

Consulenza Legale Appalti

Reti di imprese, ecco le istruzioni per partecipare alle gare d'appalto

Publicata la determinazione dell'Autorità dei Lavori Pubblici n. 3 del 23 aprile 2013

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

È stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 24 maggio 2013 la determinazione n. 3/2013 dell'AVCP in materia di "Partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici". Con tale determinazione, l'Authority fornisce una serie di indicazioni sulle modalità con cui le reti di impresa possono partecipare alle gare di appalti pubblici.

Il presente contributo mira, dunque, a fornire un quadro delle principali novità e chiarimenti con riferimento, in particolar modo, a tale recente determinazione.

Le reti di imprese

Sembra opportuno, in primo luogo, richiamare l'attenzione su alcune informazioni generali sulle reti di imprese. Queste sono costituite da imprese che decidono di aggregarsi al fine di accrescere la propria competitività e innovatività. L'art. 3, commi 4-ter e ss. della Legge 9 aprile 2009, n. 33 (legge di conversione del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi), parla di reti di imprese quando "più imprenditori perse-

guono 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". Gli strumenti giuridici utilizzati dalle imprese per costituire aggregazioni reticolari, prima della l. n. 33/2009, erano vari e diversificati. Tra essi si rinvenivano, accanto alla *joint venture*, diverse fattispecie, tra cui: il contratto di società, il consorzio, le ATI, il contratto di *franchising* e così via. Rispetto ad ATI e *joint venture*, le reti oggi sono organizzate secondo uno schema di contratto tipico di collaborazione, il che conferisce una maggiore stabilità al rapporto che si instaura tra le imprese contraenti. Per quanto concerne poi il confronto con lo strumento societario e consortile, le reti rappresentano una fattispecie più snella, a causa della disciplina meno rigida in tema di obblighi imposti alle parti, concordati secondo i criteri dell'autonomia privata.

L'AVCP, già con la segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012 ha affrontato alcune problematiche relative alla partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, richiamando l'attenzione delle Istituzioni sull'opportunità di individuare una disciplina *ad hoc* per la partecipazione di tali reti alle gare. L'AVCP auspicava la modifica dell'art. 34, D. Lgs. n. 163/06, nel quale proponeva di inserire, tra i soggetti cui possono essere affidati i contratti, proprio i concorrenti riuniti nell'ambito di una rete di impresa sottolineando, altresì, la necessità di apportare modifiche anche all'art. 37 ("Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti"). In accoglimento di tale segnalazione, è stato emanato il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 ("Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", meglio noto come Decreto Sviluppo-bis, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221) che ha novellato, in alcuni punti, il Codice dei Contratti. In particolare, a seguito di tale modifica, l'attuale 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 aggiunge anche che "si applicano le disposizioni dell'ar-

ticolo 37". Essendo stata l'aggregazione tra gli aderenti al contratto di rete "strutturalmente" assimilata dal Codice al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), trovano, pertanto, applicazione le regole in tema di qualificazione previste dall'art. 37 del Codice (si veda il comma 15-bis dell'art. 37) e dagli articoli 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, lettera 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'art. 37 del Codice.

La determinazione AVCP n. 3/2013

A seguito della novella legislativa, rimaneva in capo all'Authority il compito di chiarire quali fossero in concreto i limiti di compatibilità tra le ordinarie regole per RTI e consorzi e le specificità tipiche del contratto di rete. In tal senso si colloca la determinazione AVCP n. 3 del 2013.

In particolare, oggetto di chiarimento della determinazione sono stati: il contratto di rete e le sue caratteristiche, la facoltà di costituire un organo e/o un patrimonio comune, le modalità ed i requisiti di partecipazione alla gara, la questione della responsabilità solidale delle reti di imprese e le ipotesi di recesso ed estromissione.

Il contratto di rete e le sue caratteristiche

Secondo l'Autorità, dal momento che il contratto di rete non è in genere finalizzato alla creazione di un soggetto giuridico distinto dai sottoscrittori, ma alla collaborazione di diversi operatori economici, la partecipazione congiunta alle gare deve essere individuata come uno degli scopi strategici inclusi nel programma comune. Tale contratto, annoverabile tra i contratti plurilaterali con comunione di scopo, deve avere una durata "commisurata al raggiungimento degli obiettivi programmatici e, in ogni caso, ai tempi di realizzazione dell'appalto". Il contratto, da redigere "per atto pubblico o per scrittura privata autenticata", deve indicare: la definizione di un programma di rete che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune, se previsto il fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo e, da ultimo, le regole di gestione del fondo medesimo.



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)



La costituzione di un organo comune

L'Autorità sottolinea come il decreto Crescita *bis* abbia confermato la possibilità per le reti aderenti di dotarsi di un "fondo patrimoniale e di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso". Nel caso in cui la rete si doti di un organo comune, pertanto, la domanda o l'offerta presentata da tale organo, assieme alla copia autentica del contratto di rete, impegnano tutte le imprese partecipanti al network, salvo diversa indicazione in sede di offerta. Per realizzare il programma di rete le parti contraenti possono decidere di istituire anche un fondo patrimoniale comune. Il fondo ha un preciso vincolo di destinazione, essendo finalizzato all'attuazione del programma di rete e quindi al perseguimento degli obiettivi strategici. Il contratto di rete deve, però, prevederne le regole di gestione: più in particolare, il soggetto cui affidare la gestione del fondo, normalmente l'organo comune, ma che, per scelta delle parti, potrebbe essere anche un soggetto terzo.

Le modalità di partecipazione alle gare e i requisiti per parteciparvi

L'Autorità distingue tre gradi di strutturazione della rete per poter partecipare alle gare: una rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica; una rete dotata di orga-

no comune privo di potere di rappresentanza o di reti sprovviste di organo comune; una rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica. Nel caso di rete priva di soggettività giuridica ma dotata di organo comune con potere di rappresentanza, l'organo comune può svolgere il ruolo di mandatario, se in possesso dei requisiti di qualificazione e se il contratto di rete rechi il mandato allo stesso a presentare domande di partecipazione o offerte in corso di gara. Laddove, invece, il contratto di rete escluda il potere di rappresentanza, per cui l'organo comune agisce in nome proprio, valgono le regole stabilite dal codice per i raggruppamenti di imprese, con il conferimento del mandato a un'impresa rappresentante.

In caso di rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica, la domanda di partecipazione presentata dall'organo di rappresentanza comune, assieme alla copia autentica del contratto di rete, vale a impegnare tutte le imprese aderenti alla rete, "salvo diversa indicazione in sede di offerta". Fatte queste distinzioni, è necessario che tutte le imprese della rete che partecipano alla procedura di gara, a prescindere dalla tipologia e dalla struttura della rete, siano in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice ("Requisiti di ordine generale") e li attestino in conformità alla vigente normativa. 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.

La responsabilità solidale delle reti di impresa

Altro aspetto delle reti di impresa affrontato dall'Autorità nella determinazione è quello della loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori, ai sensi del comma 5 dell'art. 37 del Codice ("L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati 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 del mandatario"). Tale "solidarietà" non vale per tutti i sottoscrittori del contratto di rete ma solo per chi partecipa effettivamente alla gara.

Ipotesi di recesso o estromissione

Con riguardo all'eventuale recesso o estromissione dal contratto di rete, in fase di partecipazione, l'Autorità richiama la propria precedente determinazione n. 4/2012 ("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") e ritiene applicabile la disciplina generale dettata dal combinato disposto dei commi 9, 18 e 19 dell'art. 37 del Codice Contratti. La determinazione chiarisce che "A valle della stipulazione del contratto di appalto, l'eventuale recesso o estromissione dal contratto di rete non può essere in alcun caso opposto alla stazione appaltante".

Conclusioni

Si possono quindi riassumere i contenuti principali della determinazione AVCP in questi termini:

- possibilità prevista, per le reti prive di soggettività giuridica, di poter partecipare alle gare con maggiore snellezza;
- sufficienza di un mandato semplificato nei confronti dell'impresa capogruppo per rendere la rete idonea alla partecipazione, senza ulteriori formalità;
- non necessarietà della partecipazione alla gara da parte di tutte le imprese aderenti alla rete.

Per l'Autorità, quindi, il contratto di rete, a prescindere o meno dalla soggettività giuridica, rimane comunque preferibile rispetto ai consorzi, soprattutto sotto il profilo della flessibilità. Non sarebbe necessario infatti lo scopo mutualistico proprio delle forme consortili, o i vincoli organizzativi e patrimoniali che gravano sulle società. ■

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze del 6 giugno 2013 n. 27: "Pagamento dei debiti delle Amministrazioni dello Stato. Ulteriori indicazioni per la predisposizione dei piani di rientro ai sensi del comma 4 dell'articolo 5 del decreto-legge n. 35 del 2013 recante 'Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento dei tributi degli enti locali'".

■ Legge del 6 giugno 2013, n. 64: "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2013, n. 35, recante disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali. Disposizioni per il rinnovo del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria" (13G00108) pubblicata in GU n. 132 del 7 giugno 2013.