblici, così da favorirne la diffusione anche in tale fondamentale settore dell'economia del nostro Paese.

In via subordinata, qualora la Spett. le AVCP ritenesse di dover accedere alla diversa teoria che ricostruisce anche la rappresentanza organica in termini di "vera rappresentanza" tra due soggetti distinti, con conferma della necessità di stipulare mandato formale, si ripropone alla stessa Autorità la richiesta di elaborare un modello di mandato che tenga conto della segnalata esigenza di semplificazione, da un lato, e adeguato controllo dei rapporti tra le imprese retiste, dall'altro.

2) Nel progetto di atto di determinazione della Spett. le AVCP si legge al paragrafo 2.2, relativamente alle modalità di partecipazione della rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza ma priva di soggettività giuridica: «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».

Si ritiene di dover segnalare l'eccessiva complessità del descritto iter procedimentale, ben potendo lo stesso esser notevolmente semplificato nel rispetto delle garanzie e dei requisiti posti dal D. Lgs. n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici.

Ed infatti, a fronte di un mandato stipulato tra le imprese retiste (mandanti) e l'organo comune (mandatario) con il quale le prime espressamente conferiscono al secondo il potere di presentare domande od offerte di partecipazione alle gare, l'onere di confermare la medesima volontà già contenuta nel mandato mediante sottoscrizione dell'atto di gara appare sproporzionato, in quanto tendente a vanificare la funzione stessa del mandato, con il quale l'organo comune si è già obbligato a compiere uno o più di tali atti per conto delle imprese retiste e queste ultime, d'altro canto, hanno già espresso in piena libertà la loro volontà di partecipare attraverso il predetto mandatario a fattispecie così complesse come le gare previste dal Codice dei contratti pubblici. In base a quanto appena dedotto, si propone in primo luogo alla Spett. le AVCP di limitare gli adempimenti previsti nella descritta fattispecie al conferimento del solo mandato generale "a monte", così da perseguire meritori scopi di semplificazione procedurale, viepiù importanti nell'attuale congiuntura economica di profonda crisi.

D'altro canto si comprende come nella presente situazione la spett. le AVCP si sia preoccupata di far considerare attentamente alle imprese retiste, già coordinate nella loro attività giuridica dal mandato generale "a monte", l'importanza dell'atto costituito dall'obbligarsi alla partecipazione, di volta in volta, della singola gara, proprio per il rilevante dispendio di risorse ed energie che questa di solito comporta.

Sulla scorta di tale ultima considerazione, si propone in via subordinata alla Spett. le AVCP, qualora il profilo della specificità della gara dovesse risultare prevalente rispetto alla menzionata esigenza di semplificazione, di limitare gli adempimenti previsti nella descritta fattispecie al conferimento del cosiddetto mandato "a monte" e di una procura espressamente "dedicata" di volta in volta alla specifica gara in oggetto, magari redigendone e pubblicandone il relativo modello.

3) I requisiti previsti nel Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163/2006) per le imprese appaltanti in capo ad ogni partecipante alle gare, in caso di partecipazione di una rete dotata di soggettività giuridica, debbono essere considerati imperativi e inderogabili per ogni impresa

retista? Con quali modalità le singole imprese retiste specificano l'offerta nell'ambito dell'aggregazione ?

Dopo un'attenta analisi della normativa, non sembra esserci alcun dubbio sulla natura imperativa e non derogabile dei requisiti, previsti dagli articoli 38, 39 e 40 del D.Lgs. n.163/2006 (Codice dei contratti pubblici) che ogni singola impresa partecipante alla rete "entificata" debba possedere. L'art.38 (requisiti generali), per le finalità ad esso sottese, è una norma di ordine pubblico e si applica a prescindere dal suo richiamo o dal suo inserimento espresso tra le clausole che regolano la singola gara in applicazione del principio di etero-integrazione delle norme imperative (TAR Campania Napoli, Sez. I, 1° marzo 2010, n. 1206; TAR Sicilia Palermo, Sez. I, 4 giugno 2009, 103). I requisiti di idoneità professionale richiesti dall'art.39 e dell'attestazione SOA previsti all'art.40 del Codice dei contratti pubblici hanno, anch'essi, un evidente funzione di trasparenza, tutela dei terzi e, elemento non meno importante, di permettere alla P.A. di demandare l'esecuzione del contratto ad un soggetto idoneo (principio espresso anche dall'art.37 del codice per i raggruppamenti temporanei d'impresa). In altri termini, la necessità di reperire un contraente qualificato trova la propria ratio nella finalità di impedire che l'esecuzione dell'appalto sia demandata ad un soggetto che non sia in grado di garantire, in quanto privo dei requisiti necessari, la corretta esecuzione delle prestazioni affidate.

Tutto ciò considerato, ad analoga conclusione occorre pervenire sulla specificazione nell'offerta delle rispettive quote di partecipazione dei soggetti aderenti alla rete "entificata". Anche qui la normativa predisposta dal legislatore è ispirata a principi di trasparenza e ordine pubblico e non consente alcuna eccezione applicabile alle imprese "retiste" che partecipano alla gara che, dovranno, quindi, indicare le quote (attraverso indicazione dei conferimenti iniziali e contributi successivi) di partecipazione, corrispondenti alle quote di qualificazione ed esecuzione, nell'offerta, in modo da permettere alla stazione appaltante la verifica dei requisiti.

In conclusione e in estrema sintesi, pur constatando la propensione del legislatore ad assegnare al contratto di rete elementi di atipicità e di elasticità, per le ragioni sopra descritte, è da escludere che le singole imprese partecipanti alle reti possano essere oggetto di (ingiustificabili) deroghe che falserebbero la regolarità e la trasparenza della gara e che andrebbero a contrastare norme imperative demandate a regolare e a tutelare interessi superiori. Per tutto ciò osservato e considerato, si può quindi, certamente affermare che, in caso di partecipazione alle gare di una rete "entificata", i requisiti previsti nel Codice dei contratti pubblici (D. Lgs, n. 163/2006) debbono necessariamente essere considerati imperativi e inderogabili per le singole imprese "retiste".

4) Al fine di valutare la compatibilità delle norme sulla partecipazione agli appalti pubblici con il nuovo istituto del contratto di rete occorre tener presente, da un lato che non sempre la rete presuppone la creazione di un soggetto giuridico distinto dai sottoscrittori (infatti la rete acquista la soggettività solo se il contratto prevede l'istituzione di un fondo comune e se il contratto è stipulato per atto pubblico, scrittura autenticata o atto firmato digitalmente); dall'altro che l'oggetto del programma di rete può essere molto ampio, seppure indirizzato ai seguenti obiettivi:

- collaborare in forme e in ambiti predeterminati, attinenti all'esercizio delle proprie imprese;
- scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica;
- esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

Sotto il primo profilo, la scelta in merito alla soggettività giuridica (rimessa, come si è detto, alle imprese che sottoscrivono il contratto) implica conseguenze diverse circa la rappresentanza della rete stessa e circa i requisiti richiesti per partecipare ai bandi pubblici (in particolare per quanto riguarda la sottoscrizione della domanda di partecipazione, per stabilire se essa debba essere fatta dal rappresentante comune ovvero da tutte le imprese partecipanti alla rete). Per quanto riguarda il secondo profilo occorre valutare se l'oggetto della rete debba ricomprendere in modo esplicito e/o in via esclusiva la volontà di partecipare a bandi pubblici. Considerata la particolare struttura delle reti d'impresa, che rappresentano un strumento di collaborazione tra imprese più

elastico rispetto agli istituti già presenti nel nostro ordinamento (quali, ad esempio, le ATI ovvero i consorzi), andrebbe contro lo spirito del legislatore il prevedere che – per consentire alla rete di partecipare a bandi pubblici – il contratto debba prevedere in via esclusiva tale volontà nel programma. Si consideri, inoltre, che l'obiettivo con cui le imprese si aggregano è normalmente molto ampio (collaborare in determinati ambiti, esercitare in comune una o più attività, scambiarsi informazioni), perché non è sempre possibile prevedere e/o programmare in anticipo quali potranno essere gli ambiti e i risultati economici di un'attività di collaborazione. E, anche laddove l'integrazione avvenga in un settore specifico (ad esempio quello dell'edilizia), è interesse di tutte le imprese non limitare l'ambito della collaborazione ad una sola attività economica o ad un solo settore, come potrebbe essere quello dei bandi pubblici.

Per i motivi sopra esposti, volendo contemperare l'interesse pubblico, volto a consentire la partecipazione ai bandi alle sole imprese e/o reti di impresa che hanno tale attività tra gli scopi della società, con l'interesse generale a non limitare l'esercizio dell'attività economica, si ritiene che la partecipazione delle reti ai bandi debba essere consentita alle seguenti condizioni:

- Il contratto di rete deve prevedere, tra gli scopi indicati nel programma di rete, la volontà di partecipare congiuntamente (ma non necessariamente con tutte le imprese retiste, ma con almeno due) a bandi pubblici;
- Tale obiettivo può essere perseguito anche in via non esclusiva, essendo possibile prevedere nel programma che le imprese retiste perseguano anche scopi ulteriori e diversi da quello di partecipare a bandi pubblici.

5) Il presente intervento, con il fine di chiarire sulla base di quale profilo soggettivo considerare le reti d'impresa ammesse alla partecipazione alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, dedica opportuna attenzione all'eventualità della partecipazione alle stesse di soggetti lavoratori autonomi. A questo proposito si fa notare come l'articolo 37 del D.Lgs 163/06, al quale rinvia l'art. 34, nel definire i raggruppamenti temporanei in funzione dell'attività svolta, faccia testuale riferimento, volendo identificare i soggetti in essi concorrenti, agli "operatori economici" (con particolare significatività, ai fini di quanto si dirà, ai commi 2, 4 e 14), ai quali appartiene, ai sensi dell'art. 3, co.22, il "prestatore di servizi". A sua volta viene quest'ultimo definito dal co.19 dello stesso articolo come "una persona fisica, [...] giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE), [...] che offra sul mercato [...] la prestazione di servizi", con tale elencazione ammettendo palesemente nel novero il lavoratore autonomo.

Sebbene il Legislatore che ha normato la materia del contratto di rete abbia propeso per una fattispecie soggettiva che esclude il lavoratore autonomo dalla possibilità di stipulare il contratto di rete ex D.L. 5/2009, si ritiene ipotizzabile aprire sin d'ora, secondo il criterio di specialità, anche in un'ottica evolutiva, apparendo la materia magmatica e non compiutamente formata, ad una lettura che, valorizzando il combinato disposto dell'articolo 37, commi 2, 4 e 14 e dell'art. 3, commi 19 e 22, ammetta l'opportunità nel solo ambito del codice dei contratti pubblici di una partecipazione del lavoratore autonomo alla rete d'impresa. Ciò in totale sostanziale coerenza con la pacifica ammissibilità di una sua partecipazione ad altre aggregazioni tra operatori economici specificamente considerate dal D.Lgs 163/06 ed insita nella stessa definizione di "operatore economico". Si ipotizza, altresì, anche nell'ottica di risolvere la latente antinomia tra quanto disposto dal D.L. 5/2009 e quanto disposto dal D.Lgs 163/06 la possibilità di ammettere alle procedure di gara un raggruppamento temporaneo ex art. 37 i cui operatori economici/concorrenti siano uno o più lavoratori autonomi ed una (o più) rete d'impresa, i quali, rifacendosi anche alla consolidata esperienza della prassi economica già invalsa ante normazione del contratto di rete, possano aver tra di essi stipulato un contratto che abbia dato luogo ad una rete c.d. atipica, cioè costituita mediante la stipula di un contratto atipico in ossequio al principio

dell'autonomia privata. Con le osservazioni proposte nel presente intervento si delineerebbero, inoltre, l'opportunità di favorire l'aumento del ventaglio di competenze interne alle reti d'impresa che intendano operare attraverso le gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, a tutto vantaggio della qualità della platea dei partecipanti, nonché l'opportunità di favorire la diffusione stessa delle reti d'impresa, quale forma aggregativa stabile e quindi centro di consolidamento e di sviluppo di competenze specifiche.