

Soggetti abilitati ad assumere lavori pubblici: la società tra imprese riunite.

Autore: Salamone Antonio

In: Diritto amministrativo, Diritto civile e commerciale

Sommario: 1. Inquadramento della fattispecie.- 2. Natura giuridica del fenomeno associativo.- 3. Finalità dell'istituto.- 4. La titolarità del contratto.- 5. Subentro nel rapporto contrattuale: prassi interpretativa del Fisco.- 6. Subentro nel rapporto contrattuale: ipotesi ricostruttiva.- 7. Subentro nel rapporto contrattuale: la responsabilità solidale.- 8. Altri casi di subentro.- 9. Conclusioni.

1. Inquadramento della fattispecie. - E' notorio che un'impresa di costruzioni possa partecipare alle gare per l'assunzione di lavori pubblici insieme ad altra impresa con la quale sia raggruppata temporaneamente ai sensi dell'art. 37 Cod. Contr..

Tali imprese così raggruppate, in caso di aggiudicazione ad esse dei lavori in appalto, sono in facoltà di costituire tra di loro una società secondo uno dei tipi previsti dal Codice Civile, ad esclusione della società semplice. (cfr. art. 96 comma 1 DPR 554/1999).

Fra le varie tipologie contrattuali associative le imprese possono utilizzare anche la società consortile ("una società anche consortile") ex art. 2615-ter C.C.. In tal caso viene costituita una società secondo le forme tipiche del Codice Civile assumendo come oggetto sociale gli scopi indicati nell'art. 2602 c.c. ossia "la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle relative imprese".

E' essenziale sottolineare che con il raggruppamento temporaneo d'impresе - che si costituisce mediante atto di mandato (cfr. art. 37 comma 14 Cod. Contr.) - non si determina alcuna organizzazione comune tra gli

operatori economici coinvolti, i quali conservano ciascuno la loro autonomia gestionale e fiscale.

Ciò ha fatto sì che nella prassi applicativa in fase di esecuzione dei lavori si ponessero problemi organizzativi per la difficoltà di individuare con precisione le prestazioni di ciascuna di esse, determinandosi “una situazione confusa, complicata da tutta la serie di fatturazioni compiute fra le imprese per giustificare prestazioni fatte o ricevute nella realizzazione indistinta dei lavori”(cfr. A.Propersi-G.Rossi, I Consorzi, Il Sole 24ore/Norme e tributi,13° ed.,pag.87)

Inoltre

si verificava che le imprese, per ovviare ai problemi di coordinamento organizzativo scaturenti dalla presenza nel cantiere di almeno due imprese operanti, davano vita a società di fatto o a società formalmente costituite in corso d’opera le quali - atteggiandosi a soggetti terzi rispetto al rapporto contrattuale in essere -

ponevano questioni di legittimità sotto il profilo delle norme che disciplinavano il subappalto o la cessione del contratto o la immodificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo delle imprese.

Quest’ultimo profilo,peraltro, mette in luce il vero senso della disciplina normativa in oggetto laddove essa chiarisce che “il subentro” non costituisce subappalto o cessione del contratto.

2.Natura giuridica del fenomeno associativo. - Con la costituzione della società in parola, tra le imprese riunite si viene a istituire una organizzazione comune cui l’Ordinamento attribuisce soggettività giuridica(cfr. Cass. 15/2/99 n. 1231; Cass. 22/7/1971 n. 2400).

Anche in dottrina l’assunto sembra pacifico laddove viene rilevato che la società fra imprese riunite è dotata di personalità giuridica ed è, quindi, un soggetto giuridico a tutti gli effetti

(cfr. Damonte R., Società tra imprese riunite,in “L’attuazione della legge quadro sui lavori pubblici” a cura di Caringella, IPSOA, Napoli, 2000, 498-501).

Tuttavia non è mancato l'orientamento che attribuisce alla società il più modesto rilievo di una "struttura operativa" al servizio delle imprese riunite (cfr. Cass.Civ. Sez.V,02/11/2001 n.13582). Tale qualificazione ha l'effetto di revocare in dubbio la personalità giuridica della società. Infatti affermare che essa avrebbe un più modesto rilievo di struttura operativa vuol dire in altri termini negare la personalità.

In altro campo del diritto - anche se ormai la questione è superata - si discuteva,infatti, se le unità sanitarie locali avessero o meno la personalità giuridica, rispondendosi al quesito in senso per lo più negativo argomentandosi dalla definizione che la legge dava di esse quali "strutture operative" degli Enti Locali.(cfr. art.15 legge 833/1978; sentenza n. 363/05/04 della Commissione tributaria provinciale di Udine; Provvedimento Autorità Garante Concorrenza e Mercato n° 14389/2005).

3.Finalità dell'istituto. - Per le ragioni suddette la finalità dell'istituto in parola è identificabile nello scopo di realizzare uno strumento di collaborazione tra le imprese riunite al fine di rimediare ai problemi organizzativi che possono sorgere all'interno dell'organizzazione imprenditoriale temporanea nella fase esecutiva dei lavori.

Che in queste finalità si possa cogliere la ratio della norma in parola è attestato anche da quella dottrina che ha affrontato il tema (cfr. Corapi D., Le società per l'esecuzione congiunta dei lavori in NLCC, 125-190)all'indomani della entrata in vigore della legge 8 ottobre 1984 n. 687 che introduceva l'art. 23 bis alla legge 584/77.

E' per tale ragione infatti che il legislatore introduce nell'Ordinamento la norma che, trasfusa prima nell'art. 26 del Decreto Legislativo n°406 del 1991, è stata riprodotta poi nell'art. 96 del DPR 554/1999 prevedendo la facoltà di costituire una società per l'esecuzione dei lavori.

Tale norma è da ritenersi tuttora vigente in quanto l'articolo in parola non è ricompreso tra quelli del

citato DPR 554/1999 che sono stati abrogati dall'art. 256 comma 1 del Codice Contratti.

La società può essere costituita anche per la sola esecuzione "parziale" dei lavori dedotti nel contratto di appalto. In tal caso è previsto che alla società possano prender parte solo quelle che sono interessate concretamente all'esecuzione degli stessi, in deroga alla norma che vuole tutte le imprese riunite quali soci necessari nella società costituenda.

La novità introdotta dalla citata legge 687/1984 consisteva propriamente nel dare specifica copertura normativa a quella prassi che risolveva quei problemi di coordinamento organizzativo nel cantiere mediante la costituzione di società di fatto o di diritto che di per sé violavano le norme in materia di subappalto, di cessione del contratto o di immodificabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese che la dottrina qualificava esattamente come "norme imperative"(cfr. Corapi D., Le società per l'esecuzione congiunta dei lavori in NLCC, 125-190).

Infatti la costituzione di un nuovo soggetto giuridico in corso d'opera cui veniva di fatto delegata l'esecuzione dei lavori, creava una fattispecie concreta in cui un "soggetto terzo" rispetto all'ATI appaltatrice veniva ad assumere i lavori fuori dallo schema tipico del subappalto e quindi senza alcuna autorizzazione specifica(alla stregua del procedimento autorizzatorio previsto per il subappalto) e con un sostanziale subentro che integrava di fatto una sorta di "cessione del contratto", vietata dall'Ordinamento.

Né in una fattispecie simile sarebbe stato possibile affermare che il soggetto esecutore fosse sempre il medesimo, tenuto conto come si è detto che la società costituita in corso d'opera per essere una nuova soggettività giuridica veniva ad essere "terzo" rispetto al soggetto titolare del contratto.

4.La titolarità del contratto. - Se così non fosse stato, se cioè il nuovo soggetto giuridico non avesse messo in discussione la questione della titolarità del rapporto contrattuale e il fenomeno avesse rappresentato solamente un mero "subentro nella mera esecuzione dei lavori" ossia nella sfera materiale degli stessi, non si capisce quale utilità poteva avere la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, con una sua esistenza nella cd "sfera giuridica", se esso non avesse implicato un nuovo titolare del rapporto

contrattuale, che per tale ragione poneva il problema della violazione delle norme imperative sopra citate.

In altri termini se non vi fosse stata una nuova soggettività giuridica nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto, non vi sarebbe stata alcuna necessità logica di una "specificata copertura normativa".

Di fatto se il subentro fosse solo sul piano "meramente materiale" dei lavori, tale fatto non richiederebbe alcuna "specificata copertura normativa" in quanto le imprese riunite ossia il loro substrato materiale cioè le aziende (art. 2555 cod. civ.) subentrerebbero a se stesse sul piano materiale. Evento che sotto tale profilo non comporterebbe alcuna modificazione della realtà materiale in quanto le imprese riunite dovendo essere i soggetti necessari nella fase dell'esecuzione dei lavori non potrebbero che essere in punto di fatto sempre uguali a se stesse, senza alcun soggetto terzo nella esecuzione dei lavori.

5. Subentro nel rapporto contrattuale: prassi interpretativa del Fisco. - Le conclusioni del ragionamento portano ad affermare che il cosiddetto "subentro" della società costituita dalle imprese riunite consiste propriamente in un subentro nel rapporto contrattuale e quindi nella titolarità del contratto. E' questo aspetto che pone il problema della "copertura normativa" la mancanza della quale poteva integrare la violazione delle norme imperative in tema di subappalto, di cessione del contratto e di immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea d'impresе.

Da ciò la previsione normativa che "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".

Questa indicazione normativa è stata letta (cfr. Cass. Civ., sez.V, 2/11/2001 n.13582, ma anche la prassi interpretativa dell'Amministrazione delle Finanze) quale inequivoca espressione usata dal legislatore che starebbe "ad indicare che tale subentro non determina alcuna modificazione nella titolarità dei rapporti con il committente. La società, pertanto, non assume la posizione di appaltatore, che resta puntualizzata sulle imprese riunite, ma il più modesto rilievo di una struttura operativa al servizio di tali imprese".

La previsione normativa di cui sopra in tal modo è stata letta come se il legislatore avesse qualificato espressamente ed inequivocamente la fattispecie di cui ci occupiamo.

Il legislatore quindi laddove afferma che la società “subentra”, qualificherebbe tale subentro in senso negativo rispetto ad un ipotetico trasferimento della titolarità del rapporto contrattuale.

6. Subentro nel rapporto contrattuale: ipotesi ricostruttiva. - Occorre precisare innanzitutto che le affermazioni citate si inquadrano nell’ambito di controversie inerenti la materia fiscale in cui l’esigenza prevalente è “quella di verificare l’esistenza dei presupposti per l’applicazione delle norme impositive” (cfr. Cass. Civ., Sez.I,26/8/1998, n.8486)

Va poi osservato che il primo comma dell’art.118 del Cod.Contr. - recependo l’art 18 comma 2 della Legge 55/1990 - ribadisce il principio per cui l’appaltatore è tenuto a eseguire in proprio le opere comprese nel contratto. Ogni cessione è nulla. E’ possibile soltanto che le imprese associate, al fine di una esecuzione unitaria totale o parziale dei lavori, costituiscano, ai sensi dell’art. 96 commi 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica n.554/1999, una società anche consortile tra quelle previste dal libro V, titolo V, Capi III e seguenti del Cod.Civ..(cfr Autorità Vigilanza Lavori Pubblici, det. N.° 29/2002).

In tal caso la esecuzione tramite la Società tra imprese riunite costituisce una eccezione al principio citato, allo stesso modo come costituiscono eccezioni il subappalto, la cessione del contratto o la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese.

Però mentre il subappalto ha una sua disciplina così come le altre fattispecie nominate, l’esecuzione tramite la società anche consortile, in mancanza della disciplina dell’art.96 dpr 554/1999, non avrebbe alcuna copertura normativa talchè rientrerebbe nell’ambito del fatto illecito se non vi fosse la previsione normativa che ad esso la sottragga qualificandola nel senso che essa non subisce le conseguenze derivanti dalla sua natura di subappalto (nel caso di esecuzione parziale) o di cessione di contratto (nel caso di esecuzione totale).

In altri termini la norma fa sì che il fatto della esecuzione tramite la società tra imprese riunite non possa essere ritenuta contraria a norme imperative quali sono quelle che disciplinano il subappalto o vietano la cessione del contratto di appalto pubblico.

Un esempio di analoga previsione legittimante si ha nel comma 11 e nel comma 12 dell'art.118 Cod.Contr.

D'altronde sempre nell'ambito dello stesso art.118 non avrebbe alcun senso il comma 10 laddove sembra applicare anche alla società tra imprese riunite le disposizioni sul subappalto nel senso che anche le società consortili possono, qualora le imprese riunite non intendano eseguire direttamente i lavori scorporabili, affidare in subappalto.

Che senso avrebbe riconoscere alla società consortile di stipulare contratti di subappalto se ad essa non si riconosca la titolarità del contratto principale di appalto.

7. Subentro nel rapporto contrattuale: la responsabilità solidale. - Altro argomento a favore della tesi qui sostenuta è la clausola di salvaguardia di responsabilità a carico delle imprese riunite che implica un vincolo di solidarietà tra queste e la società subentrata.

Questa circostanza getta una luce chiarificatrice, da altro angolo visuale, sulla questione discussa.

Infatti se si opina per un mero subentro materiale "nei lavori" si viene ad avere in fase esecutiva una molteplicità di soggetti giuridici rappresentati dalle singole imprese del raggruppamento e dalla società tra le stesse.

Sotto il profilo della responsabilità, salva la solidarietà tra le imprese riunite, per affermare una responsabilità della Società che sia legata da un vincolo di solidarietà con l'ATI

necessiterebbe

un atto che costituisca “una coobbligazione solidale fra singole imprese e società di nuova costituzione” (cfr. P. Grasso, *Le associazioni temporanee di imprese in “L’Appalto Pubblico e Privato”* diretto da G. Musolino, 2002,I,106.) poiché non ritenendo la Società parte contrattuale non potrebbe affermarsi responsabilità contrattuale di questa nei confronti della Stazione Appaltante.

Se invece si ricostruisce il subentro come subentro nel contratto e quindi nella titolarità di esso, la responsabilità della società è responsabilità contrattuale diretta nei confronti della Stazione Appaltante e si porrebbe semmai solo la questione del come viene a stabilirsi la solidarietà tra la Società e le imprese singole riunite.

A quest’ultimo problema ovvia la norma sopra citata che afferma la responsabilità concorrente delle singole imprese riunite e ciò a maggior garanzia della Stazione Appaltante.

D’altra parte se non vi fosse subentro nella titolarità del contratto che senso avrebbe rimarcare la responsabilità delle imprese riunite. Se esse rimanessero titolari del contratto, la norma in discorso sarebbe assolutamente inutile.

8. Altri casi di subentro.- Un fenomeno analogo di “subentro” si ha nel caso delle cessioni di azienda, di fusione o di trasformazione o di scissione che interessino l’appaltatore e che concernono le vicende soggettive dell’esecutore del contratto. In questo caso il legislatore parla chiaramente di subentro nella titolarità nel contratto. L’analogia con le fattispecie in parola, che riguardano come si è detto vicende afferenti il soggetto esecutore del contratto, è tale che non sembra che vi siano ragioni per una ricostruzione dogmatica diversa che abbia ad oggetto il fenomeno in esame.

Persino la fase di integrazione dell’efficacia del subentro è analoga, essendo subordinata ad un atto di

comunicazione formale, nei confronti della Stazione Appaltante, della costituzione della società e della sua iscrizione nel registro delle Imprese.

Stesso fenomeno si verifica nell'ambito dell'affidamento di concessioni per la realizzazione e gestione di una infrastruttura o servizi di pubblica utilità in cui l'aggiudicatario ha facoltà di costituire una "società di progetto", anche consortile, che subentra nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di autorizzazione o approvazione. (V. art.156 comma 1 Cod. Contr.).

Anche nella citata norma si prevede che il subentro non costituisce cessione del contratto, ma ciò non impedisce che il legislatore affermi che "la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente".

9.Conclusioni. - Questo riferimento sembra quanto mai significativo. In tal modo, infatti, viene meno la ragione giuridica per cui certa giurisprudenza e soprattutto la prassi interpretativa dell'Amministrazione Finanziaria argomentava la non titolarità del contratto.

Come si è visto

l'argomento principale era rappresentato dalla previsione normativa in base alla quale il subentro non costituiva cessione del contratto, leggendo la norma in senso qualificatorio. Ma come si è visto, anche nell'art.156 comma 1 cod.contr. si dispone che il subentro della società di progetto non costituisca cessione di contratto. Tuttavia il legislatore stesso afferma il subentro nella titolarità della concessione.

Ciò dimostrerebbe che la norma in cui si prevede che il subentro non è subappalto o cessione del contratto non ha natura "qualificatoria"

nel senso che essa non qualifica il fenomeno giuridico sostanziale sotteso ma piuttosto essa ha la funzione di limitare l'ambito di applicazione di altre norme (quelle sul subappalto e sulla cessione del contratto).Confermandosi con ciò la corretta interpretazione di chi afferma che il subentro è anche nella titolarità del contratto.

Dr. Antonio Salamone
Responsabile del Servizio “Contratti & Assistenza Giuridica” presso la Provincia di Biella.

antonino.salamone@provincia.biella.it

<https://www.diritto.it/soggetti-abilitati-ad-assumere-lavori-pubblici-la-societa-tra-imprese-riunite/>