

IL CONTRATTO DI RETE E GLI APPALTI PUBBLICI

(Nota a Cons. Stato, 17 novembre 2020, n. 7136.)

FRANCESCO PAOLO BELLO E GLORIA VISAGGIO

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** L'evoluzione della fattispecie del contratto di rete, in sintesi e le diverse tipologie del contratto di rete, nell'attuale assetto normativo; in particolare: la rete-soggetto con rilevanza esterna. – **3.** La rete nei contratti pubblici. – **4.** *Segue:* in particolare, la rete-soggetto affidataria di una pubblica commessa. – **5.** Conclusioni (critiche) sulla sentenza del Consiglio di Stato: le altre ipotesi di entità organizzate nel d. lgs. n. 50/2016. – **6.** *Segue:* una proposta (re)interpretativa dell'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 7136 del 17 novembre 2020, il Consiglio di Stato ha avuto modo di scrutinare e vagliare la fattispecie del contratto di rete, in rapporto a talune questioni poste dalla partecipazione delle cc.dd. reti-soggetto alle gare pubbliche.

Il problema che, nello specifico, è stato analizzato nella pronuncia in esame concerne l'accertamento dei requisiti di qualificazione delle imprese partecipanti alla gara, allorché queste si organizzino in rete, strutturandosi in un nuovo e autonomo soggetto giuridico.

La sentenza in commento rappresenta, in vero, una occasione per riconsiderare il contratto di rete, nella sua evoluzione normativa, e i problemi posti in punto di soggettività giuridica e responsabilità patrimoniale dalla fattispecie in esame,

allorquando la rete-soggetto partecipi (come è oggi, per l'appunto consentito) alle gare pubbliche.

Si inizierà, quindi, proprio con il ripercorrere le tappe fondamentali nell'evoluzione dell'istituto in esame, per poi valutarne i risvolti, nella specifica prospettiva esaminata dal Consiglio di Stato.

2. L'evoluzione della fattispecie del contratto di rete, in sintesi e le diverse tipologie del contratto di rete, nell'attuale assetto normativo; in particolare: la rete-soggetto con rilevanza esterna.

Il contratto di rete è stato introdotto, nel nostro ordinamento, dal d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito in l. 9 aprile 2009, n. 33), il cui art. 3, commi 4 *ter* e ss., nella sua originaria formulazione, recitava quanto segue:

“con il contratto di rete 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. Il contratto è redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, e deve indicare:

- a) la denominazione sociale delle imprese aderenti alla rete;
- b) l'indicazione delle attività comuni poste a base della rete;
- c) 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, ovvero mediante ricorso alla costituzione da parte di ciascun contraente di un patrimonio destinato all'affare, ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile;
- d) la durata del contratto e le relative ipotesi di recesso;
- e) l'organo comune incaricato di eseguire il programma di rete, i suoi poteri, anche di rappresentanza, e le modalità di partecipazione di ogni impresa all'attività dell'organo.

Il contratto di rete è iscritto nel registro delle imprese ove hanno sede le imprese contraenti.

Alle reti delle imprese di cui al presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 1, comma 368, lettera b), della legge 23 dicembre 2005, n. 266, e successive modificazioni".

La fattispecie, così tratteggiata nei suoi esordi, è stata in seguito modificata dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122), che ne ha ampliato la portata e l'ambito di applicazione, giacché "lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato" può essere perseguita dagli imprenditori partecipanti, "sulla base di un programma comune di rete", non soltanto ad "esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa", ma anche "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".

Il contratto di rete, come novellato nel 2010, prevedeva altresì la possibilità di istituire un fondo patrimoniale comune e di nominare 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.

Attraverso la novella indicata, quindi, si è delineata una duplice tipologia di contratto di rete: a rilevanza meramente interna; a rilevanza esterna¹.

Nel corso del 2012, il legislatore è nuovamente intervenuto a riformulare taluni aspetti del contratto di rete, in due occasioni: in prima battuta, con il d.l. 22 giugno 2012, n. 183 (conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), che ha modificato il comma 4 *quater*, relativamente agli adempimenti pubblicitari delle reti²; in

¹ Così G. MARASÀ, *La pubblicità dei contratti di rete*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, fasc. 3, 2014.

² Il comma 4 *quater* è stato, quindi, riformulato nei seguenti termini: "il contratto di rete e' soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui e' iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando e' stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari. Le modifiche al contratto di rete sono redatte e depositate per l'iscrizione, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso la sezione del registro delle imprese presso cui e' iscritta la stessa impresa. L'ufficio del registro delle imprese provvede alla comunicazione

seguito, con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221), che ha impresso ulteriori modifiche – di cui tra breve si riferirà più nello specifico – tali da condurre alla possibile “entificazione” della rete con attività esterna.

E così, nello specifico, quanto a quest’ultimo aspetto, si è previsto che il conferimento della soggettività giuridica alla rete con attività esterna sia una “facoltà” (innovando, nella sua formulazione, il comma 4 *ter*, ultima parte)³ e che, se il contratto ne prevede l’istituzione, esso indicherà “il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale 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, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto, nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. L’organo comune agisce in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto salvo che sia diversamente disposto nello stesso, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l’accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall’ordinamento, nonché all’utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza” (comma 4 *ter*, lettera *e*) e, quanto agli adempimenti pubblicitari, si è soggiunto che “per acquistare la soggettività giuridica il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura

della avvenuta iscrizione delle modifiche al contratto di rete, a tutti gli altri uffici del registro delle imprese presso cui sono iscritte le altre partecipanti, che provvederanno alle relative annotazioni d’ufficio della modifica; se e’ prevista la costituzione del fondo comune, la rete puo’ iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione e’ stabilita la sua sede; con l’iscrizione nel registro delle imprese la rete acquista soggettività giuridica”.

³ “Il contratto di rete che prevede l’organo comune e il fondo patrimoniale non e’ dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte. Se il contratto prevede l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un’attività, anche commerciale, con i terzi”.

privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82” (comma 4 *quater*).

Ciò posto, a seguito di ben *nove* diversi interventi normativi sulla disciplina del contratto di rete, il legislatore ci ha quindi oggi consegnato una fattispecie negoziale che, innanzitutto, si declina in base alla dicotomia tra rete a rilevanza interna e rete a rilevanza esterna.

Riproducendo, cioè, la bipartizione tipica dei consorzi⁴, si distingue tra reti costituite per la realizzazione di uno scopo comune, attraverso l'esercizio di una o più attività economiche ovvero l'espletamento di una collaborazione suscettibile di produrre vincoli e rapporti obbligatori soltanto tra le parti (le reti a rilevanza interna, per l'appunto) e reti destinate, invece, a operare con i terzi (ovverosia a rilevanza esterna)⁵.

Tra le reti a rilevanza esterna, inoltre, è possibile operare un'ulteriore distinzione tra quelle sprovviste (le cc.dd. reti-contratto) e quelle provviste (le cc.dd. reti-soggetto) di soggettività giuridica.

E in vero, l'art. 3, comma 4 *ter*, ultimo capoverso, della legge n. 33/2009 prevede che, in linea di principio, le reti con rilevanza esterna, pur se dotate di un organo comune e un fondo patrimoniale, non siano munite di soggettività giuridica. E', tuttavia, in facoltà delle parti far acquistare alla rete la soggettività, ricorrendo agli adempimenti pubblicitari (iscrizione del contratto presso il registro delle imprese) indicati dal comma 4 *quater*.

Si perviene, così, al risultato, non comune nel nostro ordinamento, per cui una aggregazione di imprese in rete, pur se dotata di autonomia patrimoniale e provvista finanche di un nome e di una sede, nonché di un organo comune⁶, possa non essere poi munita di soggettività giuridica (con le intuibili ricadute anche in punto di esonero dalla sottoposizione, ad

⁴ Tra consorzi, cioè, con attività interna e con attività esterna.

⁵ Sul punto, cfr. anche C. IBBA, *Contratto di rete e pubblicità delle imprese (con qualche divagazione in tema di soggettività)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, fasc. 3, 2014.

⁶ Ai sensi dell'art. 3, comma 4 *ter*, terzo capoverso, lettera *e*), infatti, si precisa che – salvo diversa disposizione negoziale – l'organo comune agisce in rappresentanza delle imprese partecipanti e, se munito di soggettività, della rete.

esempio, alle procedure concorsuali)⁷, e anzi fisiologicamente non lo sia, se è solo in “facoltà” delle parti sottoporre il contratto di rete a iscrizione presso il registro delle imprese, con conseguente acquisto della soggettività giuridica.

Così succintamente ripercorso l’*iter* evolutivo della produzione normativa in materia di contratto di rete, è ora possibile analizzare più nello specifico i problemi interpretativi sollevati dalla sentenza in commento.

3. La rete nei contratti pubblici.

L’interesse del legislatore – e degli operatori giuridici ed economici – per la fattispecie del contratto di rete si è, invero, accresciuto nel corso del tempo e, per quanto eminentemente è oggetto del presente lavoro, si intendono qui approfondire i possibili effetti dell’utilizzazione del contratto di rete nell’ambito delle commesse pubbliche.

Com’è noto, infatti, risponde a un’esigenza comune, tra gli imprenditori, ricorrere a forme di collaborazione e associative nella partecipazione a gare pubbliche, allo scopo di stabilire interazioni tra le diverse competenze, ma anche di minimizzare i costi e i rischi scaturenti dai contratti pubblici⁸.

E, tra le diverse forme di collaborazione che lo *ius positum* e il diritto vivente hanno, nel corso del tempo, messo a punto, si è progressivamente fatta strada anche la fattispecie, che si va qui esaminando, del contratto di rete.

In particolare, con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221), il contratto di rete ha fatto il proprio ingresso nella legislazione dei contratti pubblici, intervenendo a novellare l’art. 34 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che *sub* comma 1, lett. *e-bis*), ammette a partecipare alle procedure pubbliche di appalto anche “le aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell’articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5” e l’art. 37, cui è stato aggiunto un comma 15-*bis*, in forza del quale è espressamente sancito che “le disposizioni di cui al presente

⁷ Cfr. le riflessioni di M. SCIUTO, *L’impresa di rete non entificata. Una nuova “sfumatura” d’impresa?*, in AGE, 1/2014, 173 ss., nonché di C. IBBA, *op. cit.*

⁸ Cfr. P. CORRIAS, *Cooperazione tra imprese appaltatrici e responsabilità verso terzi*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2016, 736 ss.

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”.

La compatibilità – quantomeno in astratto – del contratto di rete con le procedure di affidamento dei contratti pubblici è stata ulteriormente confermata dal d. lgs. n. 50/2016, il cui art. 45, comma 2, lettera f) contempla espressamente le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare pubbliche; a seguire, l'art. 48, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, chiarisce che le disposizioni contenute nel medesimo art. 48 “trovano applicazione, in quanto compatibili, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete”.

Si tratta, quindi, di capire se e in quali termini sia possibile affermare la compatibilità tra la struttura e le caratteristiche del contratto di rete, da un lato, e le regole inderogabili che presiedono alla partecipazione delle forme associative di imprese alle gare pubbliche, dall'altro lato.

In tale prospettiva, appare meritevole di considerazione il profilo analizzato dal Consiglio di Stato nella sentenza qui commentata, ovvero sia la titolarità dei requisiti di partecipazione alla procedura pubblica di affidamento della commessa.

Nel provvedimento che si sta qui esaminando, il Consiglio di Stato ha ritenuto, in sintesi, di aderire alle conclusioni a sua volta raggiunte dall'ANAC nella determinazione n. 3 del 23 aprile 2013⁹, che possono, *in parte qua*, essere così riassunte.

Si distingue, in vero, a seconda che la rete sia: a) dotata di organo comune, ma privo del potere di rappresentanza, ovvero sprovvista *tout court* di organo comune; b) dotata di organo comune provvisto del potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica; c) dotata di organo comune e di soggettività giuridica.

⁹ Pubblicata in G.U. n. 120 del 24 maggio 2013, pag. 33.

La determinazione ANAC richiamata nel testo fa in realtà riferimento alla previgente disciplina del d. lgs. n. 163/2006, ma, per quanto oggetto di analisi in questa sede, i principi ivi indicati sono ripetibili anche nell'attuale assetto normativo.

Nel caso *sub a)*, l'aggregazione delle imprese retiste parteciperà alla gara pubblica secondo le regole previste per i raggruppamenti, ricorrendo al conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza in favore di una delle partecipanti alla gara, ai fini della stipula del relativo contratto¹⁰.

Nell'ipotesi di cui alla lettera b) (rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza, ma priva di soggettività giuridica), l'organo comune può svolgere il ruolo di mandatario¹¹, a condizione che sia in possesso dei necessari requisiti di qualificazione e qualora il contratto di rete rechi il mandato a presentare domande di partecipazione o offerte per tutte o determinate tipologie di procedure di gara.

Infine, quanto alla ipotesi individuata alla lettera c), allorché cioè vi sia una rete dotata di organo comune e munita di soggettività giuridica, "l'aggregazione tra le imprese aderenti al contratto di rete partecipa a mezzo dell'organo comune, esso stesso parte della rete e qualora in possesso dei requisiti di qualificazione previsti per la mandataria"¹².

E' quest'ultima, per l'appunto, l'ipotesi specificamente esaminata dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento.

4. Segue: in particolare, la rete-soggetto affidataria di una pubblica commessa.

Nell'ipotesi di rete-soggetto, ha ritenuto il Consiglio di Stato, e cioè "ove la rete di imprese abbia una soggettività giuridica e un organo comune, per poter partecipare alle gare quest'ultimo

¹⁰ Specifica la determinazione ANAC in esame che, in tal caso, dovranno essere quindi osservate le seguenti formalità: sottoscrizione dell'offerta o della domanda di partecipazione delle imprese retiste parte dell'aggregazione interessata all'appalto; 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 ammesso il conferimento del mandato prima della partecipazione alla gara, così come avviene per un RTI costituito.

¹¹ In tal caso, occorrerà conferire in ogni caso un mandato, ulteriore rispetto a quello eventualmente conferito nel contratto di rete, nella forma della scrittura privata autenticata, ai sensi dell'art. 25 del CAD.

¹² E, conseguentemente, "la domanda o l'offerta presentata dall'organo comune, assieme alla copia autentica del contratto di rete, costituiscono elementi idonei ad impegnare tutte le imprese partecipanti al contratto di rete, salvo diversa indicazione in sede di offerta".

deve essere in possesso dei requisiti di qualificazione previsti per la mandataria di un r.t.i. (con la conseguenza implicita di non potere, altrimenti, partecipare alla gara)”.

Il Consiglio di Stato perviene a tale conclusione sulla scorta di un itinerario argomentativo che interpreta il combinato disposto degli articoli 45, comma 2, lettera f), 48, comma 14 e 83, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016, anche e soprattutto in considerazione delle indicazioni fornite dall'ANAC con la determina n. 3/2013.

E in vero, premesso che l'art. 45, comma 2, lett. f), d. lgs. n. 50/2016 espressamente attribuisce alla rete di imprese la qualifica di “operatore economico”, il Consiglio di Stato ha valorizzato la portata precettiva dell'art. 83, comma 8, nella parte in cui stabilisce che “per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”.

Ora, la conclusione cui è pervenuto il Consiglio di Stato, è possibile anticipare, rivela alcune possibili asimmetrie del sistema, nel tentativo di adeguare le categorie concettuali tradizionali (e consolidate, presso gli interpreti), in ordine alle modalità di partecipazione alla gara pubblica di imprese associate tra loro, alle peculiarità rappresentate dalla aggregazione di imprese che realizza il contratto di rete.

Come è noto, in vero, il principale modello di collaborazione e cooperazione imprenditoriale conosciuto all'interprete e al legislatore storico in materia di appalti pubblici è quello dell'associazione temporanea di imprese (o raggruppamento temporaneo)¹³, figura negoziale caratterizzata dall'assunzione,

¹³ La prima fonte regolamentare del contratto di associazione temporanea di imprese può essere individuata nell'art. 20 della l. 8 agosto 1977, n. 584, che ha previsto la possibilità di presentare offerte per l'aggiudicazione di appalti per l'esecuzione di opere pubbliche da parte di “imprese riunite che, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale ad una di esse qualificata capogruppo, la quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti”.

Allo stato attuale, il d. lgs. n. 50/2016 inserisce il c.d. “raggruppamento temporaneo di concorrenti” in una serie di disposizioni.

in capo a una delle imprese contraenti, del ruolo di mandatario-rappresentante, che (seguendo lo schema del mandato collettivo) l'abilita a rapportarsi con la stazione appaltante (e, in generale, verso l'esterno) in nome e per conto degli altri soggetti partecipanti alla gara, ma senza alterare le specificità soggettive di ciascuna impresa.

Pur se organizzate in raggruppamento temporaneo, insomma, le imprese restano ciascuna provvista della propria autonomia giuridica, della propria organizzazione aziendale e produttiva, tutte dotate di un'alterità soggettiva, che riverbera i propri effetti anche in sede di esecuzione dell'appalto e di assunzione delle obbligazioni dallo stesso scaturenti, dal momento che il lavoro sarà eseguito, *pro quota* e per quanto di ragione e di specifica competenza, da ciascuna delle imprese raggruppate¹⁴.

Il raggruppamento di imprese, dunque, non è un soggetto di diritto autonomo, né si determina la creazione di un centro di imputazione di interessi diverso e ulteriore rispetto alle singole imprese partecipanti¹⁵.

Sotto questo profilo si tratta, dunque di una fattispecie negoziale ontologicamente diversa dal contratto di rete¹⁶, e a

¹⁴ Così, tra gli ultimi precedenti editi, in parte qua, TAR Campania, 18 marzo 2020: “né con il RTI né con l'ATI si dà luogo alla creazione di un nuovo soggetto giuridico, autonomo e distinto dalle imprese che ne fanno parte (cfr., ex plurimis, Cons. Stato 5490/2005; TAR Lazio, Roma, n. 5767/2005). Anche, quindi, ai sensi dell'abrogato codice applicabile al caso de qua (v. art. 37 del d.lgs. n. 163/2006) resta fermo l'insegnamento giurisprudenziale, secondo cui la partecipazione in forma associata delle imprese alle procedure di evidenza pubblica sulla base del modello delineato dalla normativa, mentre sotto l'aspetto economico consente una aggregazione di potenzialità organizzative e produttive per l'esecuzione di lavori e servizi di maggiore complessità, non dà luogo alla formazione di un soggetto nuovo e distinto rispetto alle singole imprese associate, che mantengono la loro individualità e sono soggette a separata verifica dei requisiti di idoneità per l'ammissione alla gara (Cons. Stato, A.P., n. 22/2012; TAR Lazio, Roma, 1460/1999)”.

¹⁵ Cfr., al riguardo, Cass. civ., 9 dicembre 2015, n. 24883; Cass. civ., 17 maggio 2001, n. 6757, cit., 141; Trib. Napoli, 18 marzo 1997 (ord.), in *Giur. it.*, 1998, II, 1166; Cons. Stato, 4 settembre 1985, n. 335; Cass. civ., 27 gennaio 2015, n. 1449; Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5526.

In dottrina, G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998, 126; G. DI ROSA, *Organizzazione e responsabilità delle imprese riunite negli appalti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1040 ss.

¹⁶ G. GUZZARDI, *La partecipazione delle reti di imprese alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 275 ss.; F.

quest'ultimo non sovrapponibile¹⁷, quanto meno nella parte e nella misura in cui è consentita la costituzione di reti-soggetto, ovverosia munite di soggettività giuridica.

E in vero, un conto è concludere un contratto (tipico o atipico, plurilaterale di scambio o con comunione di scopo) che, in quanto privo di soggettività, demanda a un'impresa capofila il compito di rappresentare verso i terzi una pluralità di imprese, altro è invece determinare la nascita di un soggetto che assume una *propria* rilevanza esterna *unitaria*: ed è quest'ultimo, per l'appunto, il caso della rete-soggetto.

L'entificazione della rete, infatti, produce i suoi effetti sia rispetto al regime di responsabilità applicabile, sia per ciò che concerne le regole della rappresentanza, giacché, sotto il primo profilo (responsabilità), delle obbligazioni contratte risponderà unicamente il proprio autonomo patrimonio e, attraverso i propri organi rappresentativi (l'organo comune) agisce in nome e per conto della rete e non dei singoli retisti.

Attribuire alla rete soggettività giuridica significa, altresì, assegnarle la *capacità* giuridica, ovvero la capacità di divenire titolare di situazioni giuridiche attive e passive, centro di

CAFAGGI, *Il contratto di rete nelle prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 2011, 137.

Cfr. anche Cass., 21 aprile 2016, n. 8068, per cui il contratto di rete presenta, per un verso, scopi economici unificanti che risultano certamente avvicinabili a quelli che muovono la logica imprenditoriale di un gruppo di imprese e, per altro verso, non istituisce legami più condizionanti di quelli che definiscono, ai sensi dell'art. 2359 c.c., il controllo o il collegamento di società.

¹⁷ In tal senso, cfr. : F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nelle prassi. Prime riflessioni*, cit.; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.

Cfr. anche P. CORRIAS, *Cooperazione tra imprese appaltatrici e responsabilità verso terzi*, cit., secondo cui mentre il raggruppamento temporaneo di imprese "...si costituisce per il perseguimento di un unico obiettivo ben stabilito (quale l'acquisizione e l'esecuzione di un appalto pubblico) e, ancora, ha alla base la suddivisione, in fase di esecuzione, dell'attività necessaria per conseguire il risultato programmato, il contratto di rete non è generalmente previsto per il perseguimento di un unico obiettivo ma, invece, è tendenzialmente più stabile e duraturo nel tempo; inoltre, non prevede necessariamente un decentramento e una ripartizione della attività e, ancora, ha come finalità primaria — diversamente da ciò che vale per l'associazione temporanea — il più volte ricordato accrescimento delle potenzialità delle imprese partecipanti attraverso lo sviluppo dell'innovazione tecnologica e della competitività sul mercato".

interessi e di imputazione dei propri atti e delle proprie attività, distinto dalle singole imprese che vi fanno parte¹⁸.

Ora, non par dubbio a chi scrive che talune forme di aggregazione tra imprese – come, segnatamente, il raggruppamento temporaneo di imprese, di cui si è fatta menzione in precedenza, ovvero la *joint venture* – si pongano spesso, per le loro peculiarità, in un’area limitrofa a quella dei contratti associativi; cionondimeno, sembra possibile affermare che la c.d. rete-soggetto, dando vita a un vero e proprio ente e a un autonomo centro di imputazione, munito di un proprio patrimonio, si presenti come una figura contrattuale costitutiva di una forma associativa che non si traduce nella mera comunione o contitolarità.

5. Conclusioni (critiche) sulla sentenza del Consiglio di Stato: le altre ipotesi di entità organizzate nel d. lgs. n. 50/2016.

Così impostato il problema, risulta allora non agevole condividere la conclusione prospettata dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame.

Se, infatti, a contrarre con la stazione appaltante e a partecipare alla gara pubblica è un’entità giuridicamente autonoma e distinta (la rete soggettivizzata) rispetto alle imprese retiste, appare distonico con il riconoscimento di siffatta soggettività imporre a carico di ciascuna delle imprese partecipanti alla rete e dell’organo comune il possesso dei requisiti di qualificazione.

Se, detto con altre parole, l’art. 45, comma 2, lett. f), d. lgs. n. 50/2016 conferisce alle reti-soggetto, in quanto tale, il potere e il diritto di partecipare alle gare pubbliche, non potrà poi travalicarsi la soggettività giuridica della rete e imputarsi alle singole imprese che siano parti della rete il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara (e le relative conseguenze giuridiche, anche in punto di responsabilità).

Vero è, però, che – così come affermato dal Consiglio di Stato, nella decisione che si sta qui commentando – l’art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016 esplicitamente impone la verifica

¹⁸ Cfr., sul punto, A. SERRA, *Contratto di rete e soggettività giuridica*, in *Rivista ODC*, 2014, fasc. 3.

del possesso dei requisiti in parola in capo ai “singoli concorrenti partecipanti”, e segnatamente in capo alla “mandataria”, allorché a partecipare alla gara siano, tra l’altro, (anche) i soggetti di cui all’art. 45, comma 2, lettera f) (e quindi anche le reti-soggetto); e però, per le ragioni esposte, una volta riconosciuta la soggettività giuridica in capo alla rete, non avrebbe alcun senso ricercare il possesso dei requisiti in parola in capo alle imprese retiste e alla “mandataria” (*a fortiori* in considerazione del fatto che quest’ultima è figura tipologicamente sconosciuta alla fattispecie del contratto di rete).

Insomma, delle due l’una: o allorché l’art. 45, comma 2, lettera f) menziona, tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle gare pubbliche, le reti di imprese costituite “ai sensi dell’art. 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5”, il riferimento non va inteso alla tipologia delle reti-soggetto, bensì alle altre due tipologie di reti-contratto di cui si è detto; ovvero il richiamo che l’art. 83, comma 8 opera all’art. 45, comma 2, lettera f), va interpretato diversamente e ripensato, rispetto a quanto affermato tanto dal Consiglio di Stato quanto dall’ANAC.

Sotto il primo dei due profili menzionati, in vero, un’interpretazione squisitamente letterale dell’art. 45, comma 2, lettera f) potrebbe indurre a ritenere che il Codice dei Contratti Pubblici non contempli, tra gli operatori economici, le reti-soggetto, giacché l’enunciato normativo surrichiamato rinvia, a propria volta, alle reti *ex art. 3, comma 4 ter*, del d.l. n. 5/2009 e, come esposto nel § 2, quest’ultima disposizione, a propria volta, disciplina quella tipologia di contratto di rete che, pur se provvisto di organo comune e di fondo patrimoniale, “non è dotato di soggettività giuridica”.

Soggettività giuridica che – adoperando una tecnica legislativa non immune da critiche¹⁹ – è benvero in facoltà dei paciscenti far acquisire alla rete in forza del successivo comma 4 *quater*.

In realtà, però, una lettura sistematica delle disposizioni che regolamentano e definiscono il contratto di rete induce ad

¹⁹ Così, ad esempio, A. SERRA, *Contratto di rete e soggettività giuridica*, cit.

escludere la bontà di siffatta interpretazione: in particolare, lo stesso art. 3, comma 4 *ter*, d.l. n. 5/2009, alla lettera e), presuppone che anche la rete munita di soggettività giuridica partecipi (con la rappresentanza dell'organo comune della rete) “nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni”, di talché sarebbe poi incongruo ed incoerente ipotizzare che il legislatore storico abbia escluso alle reti-soggetto la possibilità di partecipare alle gare pubbliche.

Del resto, l'art. 45, comma 2, d. lgs. n. 50/2016, *sub* lettere c) ed e), considera altre entità munite di un'organizzazione comune e di una soggettività giuridica autonoma rispetto alle imprese che ne fanno parte (società consortili ex art. 2615-*ter*, c.c. e consorzi stabili).

In tali ipotesi, la giustizia amministrativa, soprattutto in tempi recenti, non ha incontrato difficoltà – pur se talora sovrapponendo il concetto di soggettività a quello di personalità giuridica – a riconoscere che l'alterità soggettiva tra tali enti e le imprese che ne fanno parte impone di verificare la sussistenza dei requisiti di qualificazione, essenziali per la partecipazione alla gara, in capo alla “comune struttura d'impresa” (consorzio stabile, società consortile o altra società) e non anche in capo alle singole imprese consorziate, consentendo finanche la partecipazione congiunta di tali enti e dei propri componenti alla medesima gara, in nome della evidenziata soggettività giuridica

dei primi²⁰ e della esistenza di un'autonoma struttura imprenditoriale²¹.

²⁰ Ci sembra dirimente quanto è stato di recente affermato, in proposito, da Cons. Stato, 13 ottobre 2020, n. 6165: “va qui ricordato come l'elemento essenziale per identificare l'esistenza di un consorzio stabile, come definito dall'art. 45, comma 2 lett. c), D.lgs. 50 del 2016, è la sussistenza del c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (da ultimo, Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865; id., V, 2 maggio 2017 n. 1984; id., V, 17 gennaio 2018, n.276). Il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla “comune struttura di impresa” induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di “complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”. L'alterità che connota tali soggetti rispetto ai propri componenti (e che vale a differenziarli sia rispetto ai raggruppamenti temporanei che ai consorzi ordinari) trova indiretta conferma nel fatto della possibilità, a determinate condizioni, di una partecipazione congiunta alla medesima gara.

La detta alterità non è però tanto spinta dall'imporre la nascita di un soggetto integralmente slegato dalle imprese consorziate, con un'impostazione che svuoterebbe di contenuto la funzione stessa dell'istituto, ossia quella di garantire alle piccole e medie imprese di partecipare a procedure di gara alle quali non avrebbero potuto partecipare facendo leva solo sulla capacità della singola impresa consorziata, beneficiando al tempo stesso di un rapporto mediato tra l'amministrazione e la consorziata dato proprio dal consorzio e dalla struttura consortile. In dettaglio, la funzione di favorire l'incremento delle occasioni di lavoro degli imprenditori consorziati non può portare alla nascita di un'impresa necessariamente portata all'esecuzione in proprio del contratto, vicenda che renderebbe inutile l'istituto stesso del consorzio stabile.

Ciò implica che lo scrutinio sulla sussistenza dei requisiti va svolto ricercando non gli elementi costitutivi di un soggetto imprenditoriale esclusivamente teso alla realizzazione in proprio dei lavori, ma individuando l'esistenza di una struttura aziendale autonoma in grado di fronteggiare una serie di questioni tecniche, attinenti le varie fasi della procedura e poi della successiva fase esecutiva, che le singole consorziate non potrebbero reggere stanti i costi che ne deriverebbero. In questo senso, la funzione consortile ben può essere esplicitata con modalità più flessibili, ad esempio tramite strutture di appoggio che svolgano compiti ausiliari, purchè resti ferma la possibilità eventuale di operare anche direttamente, possibilità che va quindi valutata in astratto, accertando se sussiste, in relazione allo statuto, la possibilità per gli organi consortili di eseguire l'opera o il servizio con la struttura comune o affidandoli ai singoli consorziati”.

²¹ E' stato, infatti, evidenziato in giurisprudenza come l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture

L'art. 47, comma 1, d. lgs. n. 50/2016, infatti, prescrive che nel caso dei consorzi stabili i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria dovranno essere ricercati in capo all'ente collettivo, non anche in capo alle imprese consorziate²².

Né sovengono elementi per ritenere che lo stesso itinerario non debba valere con riferimento alle reti-soggetto, in quanto centri di interesse e soggetti giuridici autonomi rispetto ai suoi componenti ed in quanto enti organizzati con una propria (e a sua volta indipendente ed eteronoma) struttura aziendale.

Resta, allora, da considerare la seconda ipotesi: che, cioè, l'interpretazione del più volte citato art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016 vada ripensata e adattata alle peculiarità, sopra descritte, della rete-soggetto.

6. Segue: una proposta (re)interpretativa dell'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016.

L'interpretazione dell'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016 offerta nella sentenza in commento, per quanto detto, pur se in linea con il dato letterale che emerge dal citato enunciato

imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 02/05/2017 n. 1984; Consiglio di Stato, sez. V, 17/01/2018 n. 276).

Il riferimento aggiuntivo del codice dei contratti pubblici alla "comune struttura di impresa" induce a concludere nel senso che costituisce un predicato indefettibile di tali soggetti l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa" (cfr. Cons. Stato, 04 febbraio 2019, n. 865).

²² Si è, altresì, al riguardo osservato in giurisprudenza che "i consorzi stabili nell'economia della disciplina in commento sono soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate. Si tratta, dunque, di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. Coerentemente, l'articolo 47, comma 1 del d. lgs 50/2016, prescrive che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria dovranno essere posseduti dai consorzi in proprio. E' pur vero che il comma 1 prevede la possibilità del cumulo, ma ciò vale solo per i requisiti relative alla disponibilità delle "attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo". Quanto alla qualificazione, i suddetti operatori possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto" (Cons. Stato, n. 865/2019, cit.).

normativo, finisce però con l'essere in distonia con le caratteristiche strutturali ed ontologiche delle reti-soggetto, di cui si è detto nei §§ precedenti.

E in vero, in linea di principio non sarebbe contrario alla *ratio* della procedura di affidamento dei contratti pubblici, né incongruo rispetto agli interessi della stazione appaltante applicare, anche con riferimento alle reti-soggetto, le previsioni che l'art. 83, comma 2, d. lgs. n. 50/2016 dedica ai consorzi stabili, alle società consortili e ai consorzi di società cooperative di produzione e lavoro.

Per converso, l'assimilazione, operata dall'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016, tra contratti di rete e raggruppamenti temporanei di imprese, da un lato, e tra tutte le tipologie di reti (soggettivizzate e non), dall'altro lato, non appare razionalmente giustificabile.

E ciò si dice non soltanto in considerazione di quanto evidenziato *supra*, in merito alle differenze ontologiche, strutturali ed organizzative, della rete-soggetto rispetto alle altre figure contrattuali suindicate, ma anche in ragione delle esigenze di tutela degli interessi della stazione pubblica appaltante, che in particolare emergono con riferimento all'istituto della rappresentanza, in rapporto all'assetto patrimoniale delle diverse fattispecie qui considerate.

Rispetto al contratto di rete a rilevanza esterna non munito di soggettività, infatti, la rete-soggetto offre qualche garanzia di tutela in più in favore dei terzi, dal momento che delle obbligazioni contratte risponderà il fondo comune, ma quest'ultimo potrà acquistare diritti e obbligazioni in via autonoma, e non si alimenterà unicamente dei contributi dei partecipanti (come, per l'appunto, avverrebbe nel caso di rete dotata di organo rappresentativo, ma non entificata)²³.

Viceversa, il meccanismo di imputazione previsto per le reti (che, pur se munite di un organo comune e di un fondo, sono) non soggettivizzate delinea un sistema per cui l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori partecipanti (e non della rete), ma, pur ingenerando nei terzi il convincimento che delle obbligazioni contratte risponda il patrimonio dei singoli retisti, in vero responsabile è solo il fondo comune; sotto il

²³ Cfr. G. MARASÀ, op. cit.

versante degli effetti attivi degli atti compiuti, invece, di questi beneficerebbero i singoli partecipanti²⁴.

Il sistema previsto dall'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016, quindi, oltre ad essere incoerente rispetto alle caratteristiche delle reti-soggetto, rischia di non cogliere i vantaggi – anche rispetto agli interessi pubblici sottesi al procedimento di scelta del contraente migliore – e le peculiarità della fattispecie, cui mal si attaglia, con ogni evidenza, l'individuazione di un "mandatario" (organo comune), presso cui verificare la sussistenza o meno dei requisiti di qualificazione per l'accesso alla commessa.

Sarebbe dunque auspicabile, ad avviso di chi scrive, un'interpretazione differente della disposizione *de qua*, orientata verso un'applicazione delle modalità di valutazione delle reti-soggetto più in linea con le caratteristiche di autonomia giuridica e di alterità soggettiva.

²⁴ V. C. IBBA, op. cit., e gli ulteriori spunti critici ivi contenuti, con riferimento alla "forma ibrida di rete non soggettivizzata".