

# Reti di imprese e appalti pubblici: dal contratto plurilaterale con comunione di scopo all'aggregazione strutturata

*Cristina De Benetti (\*)*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: una poliedrica figura giuridica. - 2. Le reti di impresa: il quadro normativo attuale. - 3. Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: problematiche applicative. - 4. Spunti dalle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni.

## 1. Premessa: una poliedrica figura giuridica

Nel 2008 un nuovo strumento giuridico ha fatto la sua prima, timida ed incerta, apparizione nel panorama legislativo italiano.

In quell'anno, infatti, il legislatore ha dato autonoma dignità giuridica alle "reti di imprese", declinandole quali "libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali", aggregazioni la cui definizione veniva però rimessa a successivi decreti ministeriali.

Ciò che invece il legislatore fin dal 2008 aveva chiaro era il fine perseguito: migliorare la presenza delle imprese italiane nei mercati internazionali, promuovendo lo sviluppo del sistema delle imprese attraverso azioni di rete che siano in grado di rafforzare le misure organizzative, l'integrazione per filiera, lo scambio e la diffusione delle migliori tecnologie, lo sviluppo di servizi di sostegno e forme di collaborazione tra realtà produttive anche appartenenti a regioni diverse.

.....  
(\*) Professore Associato di diritto pubblico.

L'anno successivo il legislatore, nel dettare misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, è nuovamente e più compiutamente intervenuto in materia, questa volta disponendo che il contratto di rete, da iscriversi nel registro delle imprese, è quel contratto con il quale due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche, rientranti nei rispettivi oggetti sociali, allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato. Contestualmente nel 2009 il legislatore ha disposto altresì che il contratto di rete deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autentica, e deve indicare: la denominazione sociale delle imprese aderenti alla rete; le attività comuni poste a base della rete; l'individuazione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascuna impresa partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune, da perseguirsi attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, in relazione al quale sono stabiliti i criteri di valutazione dei conferimenti che ciascun contraente si obbliga ad eseguire per la sua costituzione e le relative modalità di gestione, oppure attraverso la costituzione da parte di ciascuna impresa di un patrimonio destinato all'affare; la durata del contratto e le relative ipotesi di recesso; l'organo comune incaricato di eseguire il programma di rete ed i suoi poteri anche di rappresentanza, nonché le modalità di partecipazione di ogni impresa all'attività dell'organo.

Dunque, nel 2009 il legislatore viene a dettare la disciplina di una figura contrattuale plurilaterale con comunione di scopo, confinante da un lato, con il consorzio – figura contrattuale a mezzo della quale due o più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese – e, dall'altro, con le associazioni temporanee di imprese – aggregazioni a mezzo delle quali più imprese partecipano a gare d'appalto, conferendo un mandato collettivo con rappresentanza all'impresa capogruppo.

Fulcro delle reti di imprese, così disciplinate a far data dal 2009, è la comunione di scopo ossia la definizione e condivisione tra le imprese partecipanti di uno specifico progetto.

Tale disciplina contrattuale, così definita nel 2009, presentava però ancora molti limiti, che – come vedremo nel paragrafo che segue – verranno poi superati dal legislatore nel 2010 e nel 2012.

L'approdo attuale è una figura giuridica poliedrica, la cui compiuta definizione è rimessa alle imprese partecipanti alla rete, alle quali compete la libera scelta contrattuale di dar vita ad una speciale forma di aggregazione tra imprese piuttosto che ad una vera e propria autonomia soggettività.

E proprio all'analisi di tale poliedrica figura, sotto il profilo specifico della partecipazione alle gare di appalto, sono dedicati i paragrafi che seguono.

Ancora anticipiamo qui ora, in premessa, che le reti di imprese – a seguito di apposite modifiche legislative intervenute negli artt. 34 e 37 del d.lgs. n. 163/2006 recante il Codice dei contratti pubblici – possono partecipare alle gare pubbliche. Ebbene, tale previsione di partecipazione delle reti di imprese alle gare pubbliche ha dato vita a molteplici problematiche interpretative, alle quali l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha dedicato una apposita determinazione, la n. 3 del 23 aprile 2013.

Infine nuove prospettive a riguardo traggono origine, come vedremo, dalle recentissime direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni.

A tutto ciò sono dedicate le pagine che seguono, ma procediamo con ordine.

## **2. Le reti di impresa: il quadro normativo attuale**

Si legge nell'*Occasional Paper* della Banca d'Italia, n. 152, del febbraio 2013 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”*.

Dunque caratteristica innovativa delle reti di impresa è l'approccio graduale e, volendo, progressivo che esse offrono alla libera scelta delle imprese partecipanti in tema di forme di aggregazione tra le medesime.

In particolare, la rete può assumere tre differenti forme che, per volontà dei partecipanti, possono anche succedersi nel tempo creando una evoluzione progressiva della struttura.

E così, infatti, la rete può strutturarsi in maniera più snella per

svolgere solo un'attività interna, senza coinvolgere nell'operatività soggetti diversi dai retisti, ed in tal caso la rete non dispone né di un fondo comune né di un organo comune con poteri di rappresentanza. Diversamente, la rete può strutturarsi per svolgere anche attività esterna, creando una struttura già più complessa che prevede un fondo patrimoniale comune. Infine, la rete può strutturarsi quale autonomo centro di attribuzione di diritti e di obblighi ed assumere, dunque, soggettività giuridica, iscrivendosi nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese del luogo ove ha sede, ed in tal caso l'organo comune rappresenta la rete in quanto tale.

Peraltro questa poliedricità di forme è il risultato offerto dall'attuale quadro normativo a seguito di un articolato complesso di molteplici interventi legislativi correttivi.

In dettaglio, come abbiamo già anticipato in premessa, questa nuova realtà giuridica costituita dalle reti di impresa ha fatto la sua prima fugace apparizione nell'ordinamento italiano nel 2008.

Il riferimento va all'art. 6-bis, *Distretti produttivi e reti di imprese*, commi 1 e 2, del decreto-legge n. 112/2008 (convertito con legge n. 133/2008), che citava le reti di imprese quali "*libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali, anche al fine di migliorare la presenza nei mercati internazionali*", finalizzate a "*promuovere lo sviluppo del sistema delle imprese attraverso azioni di rete che ne rafforzino le misure organizzative, l'integrazione per filiera, lo scambio e la diffusione delle migliori tecnologie, lo sviluppo di servizi di sostegno e forme di collaborazione tra realtà produttive anche appartenenti a regioni diverse*", demandando la definizione delle caratteristiche e le modalità di individuazione delle reti di imprese ad un successivo decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

Il tutto, peraltro, al limitato scopo di applicare alle reti di imprese le disposizioni concernenti i distretti produttivi in materia di tassazione consolidata distrettuale e di tassazione concordata.

Successivamente, il legislatore è più volte intervenuto, dapprima nel 2009, ma poi ancora nel 2010 e nel 2012, disciplinando compiutamente la fattispecie contrattuale.

In dettaglio, con l'articolo 3, commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies, del decreto-legge n. 5/2009, convertito in legge n. 33/2009, il legislatore ha disciplinato i contenuti essenziali del contratto di rete tra due o più imprese, con particolare riferimento ai diritti e agli obblighi assunti dalle imprese partecipanti ed alle modalità di esecuzione dei contratti stessi.

Il comma 4-*ter* prevede, infatti, che con il contratto di rete due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nell'ambito dei rispettivi oggetti sociali, allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato, mentre il successivo comma 4-*quinqües* prevede che alle reti di imprese, che nascono dalla conclusione di tale contratto, si applichino le disposizioni amministrative previste per i distretti produttivi dalla legge finanziaria 2006 (ex art. 1, comma 368, lettera *b*), legge 23 dicembre 2005, n. 266, e successive modificazioni).

A seguire, l'articolo 1, comma 1, della legge 23 luglio 2009, n. 99 modifica ed integra ulteriormente la disciplina sul contratto di rete, come introdotta dal decreto-legge n. 5/2009, subordinando ad apposita autorizzazione amministrativa la suddetta applicazione alle reti di imprese nascenti dalla conclusione di contratti di rete delle disposizioni amministrative, finanziarie e di ricerca e sviluppo previste per i distretti produttivi dalla legge finanziaria 2006.

Nel 2010 il contratto di rete viene nuovamente ed ulteriormente ridisciplinato dal decreto-legge n. 78/2010, convertito nella legge n. 122/2010.

In particolare il precedente dettato normativo viene sostituito con il seguente disposto: con il "nuovo" contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato, obbligandosi, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme ed 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. Il contratto può prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina 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.

Tale contratto di rete deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare:

*a*) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante, e ciò per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;

*b*) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti;

*c*) la definizione di un programma di rete che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune. Inoltre, qualora sia prevista

l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, dovranno essere anche indicati la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo, nonché le regole di gestione del fondo medesimo. Se consentito dal programma concordato, l'esecuzione del conferimento potrà avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'art. 2447-*bis*, lett. *a*), del codice civile. Al fondo patrimoniale comune si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile, disciplinanti, rispettivamente, il fondo consortile e la responsabilità verso i terzi;

*d*) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori ed eventualmente le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma l'applicazione delle disposizioni di legge in tema di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;

*e*) le generalità del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso – ovviamente solo se il contratto ne ha previsto l'istituzione – nonché i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti all'organo quale mandatario comune delle imprese partecipanti;

*f*) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o profilo di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo;

*g*) inoltre, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo.

Il contratto di rete è soggetto ad iscrizione nella sezione del Registro delle Imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante.

Ebbene, alla luce di tale quadro normativo, offerto dal legislatore nel 2010, il contratto di rete si configurava come un nuovo tipo contrattuale, dotato di elevata flessibilità, rientrando nel novero dei contratti plurilaterali con comunione di scopo e pertanto tale contratto non era in grado di dare origine ad una soggettività unitaria diversa dalle singole imprese partecipanti.

Senonché tale inquadramento viene a mutare nuovamente a seguito delle ulteriori modifiche apportate al contratto di rete dai c.d. decreti sviluppo (decreto-legge n. 83/2012, convertito con legge n. 134/2012) e sviluppo *bis* (decreto-legge n. 179/2012, convertito con legge n. 221/2012).

Le novità salienti riguardano l'identificazione di reti "a regime speciale" ed il possibile riconoscimento della soggettività giuridica in capo alla rete.

In particolare con l'istituzione di "reti a regime speciale" il legislatore incrementa la già rilevante flessibilità offerta dal contratto di rete. Infatti il regime speciale che il contratto di rete può ora assumere prevede l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, una sede e una denominazione, l'istituzione di un organo comune, lo svolgimento, da parte dell'organo comune, di un'attività, anche commerciale, con i terzi.

Ebbene, in presenza di tali requisiti "speciali" il contratto di rete dà vita ad un regime di autonomia patrimoniale della rete. Di talché per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune.

Per le reti a regime speciale vi è, inoltre, obbligo di redazione e deposito, entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale, di un vero e proprio bilancio di esercizio, con riferimento al quale trovano applicazione, ove compatibili, le disposizioni relative al bilancio delle s.p.a.

Oltre a ciò la rete può assumere soggettività giuridica, acquisendo così una riconoscibilità da parte dei terzi quale autonomo soggetto di imputazione di diritti e obblighi. E così, in particolare, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito ed in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento, nonché nell'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità.

Peraltro, il riconoscimento di soggettività giuridica alla rete è, secondo la norma oggi vigente, del tutto facoltativa e comunque condizionata all'iscrizione nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese in cui la rete ha sede.

Ai fini di tale iscrizione, sono assolutamente necessarie tanto la costituzione di un fondo patrimoniale comune quanto la stipula del contratto per atto pubblico, scrittura privata autenticata o atto firmato digitalmente ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 82/2005.

Dunque la rete, con libera scelta contrattuale delle imprese aderenti, può strutturarsi quale rete a regime speciale e/o quale rete dotata di soggettività (e non, si noti, di personalità giuridica).

A riguardo si specifica che, peraltro, il regime di autonomia patrimoniale è tipico solo delle reti a regime speciale e può essere facoltativamente contemplato dalle reti con soggettività. Mentre solo se la rete gode di soggettività l'organo comune agisce in rappresentanza della rete in quanto tale, cosicché gli effetti giuridici degli atti compiuti dall'organo comune ricadono in capo alla rete e non alle singole imprese aderenti.

In conclusione, nella rete dotata di soggettività giuridica (c.d. *rete pesante*) l'organo comune agisce nei confronti dei terzi in nome e per conto della rete ossia di una soggettività distinta dalle singole imprese partecipanti, impegnandone in tal modo la responsabilità. Ed il fondo comune costituisce garanzia patrimoniale offerta ai terzi.

Invece, nella rete contratto priva di soggettività (c.d. *rete leggera*) i rapporti tra l'organo comune e le imprese partecipanti sono riconducibili alla figura del mandato con rappresentanza, di talché gli atti posti in essere dal rappresentante della rete producono effetti giuridici direttamente in capo alle singole imprese rappresentate. E delle obbligazioni così assunte rispondono tutti i singoli partecipanti alla rete, con i loro patrimoni oltre che con il fondo comune.

Sussiste, dunque, una assoluta necessità di verifica da parte dei terzi della disciplina contrattuale delle reti sul punto.

### **3. Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: problematiche applicative**

Così ricostruito il quadro normativo sulla natura giuridica delle reti di imprese, veniamo ora ad analizzare la tematica inerente la partecipazione delle medesime alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

A riguardo, innanzitutto, va rammentato che la legge n. 180/2011, recante "*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*", tra le proprie enunciate finalità ha previsto di "*adeguare l'intervento pubblico e l'attività della pubblica amministrazione alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*", e specificatamente ha disposto che la pubblica amministrazione e le autorità competenti debbano "*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*".

A fronte di tale disposto normativo, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha avviato delle consultazioni sul tema specifico e dettato una segnalazione, la n. 2 del 27 settembre 2012.

Ne sono seguiti il decreto-legge n. 179/2012 "*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*", c.d. decreto sviluppo *bis*, convertito, con le modificazioni che qui interessano, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, la quale, oltre quanto abbiamo *supra* già esaminato, rivede altresì il Codice dei Contratti pubblici, consentendo la partecipazione alle procedure di gara anche alle reti di imprese.



E così infatti, al fine di permettere la partecipazione delle reti di imprese alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, l'intervento legislativo, in sede di conversione, ha modificato gli articoli 34 e 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei Contratti pubblici.

In dettaglio la nuova lett. e) *bis* dell'art. 34, comma 1, ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche *“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”*, inoltre afferma che a riguardo *“si applicano le disposizioni dell'articolo 37”*.

Una seconda modifica, inserisce un comma, il comma 15-*bis*, all'art. 37 del Codice, dedicato ai raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari, in base al quale *“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 non agevole compito di chiarire quali siano i limiti di compatibilità tra le ordinarie regole valide per i raggruppamenti temporanei di imprese ed i consorzi e le specificità proprie del contratto di rete di imprese.

Ne derivano rilevanti problematiche interpretative che hanno indotto l'Autorità di vigilanza ad assumere un atto a carattere generale, la determinazione n. 3 del 23 aprile 2013, al fine di offrire chiarimento in merito alle criticità derivanti dalle modalità di partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara.

In primo luogo, va premesso che la partecipazione della rete alla procedura è subordinata al fatto che i contraenti abbiano indicato espressamente nel programma della rete lo scopo di partecipare congiuntamente alle procedure di gara.

Ciò posto, la modalità di partecipazione della rete alle procedure di gara si differenzia sulla base sia dei diversi gradi di strutturazione della rete, sia degli specifici oggetti previsti dalle gare.

#### **Le modalità di partecipazione alle gare della rete di imprese**

Come *supra* illustrato, il novellato comma 4-*ter*, data 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 tale iscrizione è prevista nel contratto, la rete possa 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”*.

Peraltro, lo si rammenta, ai fini dell'acquisto della 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”*.

L'acquisto della soggettività giuridica è, dunque, interamente rimesso alla libera scelta dei soggetti contraenti.

Una simile opzione non è priva di conseguenze sul piano della partecipazione alle procedure di gara.

In particolare è previsto che l'organo comune agisca in rappresentanza della rete quando essa acquista soggettività giuridica ovvero, 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).

Pertanto, in forza dell'inciso *“salvo che sia diversamente disposto”*, l'organo comune, in assenza di soggettività giuridica, può essere autorizzato ad agire per conto delle imprese, ma in nome proprio.

In conclusione, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete nel caso in cui quest'ultima acquisti soggettività giuridica, mentre, in assenza della soggettività, agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, salvo che sia diversamente disposto nello stesso.

### **La qualificazione**

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. E ciò a prescindere dalla tipologia e dalla struttura della rete.

Con riguardo ai requisiti speciali di partecipazione, poiché l'aggregazione tra gli aderenti al contratto di rete è stata *“strutturalmente”* assimilata dal Codice al raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.), per gli appalti di lavori, servizi e forniture trovano applicazione le regole in tema di qualificazione previste dall'art. 37 del Codice e dagli artt. 92 e 275 del Regolamento, e per i servizi di ingegneria e architettura trovano applicazione le regole previste dall'art. 90, comma 1, lett. g), del Codice e dall'art. 261, comma 7, del Regolamento.

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, ai sensi dell'art. 37, comma 7, del Codice, il divieto di partecipazione alla gara in forma individuale delle

imprese che già partecipano alla medesima per mezzo della aggregazione di imprese partecipanti alla rete.

Quindi, a seconda del grado di strutturazione della rete, è possibile distinguere tre fattispecie di partecipazione alle gare: *a)* la rete dotata di rappresentanza comune, ma senza soggettività giuridica; *b)* la rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o la rete priva di organo di rappresentanza; *c)* la rete dotata di soggettività giuridica e organo di rappresentanza.

***a) Rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica***

L'Autorità di vigilanza, con la determinazione n. 3/2013, non ha mancato di specificare che, nel caso di rete priva di soggettività giuridica, ma dotata di organo comune con potere di rappresentanza, quest'ultimo può svolgere il ruolo di mandatario, ovviamente laddove sia 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 Codice dell'amministrazione digitale, al fine di fornire alla stazione appaltante idonee garanzie 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 Codice dell'amministrazione digitale, 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 Codice dell'amministrazione digitale.

Qualora le suesposte condizioni siano rispettate, l'organo comune stipulerà il contratto in nome e per conto dell'aggregazione di imprese.

In ogni caso, secondo quanto previsto dall'art. 37, comma 15, del Codice, la revoca per giusta causa del mandato non ha effetto nei confronti della stazione appaltante.

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.

In particolare, le quote di partecipazione sono da riferirsi all'“aggregazione” tra le imprese retiste che partecipa all'appalto. Ne consegue che, al fine di permettere alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti di qualificazione, nell'offerta devono essere specificate, a pena di esclusione, le rispettive quote di partecipazione all'aggregazione, che quindi devono corrispondere alle quote di qualificazione.

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, invece, trova applicazione il 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.

#### **b) Rete dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza o rete sprovvista di organo comune**

Nel caso in cui 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.

Quindi, nel caso di raggruppamento costituendo, è necessaria la sottoscrizione dell'offerta o della domanda di partecipazione da parte delle imprese dell'aggregazione interessata all'appalto, ma altresì la 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 r.t.i. costituito.

Invece, nel caso di rete priva di organo comune, sarà possibile identificare la mandataria attraverso il mandato collettivo speciale.

#### **c) Rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica**

In caso di rete dotata di organo comune ed altresì di soggettività giuridica, dato il potere riconosciuto all'organo comune di agire in rappresentanza della rete, l'aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete partecipa alla gara a mezzo dell'organo comune.

Conseguentemente, la domanda o l'offerta presentata dall'organo comune, assieme alla copia autentica del contratto di rete, costituisce elemento idoneo ad impegnare tutte le imprese partecipanti al contratto di rete, salvo diversa indicazione in sede di offerta. 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*), deve ritenersi che in sede di offerta l'organo comune possa indicare la composizione della aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete che partecipa alla specifica gara.

Anche in questo caso alle singole imprese indicate è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara.

Per quanto riguarda le formalità di partecipazione, all'atto della partecipazione alla gara deve essere prodotto il contratto di rete, in copia autentica, in quanto da esso emergono i poteri dell'organo comune a presentare l'offerta ed a sottoscrivere il relativo contratto.

Le quote di partecipazione, nel caso di concorso alla gara di rete dotata di organo comune e di soggettività giuridica, sono da riferirsi all'"aggregazione" tra le imprese retiste che partecipa all'appalto.

In conclusione nel caso in cui la rete sia dotata sia di soggettività giuridica sia di un organo comune che agisce in rappresentanza della rete, le domande e le offerte di partecipazione alle gare vengono presentate da quest'ultimo. L'organo comune è, infatti, parte della rete ed agisce in rappresentanza della stessa, impegnando tutte le imprese della rete, salvo diversa indicazione in sede di offerta. In analogia con quanto disciplinato dall'art. dall'art. 37, comma 7, del Codice - con riferimento ai consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. *b*) - è previsto poi che l'organo comune debba specificare, in sede di offerta, quali imprese aderiscono alla rete e quali partecipano alla gara. Alle imprese indicate è vietato partecipare in altre forme, diverse dalla rete, alla medesima gara.

Tutto ciò fermo restando che nel programma della rete deve rientrare la partecipazione congiunta a procedure di gara e tutte le imprese, compreso l'organo comune, devono possedere i requisiti di qualificazione richiesti per partecipare alla specifica gara.

### **Le modifiche soggettive nella struttura di rete**

Infine, quanto alle modifiche soggettive delle rete in fase di gara ossia all'eventuale recesso di una o più imprese dal contratto di rete ovvero alla loro estromissione dal contratto di rete in fase di partecipazione alla gara, trova applicazione la disciplina generale dettata dal combinato disposto dei commi 9, 18 e 19 dell'art. 37.

In particolare, ai sensi del suddetto comma 9, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei

e dei consorzi ordinari di concorrenti, e dunque della composizione delle reti di imprese rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. Salvo, ai sensi del comma 18, il caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, casi nei quali la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire, fermo restando che non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

Ed ancora salvo, ai sensi del comma 19, l'ulteriore caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, con contestuale mancata indicazione da parte del mandatario di altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, nel qual caso il mandatario è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Quindi, l'eventuale uscita di un'impresa dal contratto di rete non ha effetto ai fini dell'appalto. In altri termini, il recesso o l'estromissione dal contratto di rete non implica quella dal contratto con la stazione appaltante.

L'impresa dunque in termini generali può recedere od essere estromessa dalla rete, ma non può svincolarsi dall'impegno assunto dall'aggregazione di rete che ha siglato uno specifico contratto di appalto.

Infine, in via incidentale, si segnala che l'Autorità di vigilanza anche nei bandi tipo attualmente in fase di consultazione, ai sensi dell'art. 64, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, ha equiparato ai sensi e per gli effetti dell'art. 37 del Codice i contratti di rete ai raggruppamenti temporanei di Imprese.

#### **4. Spunti dalle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni**

Questo, quindi, il quadro normativo attuale in tema di partecipazione delle reti di imprese alle gare di appalto.

Diamo ora un rapido sguardo alla medesima tematica alla luce delle recentissime direttive europee in materia di appalti e concessioni, anche se non è certo questa la sede per affrontare il complesso tema inerente i contenuti delle direttive, né tanto meno le problematiche relative al loro recepimento.

Ciò che però merita di essere sottolineato in relazione al tema oggetto di queste pagine è sicuramente il fatto che uno degli aspetti di maggior rilievo della nuova disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici è rappresentato dall'insieme di disposizioni che esplicitano l'esigenza di favorire la partecipazione alle gare delle micro, piccole e medie imprese, individuando specifiche misure atte a realizzare tale obiettivo.

Tali misure, da un lato si estrinsecano nel suddividere gli appalti in lotti, nonché nell'evidenziare le possibilità di subappalto, dall'altro, e con maggiore significatività per la tematica in esame, si estrinsecano nella specifica previsione di misure atte a semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni tra micro, piccole e medie imprese, privilegiando tra le altre forme associative proprio le reti d'impresa.

A riguardo è particolarmente auspicabile che il legislatore italiano nel recepire le direttive preveda specifiche e concrete misure in grado di rendere veramente effettive le disposizioni di principio inerenti la astratta partecipazione delle reti di imprese alle gare, ora contemplate negli articoli 34 e 37 del Codice, disposizioni alle quali abbiamo dedicato le precedenti pagine.

In particolare il legislatore dovrà disciplinare effettive condizioni che consentano una reale partecipazione delle reti di imprese alle procedure di gara, quali a titolo esemplificativo: forme adeguate di informazione alle imprese; la suddivisione in lotti, fermo il divieto di frazionamento; la previsione di requisiti finanziari parametrati sui singoli lotti; specifiche norme di tutela del subappalto, quali l'obbligo di subappaltare alle stesse condizioni economiche accordate all'impresa appaltante... tant'è *de jure condendo*...

### **Nota bibliografica**

Per una attenta analisi dei profili critici in tema di contratto di rete si vedano:

AA.VV. a cura di IAMICELI, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009;

AA.VV. a cura di CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012;

DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Le Società*, 2011, 1435 ss.;

MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, 861 ss.;

VILLA, *Rete di impresa e contratto plurilaterale*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, 951 ss.