



**OSSERVAZIONI PRESENTATE NELL'AMBITO
DELLA CONSULTAZIONE DELL'AUTORITÀ PER
LA VIGILANZA DEI CONTRATTI PUBBLICI**

"I contratti di rete nell'ambito delle procedure di gara"

Trento, 5 luglio 2012

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI

ID number in the EU Register of interest representative: **10423745688-62**

www.osservatorioappalti.unitn.eu

Presentazione dell'Osservatorio. L'*Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici* (ODCN) è un centro studi attivato nel 2001 dal prof. Gian Antonio Benacchio presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento con l'obiettivo di studiare le **relazioni che intercorrono tra il diritto comunitario e gli ordinamenti nazionali** nel settore della contrattazione pubblica. Le aree di attività dell'OSSERVATORIO sono suddivise in tre settori:

LA MISURAZIONE DELLE REGOLE. In questo settore sono sviluppate iniziative che riguardano il tema della valutazione e della misurazione dei sistemi giuridici e delle performance dei mercati disciplinati.

LA COMPARAZIONE DELLE REGOLE. In questo settore sono sviluppate iniziative per conoscere e comparare funzionamento e *performance* dei sistemi giuridici e dei relativi mercati, al fine di facilitare possibili soluzioni migliorative, di coordinamento ed integrazione.

LA MODERNIZZAZIONE DELLE REGOLE. In questo settore sono sviluppate iniziative per l'individuazione di soluzioni giuridiche ed altre applicazioni (ad es. informatiche) in grado di migliorare il funzionamento dei sistemi giuridici e dei relativi mercati. L'obiettivo è quello di dare concretezza ad intuizioni, scelte normative e programmazioni politiche che possano favorire la crescita del mercato e la circolazione degli operatori.

In ciascuno dei tre settori vengono realizzate attività di: *i.* aggiornamento giuridico; *ii.* approfondimento scientifico; *iii.* formazione specialistica e di tipo seminariale; *iv.* ricerca di

base e applicata; v. divulgazione e *networking* con enti e istituzioni. La descrizione delle iniziative e dei risultati è disponibile sul sito web dell'Osservatorio.

Il presente documento è stato predisposto da un gruppo di persone (professori universitari, magistrati, avvocati, funzionari della pubblica amministrazione, operatori del settore e studiosi) che hanno aderito alla consultazione promossa dall'AVCP sul tema "i contratti di rete nell'ambito delle procedure di gara". In particolare, il documento è il risultato di un lavoro collettaneo realizzato con il coordinamento di **Michele Cozzio** e **Marinella Baschiera**, e con la partecipazione di **Massimo Agliocchi, Gian Antonio Benacchio, Miguel Angel Bernal Blay, Domenico Bezzi, Alessandro Bonanni, Andrea Borroni, Lucia Carrozza, Antonio Cassatella, Carlo Contaldi La Grotteria, Franco Dalla Mura, Gianni Maria Di Paolo, Flavio Guella, Andrea Manca, Valentina Marotta, Ivan Marrone, Thomas Matha, Giuseppe Mazzeo, Giuseppe Naimo, Ilenia Sala, Massimo Santaroni, Lorenzo Segato, Alessandro Vetrano.**

1. Sui limiti soggettivi inerenti l'adesione al contratto di rete, con particolare riguardo alla nozione di imprenditore e ai liberi professionisti.

Secondo l'opinione prevalente la costituzione dei contratti di rete (CdR) è possibile solo fra imprese, siano esse organizzate giuridicamente in forma individuale o societaria. Ne deriva, come osserva l'AVCP nel documento di consultazione, che la sottoscrizione dei contratti di rete resterebbe **preclusa ai soggetti che non rivestono la qualifica di imprenditori** e, in particolare, **ai liberi professionisti**. V'è anche chi propone soluzioni meno restrittive, in considerazione del fatto che *"la legge non vieta forme di affiliazione diverse dalla partecipazione alla conclusione del contratto (ad es. contratti di collaborazione collegati al CdR)"*. In questo modo il coinvolgimento dei liberi professionisti viene risolto attraverso un **rapporto "di affiliazione" alla rete**, reso più appetibile con la possibilità di assegnare ai professionisti (che partecipano alla rete) un ruolo rappresentativo negli organi di governo.

Entrambe le soluzioni non convincono soprattutto perché rischiano di **depotenziare l'appeal cooperativo dei CdR** nonché la capacità di perseguire nel modo migliore **le finalità stabilite dal legislatore** (art. 3, d.l. 5/09 e ss. mm.). Né riteniamo che la partecipazione eventuale dei professionisti agli organi di governo costituisca un bilanciamento sufficiente al mancato riconoscimento di un ruolo *inter pares* con gli operatori che hanno concluso il contratto di rete. Pensiamo che sia opportuno parificare il ruolo dei professionisti, riconoscendo ad essi piena

cittadinanza nel contratto di rete fin dalle fasi iniziali di costituzione.

Quanto detto si basa su una serie di considerazioni di più ampia portata che rinviano anzitutto al modello di sviluppo verso il quale l'intera Europa si sta dirigendo: ovverosia un modello basato in misura crescente sul sapere esperto, che **assegna ai servizi professionali una funzione strategica**. Basti considerare i cambiamenti strutturali intervenuti nel mercato nell'ultimo decennio: riconducibili principalmente al ruolo svolto dai servizi professionali nell'incrementare i livelli di produttività ed efficienza (EC, *I servizi professionali*, 2005). Se si accetta che il rapporto tra professionisti e CdR sia solo del tipo fornitore-committente si otterrà il risultato di **depotenziare le logiche di responsabilizzazione e collaborazione che, più di altre, sembrano caratterizzare i rapporti interni ai CdR**.

Altra considerazione segue il rilievo, condiviso dall'AVCP, secondo il quale il contratto di rete *supera la logica dei distretti territoriali e risponde ad obiettivi di accrescimento delle capacità innovative e di competitività* (art. 3, co. 4-ter, d.l. 5/2009 e ss. mm.). Orbene il perseguimento di dette finalità non sembra sviare il *focus* dei contratti di rete dal perseguimento "*dell'innovazione radicale*" già sperimentata nell'ambito dei distretti tecnologici e dei sistemi innovativi locali. I CdR, in altri termini, dovrebbero fondarsi sulla **continua interazione fra attività produttive e attività di ricerca e sviluppo**. Di qui la necessità di riconoscere ai professionisti, che si pongono (*rectius*: si dovrebbero porre) tradizionalmente come "*interpreti della modernità*" e "*playmaker dello scambio tra scienza e tecnologia, tra*

sapere ed economia”, un ruolo nei CdR che non sia di mera affiliazione.

Altra considerazione, di carattere più strettamente giuridico, riguarda la possibilità per i professionisti di partecipare ai contratti di rete, che sono definiti dal legislatore come aggregazioni di “*più imprenditori*” che collaborano “*in ambiti predeterminati attinenti all’esercizio delle proprie imprese*” o che esercitano in comune “*attività rientranti nell’oggetto della propria impresa*”. Si introduce qui la complessa questione dell’**equiparazione delle attività professionali (e dei professionisti) all’attività di impresa (e agli imprenditori)**.

Tale equiparazione, a lungo ricusata da letteratura e giurisprudenza specie italiana (per una ricostruzione sistematica Ticozzi M., 2007), è stata sancita *in primis* dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalle decisioni della Commissione europea susseguitesesi a partire dagli anni ’90 del secolo scorso ed oggi costituisce un principio pressoché consolidato del diritto dell’UE, i cui effetti negli ordinamenti nazionali non sono ancora pienamente dispiegati. Gli snodi fondamentali del ragionamento comunitario si possono così sintetizzare:

- i.* la nozione di impresa, in ambito comunitario, attrae “*qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di finanziamento*”;
- ii.* è attività economica “*qualsiasi attività che consiste nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato*”;
- iii.* ogni prestazione di servizio (incluse quella del professionista intellettuale) offerta dietro retribuzione, allo

scopo di conseguire un profitto, costituisce attività economica svolta da un'entità qualificabile come impresa.

L'equiparazione dell'attività professionale all'attività di impresa, come anticipata in sede comunitaria, ha trovato **autorevole ratifica in Italia** in primo luogo da parte dell'**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**, secondo la quale *"la natura di impresa dei liberi professionisti è già pacificamente acquisita non solo in sede comunitaria, ma anche all'interno degli Stati membri"* (AGCM, 1997). Più recentemente si segnala la posizione della **giurisprudenza amministrativa italiana** che, nel confermare l'orientamento comunitario, rileva che in ambito europeo la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (Consiglio di Stato, 5 marzo 2012 n. 1244). Per altro, come osserva attenta dottrina, ciò non significa che vengano meno *"quelle peculiarità della professione che ne rendono difficoltosa l'equiparazione, sotto ogni profilo, all'attività imprenditoriale"* (Ticozzi M., 2007; recentemente Leone V.M., 2012).

Orbene, prescindendo dagli effetti molteplici e tutti rilevanti che potranno derivare da detta equiparazione, non solo sotto il profilo delle modalità di esercizio delle prestazioni, quanto, soprattutto, sotto il profilo dell'approccio complessivo all'attività professionale, evidenziamo **l'opportunità di riconoscere ai professionisti la legittimità di essere parte costitutiva dei contratti di rete**. Per ciò segnaliamo la possibilità di intervenire sul testo legislativo che disciplina il CdR (art. 3, d.l. 5/2009 e ss. mm.) andando a **modificare il riferimento alla nozione**

di imprenditore con quella più ampia e di matrice comunitaria dell'operatore economico.

2. Rete contrattualizzata e disciplina degli appalti pubblici: come mantenere le efficienze del modello contrattuale?

Costituisce “rete di impresa” ogni forma di cooperazione tra soggetti per la condivisione, l’utilizzo e la produzione di risorse e beni attraverso la *governance* delle dinamiche di interdipendenza, con la finalità di accrescere l’innovazione e la competitività. Così inquadrato il fenomeno, possiamo distinguere (Cafaggi, 2011) tra: **reti di impresa di tipo contrattuale** (CdR) e **reti di impresa di tipo associativo o miste**.

Le esperienze di CdR realizzate in Italia hanno dimostrato il conseguimento di economie di scala, massimizzazione dei benefici apportati e riduzione dei costi transattivi (Cafaggi, Gobbato, 2011). Pensiamo che l’ottimizzazione qualitativa e quantitativa dell’offerta, dimostrata nel mercato privato, possa essere **estesa al mercato degli appalti pubblici** attraverso l’utilizzo dei CdR.

Il legislatore non offre una disciplina dettagliata dei CdR e si limita ad una **generica tipizzazione dell’oggetto contrattuale** (art. 3, co. 4-ter DI 5/2009 e ss.mm.) e, quanto al **contenuto**, ad una serie di **direttive non vincolanti** (con riferimento alla struttura e alle condizioni di funzionamento). Ne deriva uno **strumento contrattuale estremamente flessibile e ad alta variabilità degli assetti istituzionali**: tutti elementi che, come detto, offrono indubbi vantaggi per l’efficienza e la circolazione del modello sul mercato, ma che possono ostacolare l’accesso dei CdR agli appalti pubblici, caratterizzato da restrizioni di tipo soggettivo ed oggettivo.

La disciplina nazionale degli appalti pubblici già stabilisce per 'le reti di imprese' di tipo associativo o miste (es. consorzi stabili ed RTI) le regole per la partecipazione alle gare pubbliche, l'esecuzione degli appalti nonché le tutele nella fase 'patologica'. **L'estensione di detta disciplina ai CdR sollecita l'adozione di alcuni accorgimenti** con riferimento alla fase dell'evidenza pubblica (requisiti soggettivi, stabilità del vincolo associativo, sistema di qualificazione etc.) e dell'esecuzione (modalità di pagamento, responsabilità, recesso del partecipante alla rete ed obbligazione dedotta in contratto, responsabilità, legittimazione in sede contenziosa etc.).

A tal riguardo e con l'obiettivo della massima semplificazione, potrebbe risultare opportuna la **predisposizione di una disciplina ad hoc per un sottotipo di contratto di rete** (inde "CdR speciale o CdRS"), disciplina che potrebbe trovare collocazione nel Codice dei contratti pubblici. A chi obiettasse la diseconomia di interventi di limitazione dell'autonomia contrattuale (sub specie di creazione di sottotipo contrattuale) si osserva che la stessa **soluzione è già stata percorsa dal legislatore** con riferimento alla disciplina delle figure consortili (consorzi stabili) e delle associazioni tra imprese.

Quanto ai contenuti di detta disciplina essa potrebbe fare riferimento:

ALL'OGGETTO DEL CONTRATTO. Il CdR speciale dovrebbe contemplare, fra le finalità, la partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici inerenti al progetto di rete.

ALL'ORGANO DI RAPPRESENTANZA E GOVERNO COMUNE. La novella del 2010 ha introdotto la facoltatività della costituzione dell'organo di rappresentanza comune, che invece dovrebbe ritenersi indefettibile nel caso del CdR speciale. La previsione dell'organo di rappresentanza non implica la costituzione di un soggetto giuridico autonomo dai partecipanti alla rete (elemento, fra l'altro, non necessario per la contrattazione con la PA).

ALLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE. Si dovrebbe prevedere la sottoscrizione di ogni singola offerta da parte dei partecipanti alla rete coinvolti nella singola procedura. La soluzione appare giustificata in ragione del fatto che il CdR si configura come aggregazione tendenzialmente più duratura delle ATI ma meno istituzionalizzata dei consorzi stabili.

ALLE PROBLEMATICHE RELATIVE AD EVENTUALE RECESSO ANTICIPATO dei partecipanti alla rete. Si ritiene opportuno che nella domanda di partecipazione alla gara vengano indicate quali prestazioni sono imputabili a ciascun partecipante. Il partecipante che ha intenzione di recedere dalla rete durante l'esecuzione di un contratto di appalto con la PA dovrebbe in ogni caso garantire la prosecuzione dell'adempimento della prestazione assunta. L'obiettivo descritto potrebbe essere rafforzato con l'inserimento nel sottotipo CdRS di una regola che impone il recesso condizionato all'adempimento nei confronti della PA. Detta ipotesi di recesso condizionato è in linea con la sistematica dei contratti plurilaterali (art. 1420 e 1459 c.c.) e, nella prassi *inter privatos*, trova già attuazione nei contratti di fornitura collegati ad appalti pubblici (ad es. nel settore biomedicale).