

A.G.S. - Parere del 10 novembre 2010 prot. 343835 - dott. Carmela Pluchino, AL 28881/10.

«Parere in merito alla possibilità: 1) per la società consortile costituita ai sensi dell'art. 96 del D.P.R. 554/1999 di sottoscrivere un contratto di subappalto; 2) per il Consorzio stabile capogruppo dell'ATI aggiudicataria di non partecipare alla società consortile, costituita soltanto dalla mandante e da due consorziate designate in via esclusiva dal Consorzio medesimo per l'esecuzione dei lavori»

Codesta Società ha sottoposto alla Scrivente due quesiti, coinvolgenti diversi profili, dettati dalla necessità di assicurare una uniformità di condotta a livello nazionale e di evitare interpretazioni della normativa di riferimento che possano incidere in senso riduttivo sul regime della responsabilità e delle garanzie dell'aggiudicataria nei confronti della Stazione appaltante.

1) Con il primo quesito si chiede se sia ammessa la possibilità per la società consortile costituita per l'esecuzione unitaria dei lavori dall'ATI aggiudicataria, ai sensi dell'art. 96 del D.P.R. n. 554/99, di stipulare contratti di subappalto.

In caso di risposta affermativa, con quali modalità debba essere richiesta l'autorizzazione al subappalto alla Stazione appaltante e quali cautele debbano essere adottate con riferimento ai possibili inadempimenti della società consortile.

La Scrivente, per le considerazioni che di seguito si espongono, ritiene che:

a) la società consortile costituita per l'esecuzione unitaria dei lavori appaltati sia legittimata a stipulare contratti di subappalto;

b) l'autorizzazione al subappalto debba comunque essere richiesta dall'ATI aggiudicataria;

c) la Stazione appaltante, autorizzando l'ATI aggiudicataria, continua ad essere garantita dalla stessa nel caso di eventuali inadempienze della società consortile.

Va preliminarmente affermato che non appare condivisibile la tesi secondo la quale, una volta costituita la società consortile per l'esecuzione totale (o anche solo parziale) del contratto (dei lavori), questa non possa a sua volta affidare a terzi subappaltatori detta esecuzione, opponendosi a tale possibilità il principio che vuole che "*nemo in alium transferre potest plus iuris quem ipse habet*".

Una volta infatti affidata alla società consortile l'esecuzione dei lavori, ancorchè detta società non divenga titolare del contratto d'appalto, è proprio la titolarità della situazione fattuale di obbligata alla esecuzione dei lavori che legittima l'adozione di tutti gli strumenti idonei a realizzare il compito affidatelo.

1.a) Giova innanzitutto distinguere, da un lato, il rapporto intercorrente tra la Stazione appaltante e l'ATI aggiudicataria e, dall'altro, il rapporto tra quest'ultima e la società consortile costituita per l'esecuzione unitaria dei lavori.

Le associazioni o raggruppamenti temporanei di imprese rappresentano uno strumento di collaborazione temporanea ed occasionale tra imprese per la partecipazione congiunta alle procedure riguardanti gli appalti pubblici, soprattutto laddove è richiesto l'apporto di capacità tecniche specialistiche, agevolando anche in tal modo l'accesso ad imprese di minori dimensioni.

Ciascuna impresa collabora all'esecuzione dell'appalto mantenendo la propria autonomia organizzativa nell'esecuzione della quota assegnata e conservando la propria soggettività giuridica, anche per ciò che concerne gli adempimenti fiscali.

Poiché la caratteristica dell'associazione temporanea è quella di non dar luogo ad un nuovo soggetto giuridico o nuovo centro di imputazione, è normativamente richiesto il conferimento di apposito "mandato collettivo" speciale con rappresentanza irrevocabile all'impresa capogruppo, che esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti ed assume la piena ed esclusiva rappresentanza (processuale e sostanziale) di tutte le imprese nei confronti della Stazione appaltante, per tutti gli atti concernenti l'appalto fino all'estinzione del rapporto, compresa la riscossione del corrispettivo dovuto.

Mentre nei confronti della Committente l'associazione si pone come soggetto unitario, nei confronti dei terzi permane l'individualità della singola impresa e quindi può ipotizzarsi una limitata soggettività relativa del

raggruppamento (cfr. Corte di Cassazione, 22 ottobre 2003 n. 15807).

Una volta costituito il rapporto dunque l'impresa capogruppo, in virtù del mandato suindicato, rimane il solo interlocutore dell'Amministrazione appaltante ed è titolare di tutti i crediti nascenti dall'appalto, con obbligo di versamento alle imprese associate delle rispettive quote.

L'art. 23 *bis* della legge 8 agosto 1977 n. 584, aggiunto con l'art. 12 della Legge 8 ottobre 1984 n. 687, ha consentito alle imprese riunite di costituire tra loro una società anche consortile, che subentra nell'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori.

Previsione dello stesso tenore è contenuta nell'attuale Regolamento in materia di lavori pubblici.

Ed invero, ai sensi dell'art. 96 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 *“Le imprese riunite dopo l'aggiudicazione possono costituire tra loro una società anche consortile, ai sensi del libro V del Titolo V, capi 3 e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori.*

La società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità delle imprese riunite ai sensi della Legge.

Il subentro ha effetto dalla data di notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante, e subordinatamente alla iscrizione della società nel registro delle imprese.

Tutte le imprese riunite devono far parte della società, la quale non può conseguire la qualificazione. Nel caso di esecuzione parziale dei lavori, la società può essere costituita anche dalle sole imprese interessate all'esecuzione parziale.

Ai soli fini della qualificazione, i lavori eseguiti dalla società sono riferiti alle singole imprese associate, secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa”.

Il “subentro” della società consortile opera limitatamente all'esecuzione dei lavori e non produce alcuna modificazione soggettiva del contratto, non assumendo la società subentrante la veste di parte contrattuale né quella di appaltatore; ne è conferma l'obbligo di tutte le imprese associate di far parte della società medesima, salva l'ipotesi di esecuzione parziale.

Con riguardo alla responsabilità è espressamente prevista la responsabilità solidale ed illimitata delle imprese riunite, che mira ad evitare l'attenuazione di responsabilità, limitata al patrimonio, tipica delle società di capitali.

Si evidenzia che il rinvio del comma 2 dell'art. 96 alla “legge”, ai fini della individuazione delle responsabilità delle imprese riunite, è attualmente alla previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici (in precedenza l'art. 13, co. 2 dell'abrogata L. n. 109/94 e s.m.i.) che dispone: *“L'offerta dei concorrenti associati o dei consorziati determina la*

loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori”.

Le peculiarità sopra individuate comportano che nella fattispecie in esame interlocutore unico, esclusivo e costante della Stazione appaltante rimane l'impresa mandataria alla quale dovranno intestarsi, con effetto liberatorio, i pagamenti dovuti (cfr. Corte dei Conti, sez. contr. 30 maggio 1990, n. 32) ed alla quale spetta, tra l'altro, l'obbligo di dichiarare di aver preso visione dello stato dei luoghi.

La giurisprudenza in materia ha chiarito che il passaggio dall'ATI alla società consortile, ossia da una forma associativa ad una società di capitali, comporta all'interno una scelta strutturale che si sovrappone alla forma associativa di cooperazione con mandato senza però successione nel rapporto d'appalto dal momento che la società consortile viene impiegata come strumento di attuazione di una volontà diversa, specificatamente riconosciuta e regolamentata dalla legge (cfr. Corte di Cassazione, sentenza 4 gennaio 2001 n. 77).

A tale riguardo nella pronuncia da ultimo indicata si legge che la società consortile mira a *“consentire alle imprese riunite di realizzare le opere appaltate, nella forma più semplificata, efficiente ed organica possibile, attraverso uno strumento operativo utile ad assicurare unitarietà alla attività delle consorziate... rafforza ancor più il rapporto associativo che il consorzio di per sé comporta, in conformità allo schema degli artt. 2602 e ss. c.c., e la comunione di scopo corrispondente alla struttura organizzativa adottata assicura la stabilità necessaria a realizzare un autonomo centro di imputazione delle attività svolte, che nell'ATI difetta totalmente e si propone nel consorzio con attività esterna (Cass. 10956/1996; 441/1989) sia pure in forma semplificata e originale rispetto al fenomeno associativo in genere e a quello societario in particolare...”*.

La norma di cui all'art. 96 succitato lascia infatti immutate le strutture dei due istituti (ATI e società consortile) e separate le loro aree di operatività, conservando - lo si ribadisce - alla capogruppo dell'ATI il ruolo di mandataria nei rapporti con l'Amministrazione appaltante ed attribuendo alla società consortile quello di mera sostituzione nell'attività richiesta per l'esecuzione dei lavori, con le conseguenti obbligazioni per le consorziate beneficiarie di essa, disciplinate dalle norme statutarie.

Per le considerazioni sopra espresse e tenuto conto della configurazione giuridica degli istituti di cui si discute, la Scrivente ritiene che la società consortile, in quanto deputata - per espressa previsione normativa - all'esecuzione dei lavori e quindi alla cura di tutti i rapporti giuridici con i terzi che siano connessi all'esecuzione stessa, sia legittimata a stipulare anche contratti di subappalto, rientrando gli stessi nei rapporti posti in essere dalla società di gestione con i soggetti terzi.

Quanto affermato trova conferma, oltre che nella prassi, nella giurispru-

denza in materia dal cui esame emergono frequenti casi di azioni monitorie ed esecutive esperite dai subappaltatori per conseguire il soddisfacimento dei propri crediti, nei confronti delle società consortili, la cui legittimazione passiva non risulta essere posta in discussione.

A ciò aggiungasi che anche il quadro normativo di riferimento depone nel senso suindicato, se solo si considera il disposto dell'art. 37, comma 5, del Codice dei contratti che prevede la responsabilità solidale dei concorrenti raggruppati o consorziati, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche "*nei confronti del subappaltatore e dei fornitori*": una tale previsione si giustifica soltanto riconoscendo in capo alla società consortile la titolarità a stipulare i contratti in questione; altrimenti non sarebbe stata necessaria la specificazione suddetta.

1.b) D'altra parte, pur riconoscendosi la legittimazione a sottoscrivere i contratti di subappalto, non può non condividersi quanto ritenuto da codesta Amministrazione in ordine all'autorizzazione alla relativa stipula.

Ed infatti la richiesta di autorizzazione al subappalto rimane di esclusiva competenza dell'ATI aggiudicataria, unico interlocutore della Stazione appaltante, anche dopo la costituzione della società consortile, costituente mero strumento operativo cui è affidata l'esecuzione unitaria dei lavori nell'interesse delle imprese riunite (cfr. Corte di Cassazione, 18 giugno 2008 n.16410).

1.c) Per ciò che concerne la richiesta di indicazione delle cautele da adottare con riferimento ai possibili inadempimenti della società consortile, per quanto sopra evidenziato la Stazione appaltante, autorizzando l'ATI aggiudicataria, continua ad essere garantita dalla stessa nel caso di eventuali inadempimenti della società consortile, che – come ribadito – quale mero strumento operativo non ha alcun rapporto diretto con la Committente.

Ed invero la norma dell'art. 96 suindicato espressamente – come già evidenziato – fa salve "*le responsabilità delle imprese riunite ai sensi della legge*".

Pertanto, la configurazione giuridica sopra prospettata non pregiudica in alcun modo il regime della responsabilità diretta dell'aggiudicataria per eventuali inadempimenti nei confronti della Stazione appaltante.

2) Il secondo quesito sottoposto alla Scrivente concerne la necessità o meno della partecipazione del Consorzio stabile, capogruppo dell'ATI aggiudicataria, alla società consortile di cui al succitato art. 96, costituita nel caso di specie soltanto dalla mandante e da due consorziate designate in via esclusiva per l'esecuzione dei lavori dal Consorzio stesso (che in sede di gara ha dichiarato di concorrere per quattro consorziate).

Si richiede poi di rappresentare le eventuali implicazioni in punto di qualificazione delle imprese consorziate indicate per l'esecuzione ove il consorzio concorrente non esegua poi concretamente, come nel caso di specie, i lavori.

La Scrivente ritiene che:

a) nel caso di Consorzio stabile che concorre per una o più imprese consorziate è consentita la partecipazione alla società consortile costituita dall'ATI aggiudicataria (di cui il Consorzio fa parte con qualifica di capogruppo) delle sole imprese consorziate individuate quali esecutrici in via esclusiva dei lavori;

b) se si fa riferimento alla qualificazione ai fini della partecipazione alla gara, la stessa è disciplinata dalle specifiche norme in materia. Se invece ci si riferisce all'acquisizione della qualificazione per le imprese consorziate indicate in esclusiva come esecutrici dei lavori, a seguito dell'espletamento dei lavori stessi, sembrerebbe logico ritenere che la relativa qualificazione sia limitata alle stesse.

2.a) Al fine di rispondere al primo punto del secondo quesito giova richiamare i referenti normativi in materia, ossia, per quanto concerne la disciplina dei " Consorzi stabili", l'art. 36 del Codice dei contratti e gli artt. 96 e 97 dell'attuale Regolamento.

A tale riguardo il comma 4 dell'art. 96 del Regolamento attualmente in vigore prevede che *"Tutte le imprese riunite devono far parte della società, la quale non può conseguire la qualificazione. Nel caso di esecuzione parziale dei lavori, la società può essere costituita anche dalle sole imprese interessate all'esecuzione parziale"*.

Il dettato normativo non esclude però delle differenziazioni determinate dalle peculiarità della fattispecie in esame.

Ed infatti per il Consorzio stabile che ha dichiarato di concorrere per quattro consorziate, delle quali due soltanto poi indicate come esecutrici in via esclusiva dei lavori appaltati, si ritiene legittima la partecipazione alla società consortile (costituita dall'ATI aggiudicataria) delle sole consorziate esecutrici, per le ragioni che di seguito si espongono.

Innanzitutto in linea generale si può ritenere, per quanto riguarda la partecipazione dei Consorzi alle gare, che solo a quelli di cui alle lettere b) e c) dell'art.10 della Legge quadro (ora art. 34 del Codice dei contratti), rispettivamente i Consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i Consorzi stabili, è consentito indicare per quali consorziati concorrere; mentre per gli altri, caratterizzati da minore consistenza organizzativa, non è ipotizzabile una partecipazione parziale che farebbe venir meno il vincolo della organizzazione comune e conseguentemente quello della responsabilità solidale.

Ciò anche in considerazione del fatto che il Consorzio stabile si caratterizza per la maggiore stabilità dell'organizzazione assunta statutariamente e per una struttura più complessa e duratura che vede la partecipazione in molti casi di una pluralità di imprese consorziate, di cui alcune soltanto deputate alla fase esecutiva dei lavori.

Diversamente, le associazioni o raggruppamenti temporanei di imprese rappresentano uno strumento di collaborazione temporanea ed occasionale tra

imprese per la partecipazione congiunta alle procedure degli appalti pubblici.

Conseguentemente, tenuto conto che la società consortile, per espressa previsione normativa, viene costituita esclusivamente “per l’esecuzione unitaria, totale o parziale dei lavori”, (limitatamente all’ipotesi di partecipazione all’ATI di Consorzio stabile) è da ritenersi legittimo che ne facciano parte soltanto le consorziate deputate in via esclusiva all’esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Più specificatamente, dal combinato disposto dell’art. 97 del Regolamento e dell’art. 36, co. 2 del Codice emerge che, nell’ipotesi in cui i lavori vengano eseguiti in proprio da parte del Consorzio stabile, questo sarà direttamente responsabile, mentre nella diversa ipotesi dell’esecuzione dei lavori per il tramite dei singoli consorziati, anche questi ultimi saranno responsabili in solido per mezzo del fondo consortile.

Pertanto, nel caso in cui il Consorzio aggiudicatario esegua i lavori per il tramite di singole imprese consorziate, il regime delle responsabilità non viene pregiudicato, quanto addirittura rafforzato.

Sotto altro profilo, con riferimento alle garanzie per i subappaltatori, le medesime non sono intaccate dalla mancata partecipazione alla società consortile del Consorzio in quanto tale, poiché detto Consorzio quale componente dell’ATI aggiudicataria, a norma dell’art. 37 co. 5 del Codice dei contratti, è solidalmente responsabile “*nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori*”.

Tanto premesso, con riferimento al caso di specie, si ritiene legittima la partecipazione alla società consortile, oltre che della mandante, delle due sole consorziate indicate come esecutrici in via esclusiva dei lavori appaltati.

2.b) Infine codesta Amministrazione chiede alla Scrivente “di rappresentare le eventuali implicazioni in punto di qualificazione delle imprese consorziate indicate per l’esecuzione ove il consorzio concorrente non esegua poi concretamente, come nel caso di specie, i lavori”.

Il quesito come formulato non è chiaro. Se si fa riferimento alla qualificazione ai fini della partecipazione alla gara, la stessa è disciplinata dettagliatamente dalle norme di cui agli artt. 36 del Codice dei contratti e 97 dell’attuale Regolamento.

Se invece ci si riferisce all’acquisizione della qualificazione per le imprese consorziate indicate in esclusiva come esecutrici dei lavori, a seguito dell’espletamento dei lavori stessi, sembrerebbe logico ritenere che la relativa qualificazione sia limitata alle stesse.

Riassumendo, si ritiene dunque, con riferimento al primo quesito, che:

a) la società consortile costituita ai sensi dell’art. 96 del D.P.R. 554/99 per l’esecuzione unitaria dei lavori appaltati sia legittimata a stipulare contratti di subappalto;

b) l’autorizzazione al subappalto debba comunque essere richiesta dal-

l'ATI aggiudicataria;

c) la Stazione appaltante, autorizzando l'ATI aggiudicataria, continua ad essere garantita dalla stessa nel caso di eventuali inadempienze della società consortile.

Con riferimento al secondo quesito, che:

a) nel caso di Consorzio stabile che concorre per una o più imprese consorziate è consentita la partecipazione alla società consortile costituita dall'ATI aggiudicataria (di cui il Consorzio fa parte con qualifica di capogruppo) delle sole imprese consorziate individuate quali esecutrici in via esclusiva dei lavori;

b) la qualificazione ai fini della partecipazione alla gara è disciplinata dalle norme sopra richiamate. L'acquisizione della qualificazione per le imprese consorziate indicate in esclusiva come esecutrici dei lavori, a seguito dell'espletamento dei lavori stessi, è da ritenersi limitata alle stesse.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.