

## **Società consortile costituita da imprese in ATI: breve rassegna della giurisprudenza della Cassazione sui rapporti con imprese associate, stazione appaltante e terzi**

di Consiglia Sadile

SOMMARIO: 1. Inquadramento normativo. - 2. Natura giuridica. - 3. Scopo costituzione. - 4. Rapporti società consortile-imprese socie riunite nell'ATI. - 5. Rapporti società consortile-stazione appaltante. - 6. Rapporti società consortile-terzi. - 7. Conclusioni.

### **1. Inquadramento normativo**

L'art. 93 (I comma) del D.P.R. 207/10 prevede che *"I concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori dei lavori, 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"*<sup>1</sup>.

In caso di esecuzione totale dei lavori prescrive (IV comma) che tutti i concorrenti riuniti o consorziati facciano parte della società nella medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento, mentre in caso di esecuzione parziale<sup>2</sup> dei lavori stessi consente che ne facciano parte solo le imprese (riunite o consorziate) interessate all'esecuzione parziale.

In ogni caso (II comma) 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 dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice"*.

---

<sup>1</sup> La società consortile fu introdotta nel nostro ordinamento giuridico dalla L. 687-1984, che riformulando la L. 8.8.1977 n. 584 vi aggiunse l'art. 23 bis; riprodotto dall'art. 26 del D.Lgs. 19 dicembre 1991 n. 406 e dall'art. 96 del D.P.R. 554/99. In realtà anche l'art.93 del D.P.R. 207 del 05/10/10 (in vigore dal 9 giugno 2011) si pone in perfetta continuità normativa con le norme precedenti. Perciò le sentenze passate in rassegna si devono ritenere compatibili con l'attuale quadro normativo, almeno nel caso di costituzione della società consortile fra le imprese riunite nell'associazione temporanea di imprese; nel caso invece di costituzione della società consortile fra le esecutrici di un consorzio aggiudicatario, che è l'unica novità introdotta dall'art. 93 in esame (I comma), è legittimo nutrire qualche dubbio, per i motivi che emergeranno nel corso della presente trattazione.

<sup>2</sup> A dispetto della formulazione letterale, non è chiaro il significato da attribuire all'aggettivo parziale: in caso di ATI orizzontale, sembra identificare la parte dei lavori eseguiti dalla consortile evocando il momento in cui essa interviene nell'esecuzione (per es. dal III Sal in avanti); nel caso invece di ATI verticale sembra identificare, oltre al momento in cui la consortile stessa interviene nell'esecuzione dei lavori, anche la parte dei lavori eseguiti dalla consortile stessa mediante il riferimento alla specifica tipologia di lavori (per esempio edili o impiantistici).

## 2. Natura giuridica

In dottrina si contrappongono le seguenti opinioni<sup>3</sup>:

1. l'uso, legittimato dall'art. 2615 ter c.c., di schemi organizzativi societari per realizzare finalità consortili non snatura la realtà del fenomeno che rimane assoggettato alla **disciplina dei consorzi**, fondata sul principio che delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi rispondono il fondo consortile ed i singoli consorziati per conto dei quali esse sono state contratte;
2. pur riconoscendo che l'art. 2615 citato non ha specificato a quale disciplina assoggettare la società di capitali con finalità consortile, si deve ritenere che il legislatore abbia inteso propendere per quella prevista dal **tipo societario prescelto**, come dimostrerebbe la facoltà di introdurre nell'atto costitutivo della società consortile la previsione di un obbligo a carico dei soci di versare i contributi in denaro eccedenti il conferimento originario; diversamente opinando non si comprenderebbe, ad avviso di questi autori, la ragion d'essere dell'articolo in esame.

Aderendo alla seconda interpretazione, la Cassazione con la sentenza n.77/01<sup>4</sup> ha ritenuto che la consortile sia una società di capitali<sup>5</sup> che, ai sensi dell'art.2615 stesso, può avere uno scopo consortile; in via generale, dunque, è assoggettata alla disciplina normativamente prevista per il tipo societario adottato; perciò *"delibera con il criterio e le regole propri degli organismi associativi e cioè con le maggioranze stabilite in relazione all'oggetto ed è gestita attraverso organi che hanno poteri rappresentativi ed amministrativi"* ed assume in proprio le obbligazioni verso i terzi (non verso la stazione appaltante), rispondendone esclusivamente con il proprio patrimonio (cd. Autonomia patrimoniale piena).

## 3. Scopo costituzione

Per comprendere la finalità a cui è preordinato l'istituto in esame, occorre rammentare che la dottrina e la giurisprudenza concordemente ritengono che l'associazione temporanea di imprese (ATI) sia un contratto associativo atipico, fondato sul mandato collettivo speciale e gratuito, con rappresentanza ed *in rem propriam* (nell'interesse del terzo committente) conferito da parte delle associate ad una di esse (cd. capogruppo), che perciò assume, nei confronti del committente, la rappresentanza esclusiva delle mandanti: dalla presentazione dell'offerta (che è l'unico aspetto disciplinato dall'ordinamento) sino all'estinzione di ogni rapporto giuridico. Perciò viene

---

<sup>3</sup> Per l'approfondimento, anche da un punto di vista bibliografico, dei contrapposti orientamenti dottrinali si rinvia all'articolo "Società consortile a valle di Associazioni temporanee di imprese e regimi di responsabilità" di Angela Bello in Riv. Notariato 2004,6,15663.

<sup>4</sup> A partire dalla n.77/01, le sentenze passate in rassegna, che rappresentano quanto è stato reperito sull'argomento, sono le n.13582/01, n.18113/03, n. 11081/04, n. 16410/08, n. 28220/08, n. 21222/11; esse sembrano riferirsi a vicende che hanno interessato la costituzione, a cura delle imprese riunite in associazione temporanea, della società consortile per l'esecuzione totale dei lavori.

<sup>5</sup> *"Mentre nel mandato, sia con che senza rappresentanza, si realizza una forma di cooperazione fra soggetti diversi, per il conseguimento di utilità pratiche, che si caratterizza per l'alienità dell'interesse, nel senso che il soggetto che esercita l'attività di cooperazione resta di regola estraneo al risultato di essa, perché la esercita per conto altrui; nel fenomeno associativo tipico e in particolare in quello societario, da un lato i destinatari del risultato sono tutti i soggetti che cooperano e dall'altro, su di essi esercita una forza aggregante l'ente che all'uopo ci costituisce, al punto da assumere struttura ed identità proprie, che si sovrappongono a quelle degli associati ed imprimono ai beni sociali, anche nelle forme organizzative più semplici- come nelle società personali- un vincolo di destinazione stabile di destinazione, che si manifesta nella autonomia patrimoniale"*.

espressamente definito «irrevocabile» nel senso che il recesso di un'associata, anche se per giusta causa, è inopponibile all'ente appaltante mentre si deve ritenere pienamente efficace nei rapporti interni. Per il resto ogni impresa organizza autonomamente i mezzi e le persone, allo scopo di eseguire la quota dei lavori di propria spettanza, conservando la propria identità.

La rilevanza esclusivamente interna del vincolo associativo, la mancanza di beni e di un'organizzazione comuni, il fine di mero coordinamento delle attività espletate da imprese del tutto autonome, differenziano nettamente l'associazione temporanea di imprese dai contratti associativi tipici.

La possibilità di associarsi temporaneamente, senza obbligo di assumere vincoli societari che imporrebbero oneri e obblighi sproporzionati rispetto ad un rapporto caratterizzato dalla durata limitata e dalla unicità dell'affare, è compensata dalla responsabilità solidale che lega le imprese riunite, anche nei rapporti con i subappaltatori e fornitori<sup>6</sup>. Peraltro tale responsabilità è pattiziamente inderogabile, sicchè un eventuale accordo tra le imprese limitativo della responsabilità stessa sarebbe inopponibile alla stazione appaltante.

Chiarito che l'associazione temporanea di imprese non crea un soggetto distinto, lo scopo della costituzione della società consortile, dunque, è proprio quello di consentire all'ATI stessa la realizzazione congiunta delle opere appaltate, attraverso uno strumento operativo idoneo a garantirne una gestione unitaria e perciò semplificata ed efficiente. In questo senso, la giurisprudenza in esame<sup>7</sup> si è consolidata nel senso che la società consortile rivesta una natura, propriamente "strumentale".

#### **4. Rapporti società consortile-imprese socie riunite nell'ATI**

Ovviamente la diversa natura attribuita alla società consortile condiziona anche i rapporti in esame. Mentre i sostenitori della **natura consortile** li riconduce al **contratto di mandato** (nella fattispecie concreta oggetto della sentenza n.77/01 citata, la società consortile, ritenendosi mandataria dell'ATI, ha rivendicato, nei confronti dell'associata fallita, alcuni crediti in prededuzione, ai sensi dell'art.1721 c.c.), i sostenitori della **natura societaria** li riconduce, invece, alle **norme che disciplinano la relazione tipica che intercorre fra i soci e la società di appartenenza**.

La sentenza in esame, a cui si sono conformate le successive, accogliendo, come si è detto, questo secondo orientamento dottrinale ha perciò negato l'applicazione dell'art. 1721 c.c., precisando che la disciplina si ricava dall'art. 2615 ter c.c. (unica norma dedicata alle società consortili). La

<sup>6</sup> Come previsto ora dall'art.37- V comma -del D.Lgs. 163/06 e s.m.i. , in continuità normativa con l'art. 13- II comma dell'abrogata L.109/94.

<sup>7</sup> Si vedano in particolare le sentenze nn. 77/01, 13582/01 (indirettamente confermata dalla n.18113/03), 16410/08 e 21222/11 citate. Mentre nel caso tipico di società consortile costituita fra le imprese riunite in ATI il rinvio alla loro responsabilità è giustificato dalla preesistenza di siffatta responsabilità (per i lavori eseguiti direttamente e/o dalle altre associate con forme ed intensità diverse a seconda della veste rivestita nell'ambito dell'ATI e del tipo di ATI), nel caso invece di società consortile costituita (come consente ora l'art. 93 in esame) fra le imprese esecutrici di un consorzio aggiudicatario il rinvio alla responsabilità delle imprese riunite appare mediato dalla responsabilità del consorzio aggiudicatario, di cui le esecutrici sono semplici bracci operativi, immedesimati organicamente al consorzio di appartenenza.

Cassazione in altre occasioni<sup>8</sup> ha precisato che i rapporti societari si fondano sull'obbligo di effettuare i versamenti in forza del rapporto sociale e che essi sono del tutto svincolati, sotto il profilo causale, dagli atti di acquisto che la società consortile potrebbe aver compiuto nell'ambito della sua attività tipica, rivolta al conseguimento dell'oggetto sociale, in quanto attengono al diverso profilo del reperimento delle disponibilità finanziarie necessarie alla società consortile per espletare l'attività stessa, che comunque fiscalmente è riferita alle singole imprese socie, su cui vengono riaddebitati i costi, se effettivamente sostenuti (cd. ribaltamento). L'inesistenza di un costo "riaddebitato" riflette i suoi effetti sulla quota addebitata a ciascuna impresa socia rendendolo parimenti inesistente per ciascuna di essa pro-quota.

Se sul piano delle responsabilità per inadempimento i rapporti ATI- società consortile sono improntati ad una perfetta autonomia, i relativi bilanci dimostrano che, invece, vi è una relazione fra i due distinti soggetti: il bilancio delle singole società socie reca tra i ricavi i corrispettivi dovuti dal committente e fra i costi le attività poste in essere dalla società consortile mentre quello della società consortile medesima, tra i ricavi, i contributi versati *pro quota* dalle società socie a copertura di tali spese e tra i costi, le spese sostenute per l'esecuzione unitaria dei lavori. In qualche modo, quindi, i profili causali che la Cassazione ha precisato essere nettamente distinti, dal punto di vista fiscale sembrano coincidere ed avvicinare la società consortile ad un organo dell'associazione temporanea di imprese in una qualche analogia con le esecutrici dei consorzi. Riemerge, dunque, la sostanza del consorzio che parte della dottrina, come si è detto, sostiene con forza, superando la lettera della norma in esame.

## 5. Rapporti società consortile - stazione appaltante.

Anche su questo tema si contrappongono due diverse opinioni dottrinali<sup>9</sup>:

1. la costituzione della società consortile **estingue automaticamente l'ATI** (salvo il caso dell'esecuzione parziale) e si sostituisce perciò all'ATI stessa nella titolarità del contratto d'appalto, come induce a ritenere l'interpretazione letterale della norma che parla di "subentro". D'altro canto, ad avviso di questi autori, la permanenza dell'ATI non avrebbe alcun senso, visto che la legge salvaguarda espressamente nei confronti della stazione appaltante la responsabilità solidale delle imprese riunite, alla quale, a loro dire, si aggiungerebbe quella della società consortile;
2. la costituzione della società consortile **non estingue automaticamente l'ATI.**, in quanto ciò sarebbe precluso proprio dalla norma in esame che legittima semplicemente la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto stipulato dall'ATI. Oltretutto gli argomenti letterali a sostegno della contrapposta opinione appaiono diversamente interpretabili e quindi idonei a sostenere l'una e l'altra tesi.

La sentenza 77/01 più volte citata (alla quale, anche su tale profilo, si sono poi conformate le sentenze successive e da ultimo la n. 21222/11) recepisce la seconda delle opinioni dottrinali. La

<sup>8</sup> Per l'approfondimento dell'aspetto fiscale (la consortile, infatti, è soggetto passivo d'imposta, ai fini dell'IRES istituita con il D. Lgs. 344/2003, con la contestuale soppressione dell'IRPEG), si rinvia alle sentenze n. 13582/01, n. 18113/2003 e 16410/08.

<sup>9</sup> Per l'approfondimento, anche da un punto di vista bibliografico, dei contrapposti orientamenti dottrinali si rinvia all'autrice di cui alla nota 4.

permanenza della responsabilità delle imprese riunite e le inequivoche espressioni usate dal legislatore ("la società subentra... nell'esecuzione... del contratto", "senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto" tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni o approvazioni) dimostrano, ad avviso della Cassazione, che tale "subentro" non determina alcuna modificazione nella titolarità dei rapporti con il committente, anche perchè nel caso di subingresso nell'esecuzione parziale si dovrebbe ammettere che vi sarebbero due distinti interlocutori del committente stesso (la capogruppo e la società consortile). La società, pertanto, assume semplicemente il rilievo di una struttura operativa al servizio dell'ATI contraente, che, perciò, non le consente di divenire titolare di alcuna posizione giuridica: né attiva, né passiva. <sup>[10]</sup> La giurisprudenza, anche successiva, pacificamente ritiene, dunque, che la titolarità del contratto d'appalto rimanga in capo all'ATI medesima <sup>[11]</sup>, con la conseguenza pratica, molto sottolineata dalla giurisprudenza che, in caso di fallimento della società consortile, sopravvive il contratto con l'ATI ed in caso di fallimento di una delle associate è applicabile ora l'art.37 del D.Lgs. 163/06 (in luogo dell'abrogato art.94 del D.P.R.554/99). Diversamente opinando, si dovrebbe ammettere che l'eventuale fallimento della società consortile determinerebbe inevitabilmente lo scioglimento del contratto, senza alcuna possibilità di continuare il rapporto con l'ATI ricostituita dalle altre associate *in bonis* (visto che l'ATI non sopravviverebbe al subingresso della società consortile) o con un sostituto, con grave danno per la committenza pubblica alla quale la legge ha inteso in tali casi fornire una tutela rinforzata. Se le cose stanno così, in realtà, vi sarebbe un'altra conseguenza inaccettabile: la limitazione della responsabilità per inadempimento al patrimonio della società consortile a discapito degli interessi della committenza stessa ed in evidente violazione del principio dell'inderogabilità della responsabilità solidale di cui si è detto e dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente.

## 6. Rapporti società consortile-terzi.

Anche i rapporti in esame subiscono i condizionamenti discendenti dalla natura attribuita alla società consortile.

I sostenitori della **natura consortile** ritengono che tali rapporti siano fondati sul **contratto di mandato**; nella fattispecie concreta oggetto della sentenza n.28220/08, un creditore della società consortile, ritenendola mandataria dell'ATI, ha chiamato in giudizio la stazione appaltante nella qualità di terzo pignorato. I sostenitori della **natura societaria** ritengono invece, come si è detto, che tali rapporti siano fondati sulle **norme che disciplinano la relazione tipica che intercorre fra i soci e la società di appartenenza**.

---

<sup>10</sup> Ne discende che:

A) il pagamento del corrispettivo d'appalto deve essere versato alla capogruppo dell'ATI, in quanto titolare del contratto;

B) le domande di subappalto e le comunicazioni di forniture con posa in opera e/o di noli a caldo devono essere presentate dalla capogruppo dell'ATI mentre i relativi contratti sottostanti possono essere stipulati dalla società consortile.

C) la responsabilità per inadempimento rimane in capo all'ATI.

<sup>11</sup> Sia nel caso, aggiunge chi scrive, in cui la costituzione della società consortile intervenga successivamente alla stipula del contratto d'appalto sia nel caso in cui invece intervenga fra l'aggiudicazione ed il contratto (ipotesi che sembra essere contemplata dalla legge) in costanza della consegna d'urgenza dei lavori.

La suddetta sentenza (che è l'unica ad affrontare i rapporti in esame), accogliendo questo secondo orientamento dottrinale ha, invece, negato la sussistenza di crediti in capo alla società consortile in quanto, ad avviso della Cassazione, l'assunzione della veste societaria dell'esecutrice dei lavori appaltati all'ATI crea un centro autonomo di imputazione degli effetti giuridici delle operazioni svolte nell'interesse dell'ATI stessa e rende quindi destinatari del risultato finale le imprese socie unificate dal nuovo organismo societario, che si sovrappone a quello degli associati ed imprime ai beni sociali un vincolo stabile di destinazione, che si manifesta nell'autonomia patrimoniale piena.

Sicchè, i rapporti contrattuali intercorrenti tra la società consortile ed i terzi restano disciplinati dalle ordinarie norme codicistiche, che pongono a garanzia dei terzi creditori esclusivamente i beni ed i crediti compresi nel patrimonio della loro debitrice (società consortile) e non quelli appartenenti ai soci della debitrice medesima. Se ne deve dedurre che ciò valga allo stesso modo sia nel caso in cui le obbligazioni esulino da tale appalto (come sembra dalla sintetica descrizione della fattispecie oggetto della sentenza citata) sia nel caso in cui ineriscano allo specifico appalto (sono state contratte quindi con subappaltatori e relativi dipendenti, fornitori con posa in opera, noleggiatori a caldo, fornitori di materiali). In quest'ultimo caso però occorre riflettere sull'eventualità in cui il terzo sia rappresentato da un subappaltatore (autorizzato dalla stazione appaltante) che non sia stato pagato dalla sua debitrice, che, di norma è la società consortile [12]. Sul piano sostanziale, indipendentemente da chi abbia presentato la domanda di subappalto (la capogruppo dell'ATI o la società consortile stessa), sarebbe innegabile la sottoposizione delle imprese riunite nell'ATI alle conseguenze derivanti dall'applicazione degli istituti di tutela previsti dalla relativa normativa (D.Lgs. 163/06 e s.m.i), quale, per esempio, la sospensione, ai sensi dell'art.118 del D.Lgs.163/06 citato, del pagamento dell'acconto successivo (ed eventualmente degli altri) sulla base della semplice considerazione che esse sono debtrici della prestazione nei confronti della stazione appaltante.

Sul piano processuale, invece, rileverebbe il soggetto che ha presentato la domanda di subappalto in quanto, nell'eventualità in cui esso fosse la società consortile, l'impossibilità di aggredire il patrimonio delle imprese riunite determinerebbe come conseguenza che l'amministrazione committente, nell'ipotetico caso in cui fosse chiamata in un giudizio esecutivo promosso dal subappaltatore in esame, dovrebbe sempre e comunque rendere una dichiarazione di terzo debitore negativa. Si determinerebbe così una situazione paradossale: a fronte della sospensione di cui si è appena detto, motivata sul piano sostanziale dalla stipula, a cura della società consortile, del contratto di subappalto con il quale, previa autorizzazione della stazione appaltante, si affida a terzi l'esecuzione di un segmento dell'opera appaltata all'ATI, non vi sarebbe sul piano processuale la logica conseguenza per il subappaltatore di recuperare effettivamente gli importi sospesi in quanto riconducibili ad un contratto in realtà stipulato dalla struttura operativa dell'ATI contraente.

Nel caso ipotizzato si appalesa, quindi, in tutta la sua evidenza il contrasto fra la forma della società di capitali e la sostanza del consorzio, che spiega le ragioni della contrapposizione fra le posizioni interpretative che la Cassazione ha inteso superare richiamando il dato testuale le "*imprese riunite*

---

<sup>12</sup> Ne consegue che in tali casi i subappaltatori devono rilasciare, entro il termine di n.20 decorrente dal pagamento fatto dalla stazione appaltante nei confronti della capogruppo dell'ATI, le fatture quietanzate intestate alla società consortile, in qualità di parte contrattuale. Tali fatture vengono poi presentate alla stazione appaltante per il tramite della capogruppo dell'ATI stessa e ribaltate all'ATI aggiudicataria secondo il meccanismo di cui si è detto.

*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...".*

Tenuto conto della finalità cui è preordinata la società consortile, che, di fatto, la rende un organo dell'associazione temporanea aggiudicataria dell'appalto, non si spiega la ragione per la quale il legislatore abbia inteso invece attribuirle una personalità giuridica, che, dal punto di vista fiscale, sembra contraddetta e dal punto di vista dei rapporti con i terzi potrebbe determinare situazioni illogiche e paradossali, in assenza della necessaria chiarezza procedurale. [13]

## 7. Conclusioni

**Storicamente il legislatore ha introdotto la società consortile costituita esclusivamente dalle imprese riunite in ATI.** La giurisprudenza esaminata ne ha definito nel tempo la *ratio* e la fisionomia, che si devono ritenere attuali, visto che la norma ora in vigore (art.93 del D.P.R. 207/10) si pone in perfetta continuità normativa con le precedenti, da cui si discosta solo per l'estensione dell'istituto in esame alle esecutrici del consorzio, di cui si dirà meglio dopo.

Ciò premesso, il legislatore ha inteso munire le imprese riunite in ATI di uno strumento operativo idoneo, nei rapporti con i terzi, a rendere unitaria la gestione di un appalto, che diversamente sarebbe condotto da ciascuna impresa singolarmente, visto che il mandato con rappresentanza conferisce alla capogruppo la rappresentanza nei confronti della stazione appaltante.

A tale fine, ha optato per la costituzione di una società di capitali, che, nel nostro ordinamento, rappresenta la massima espressione dell'aggregazione degli interessi e dell'autonomia patrimoniale. Sotto questo profilo, si deve ritenere pienamente raggiunto lo scopo normativo, anche se al prezzo di ridurre, in un certo senso, la tutela dei terzi, che, da una parte negoziano con la società consortile come se fosse, nella sostanza, un organo dell'ATI e, da quell'altra, devono fare i conti con la forma societaria che essa riveste e che la rende del tutto autonoma dalle imprese socie.

In coerenza con l'unitarietà che connota l'ATI nei rapporti con la stazione appaltante - sebbene fondata esclusivamente sul mandato con rappresentanza conferito dalle imprese riunite ad una di esse, definita capogruppo - e con il principio di immodificabilità del soggetto aggiudicatario, il legislatore non ha inteso dare alcuna rilevanza al subingresso nell'esecuzione dei lavori appaltati all'ATI della società consortile nei rapporti con la stazione appaltante stessa, che perciò non ne deve autorizzare o approvare il subentro.

Ne deriva l'assoluta indifferenza (almeno nel caso di società consortile costituita per l'esecuzione totale dei lavori) per la stazione appaltante medesima, che continua ad intrattenere i rapporti giuridico- economici esclusivamente con la capogruppo dell'ATI, in qualità prima di aggiudicataria dei lavori e poi di titolare del contratto, a nulla rilevando il momento della costituzione della società

---

<sup>13</sup> Si ritiene di poter intervenire su quest'ultimo aspetto ribadendo la necessità che, come si è detto, almeno la domanda di subappalto venga presentata dalla capogruppo dell'ATI; sarebbe meglio che sottoscrivesse anche i contratti sottostanti, magari congiuntamente al legale rappresentante della società consortile, visto che in qualche modo se ne modifica l'oggetto sociale, che non consiste solo nell'esecuzione in proprio di tutto o parte dei lavori appaltati, ma anche per il tramite di terzi all'uopo autorizzati.

consortile. Questo vale tanto nell'ipotesi di gestione fisiologica dell'appalto (pagamenti, autorizzazioni di subappalti..) quanto in quella patologica connotata dall'inadempimento contrattuale o dal fallimento della società consortile. In questi ultimi casi, infatti, rispettivamente l'azione risarcitoria viene intentata dall'amministrazione appaltante nei confronti della capogruppo dell'ATI, facendo valere la responsabilità solidale delle altre associate e l'esecuzione viene riassunta dalle imprese riunite.

Questo è al tempo stesso il riflesso pratico dell'inciso "*ferme restando le responsabilità dei concorrenti riuniti.... ai sensi del codice*" ed il motivo sostanziale per cui le stazioni committenti non devono autorizzare/approvare il subingresso della società consortile nell'esecuzione dei lavori, appaltati alle relative società-socie (le imprese riunite nell'ATI).

L'identità sostanziale dei soggetti che costituiscono l'ATI e la società consortile (almeno nel caso di esecuzione totale dei lavori) da una parte ed il rinvio alla responsabilità solidale delle imprese riunite, che preesiste alla costituzione della società consortile da quell'altra spiegano e confermano, al tempo stesso, la natura meramente strumentale della società consortile, che, pur indossando le vesti di un soggetto autonomo e distinto (società di capitale), preserva nella sostanza il binomio indissolubile appaltatore/esecutore.

**Del tutto differente appare, invece, il nuovo fenomeno della società consortile costituita dalle imprese esecutrici del consorzio appaltatore:** esse infatti sono già lo strumento operativo del consorzio di appartenenza, con il quale formano un soggetto giuridico complesso (il consorzio non può esistere senza le esecutrici, che ne costituiscono il braccio operativo e viceversa, le esecutrici non possono esistere senza il consorzio di appartenenza, visto che esso di norma detiene i requisiti speciali necessari per l'aggiudicazione ed esecuzione dei lavori) ma unitario in forza del rapporto di immedesimazione organica.

In altri termini, la facoltà riconosciuta di recente dal legislatore alle esecutrici di un consorzio (aggiudicatario o riunito in associazione di imprese con altre imprese, come capogruppo o mandante) di costituire fra loro una società consortile se da un lato consente loro, nei rapporti con i terzi, di rendere unitaria, come nell'ATI, la gestione dell'appalto, dall'altro sembra, in qualche modo, spezzare il binomio appaltatore/esecutore, vista l'incrinatura del rapporto di immedesimazione organica di cui si è detto, che potrebbe anche solo in linea teorica, inficiare i rapporti con le stazioni appaltanti, in caso di responsabilità per inadempimento.

A differenza del fenomeno storicamente disciplinato dal legislatore e ricostruito dalla giurisprudenza, non si scorge l'identità dei soggetti di cui si è detto: la consortile, infatti, è costituita solo dalle esecutrici che, pur essendo già, come si è appena detto, bracci operativi del consorzio appaltatore ne diventano un unico braccio unificato dalla forma di società di capitali, a cui il consorzio rimane, ai sensi di legge, del tutto estraneo; non si scorge nemmeno la preesistenza della responsabilità delle esecutrici, che sono responsabili indirettamente per il tramite del consorzio appaltatore; perciò l'inciso "*ferme restando le responsabilità dei concorrenti ...consorziate ai sensi del codice*" appare privo di un'effettiva portata precettiva. Allora forse non è del tutto indifferente il subingresso della consortile nell'esecuzione dell'appalto, in quanto, fermo restando che l'amministrazione non deve autorizzarlo o approvarlo, esso sembra spezzare il binomio appaltatore-esecutore fondato, in questo caso, sull'immedesimazione organica.



Nonostante la diversità strutturale dei fenomeni della società consortile passati in rassegna, che non consente di ritenere le sentenze esaminate aderenti al nuovo fenomeno della consortile costituita dalle esecutrici del consorzio appaltatore, il legislatore – probabilmente allo scopo di recepire una prassi che si stava sempre più diffondendo- li ha ritenuti assimilabili sotto il profilo della disciplina giuridica.

Non resta che prenderne atto e attendere gli sviluppi interpretativi della dottrina e della giurisprudenza. Nel frattempo, per considerare davvero equivalenti le consortili in caso di ATI e di consorzio come le ha ritenute il legislatore, appare quantomeno opportuno che l'amministrazione appaltante richieda al consorzio di appartenenza - oltre alla sottoscrizione della domanda di subappalto (in qualità aggiudicatario o di capogruppo dell'ATI costituita con altre imprese) ed eventualmente anche dei contratti sottostanti, come esplicitato alla nota 13 – anche l'intervento alla stesura dell'atto di costituzione della società consortile, al solo e dichiarato scopo di affermare che essa nei confronti della stazione appaltante, non modifica il profilo della responsabilità contrattuale, che rimane incardinata nel consorzio stesso.