

Aeroporti di Roma S.p.A.

AG 46/13

Oggetto : richiesta di parere circa l'interpretazione dell'art. 93 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti - problematiche operative connesse.

Con nota acquisita al protocollo n. 73284, in data 05/08/2013, codesta società Aeroporti di Roma S.p.A. (di seguito ADR), concessionaria dello Stato per la gestione degli aeroporti di Roma e Fiumicino, ha sottoposto a questa Autorità una richiesta di parere riguardante l'interpretazione dell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010, con particolare riferimento a quale ruolo debba riconoscersi alla società costituita dalle imprese aggiudicatrici in ATI per l'esecuzione dei lavori, se di mero strumento esecutivo ovvero di soggetto che subentra all'ATI aggiudicataria nella titolarità del contratto stipulato con la stazione appaltante.

Ritenuto il quesito meritevole di approfondimenti, è stato avviato il procedimento istruttorio, dandone contestuale notizia all'istante, con nota prot. n. 84852, del 12 settembre 2013, cui non ha fatto seguito l'invio da parte di codesta società di alcuna ulteriore documentazione o ulteriori chiarimenti/elementi/osservazioni in merito alla tematica prospettata.

Nell'Adunanza del 26 febbraio 2014, il Consiglio ha approvato le seguenti determinazioni.

* * *

Codesta società ritiene che l'interpretazione dell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010 non possa prescindere da quanto disposto dall'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006 che, con riferimento alla società di progetto costituita a seguito dell'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un servizio di pubblica utilità, prevede che la società così costituita diventi la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione, specificando che tale subentro non costituisce cessione di contratto.

Secondo la richiamata ricostruzione, la formulazione dell'art. 156 starebbe a dimostrare che la disposizione secondo cui il subentro della società non costituisce cessione del contratto - presente anche nell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010 - non può essere ritenuta incompatibile con l'ipotesi di mutamento della titolarità del rapporto negoziale in capo al nuovo soggetto societario, come invece sostenuto dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, giacché l'effetto previsto dall'art. 156 è proprio quello del passaggio della titolarità del rapporto contrattuale in capo alla società. Si lamenta inoltre che l'incertezza circa l'esatta portata dell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010 rende difficoltosa la gestione operativa dell'appalto potendo essere causa di inefficienze nel processo di realizzazione dell'opera.

* * *

Come evidenziato da ADR, la portata della disposizione di cui all'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010, già contenuta nell'art. 96 del d.P.R. n. 554/1999, è stata oggetto di esame da parte della Corte di Cassazione che, in una serie di sentenze (n. 77 del 4 gennaio 2001, n. 13582 del 2 novembre 2001, n. 16410 del 18 giugno 2008, n. 21222 del 14 ottobre 2011), con orientamento costante, ha ritenuto che la società costituita a seguito dell'aggiudicazione dagli operatori economici costituenti l'ATI abbia natura propriamente strumentale e che non assuma pertanto la posizione di appaltatore, che resta in capo alle imprese riunite, "ma il più modesto rilievo di una struttura operativa al servizio di tali imprese" (Cass. Civ. n. 16410/2008). La motivazione ricorrente a sostegno di tale assunto è che 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") stanno ad indicare che tale subentro non determina alcuna modificazione nella titolarità dei rapporti con il committente.

Nella prima delle citate sentenze che ha dato l'avvio al richiamato orientamento, la Suprema Corte ha evidenziato che la norma in esame "ha l'esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nella esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'ATI, ma non ne comporta la sostituzione, sia perché la norma fa riferimento ad un «subentro» nella esecuzione totale o parziale del contratto e non ad una successione nel rapporto giuridico sorto con la conversione con l'ente appaltante; sia perché la norma esclude in modo assoluto - «ad alcun effetto» - che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni od approvazioni;" giungendo a ritenere esclusa la successione della società successivamente costituita "nel rapporto di mandato tra imprese riunite e capogruppo, avendo l'art. 23-bis [della legge n. 687/1984 che ha introdotto la disposizione attualmente contenuta nell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010] citato lasciato immutate le strutture dei due istituti e separate le loro aree di operatività, conservando alla capogruppo dell'ATI il ruolo di mandataria nei rapporti con l'ente pubblico e attribuendo alla consortile quello di mera sostituzione nell'attività materiale richiesta per la esecuzione dei lavori".

Parallelamente al consolidarsi del citato indirizzo giurisprudenziale, si sono andate sviluppando due differenti posizioni della dottrina, tra loro contrastanti.

L'una, maggioritaria, in sintonia con la linea tracciata dalla Cassazione, qualifica la società tra concorrenti riuniti come una mera società operativa, sottolineando, a questi fini, che essa non può

conseguire la qualificazione (art. 93, comma 5), visto che ai sensi dell'art. 93, comma 6, i lavori eseguiti dalla società vanno riferiti ai singoli concorrenti riuniti e che la previsione della possibile costituzione della società tra alcune delle imprese riunite per l'esecuzione parziale dell'appalto, in caso di subentro della società nella titolarità del rapporto, comporterebbe l'effetto, contrario al principio dell'unicità del contratto e della indivisibilità dell'obbligazione dell'appaltatore scaturente dall'aggiudicazione dei lavori, della scissione dell'originario contratto di appalto, e dell'obbligazione in esso dedotta, in due autonomi rapporti contrattuali facenti capo a due diversi soggetti, il raggruppamento e la società.

L'altra posizione prende le distanze dall'interpretazione fornita dalla Cassazione per motivi che attengono principalmente alla tutela dei terzi - subappaltatori, fornitori, maestranze, banche, consulenti, ecc. - che hanno intrattenuto rapporti contrattuali con la società esecutrice dell'appalto. È stato infatti considerato che, qualora il subentro nell'esecuzione non determinasse anche il subentro nella titolarità del contratto, in caso di fallimento della società esecutrice, i terzi creditori della medesima società, che hanno incolpevolmente confidato nell'esistenza di un contratto la cui titolarità è rimasta invece in capo al raggruppamento, non potrebbero rivalersi sulle somme dovute dalla stazione appaltante per i lavori eseguiti non avendo la società esecutrice titolo giuridico ad incassare le somme derivanti dall'esecuzione dei lavori (giacché i pagamenti da parte dell'amministrazione vengono ricevuti dal raggruppamento in quanto parte contrattuale). Oltre a ciò, è stato anche evidenziato che gli stessi creditori, anche nel caso di fallimento della società mandataria nell'ambito del raggruppamento, rischierebbero di non essere soddisfatti poiché risulterebbero postergati rispetto ai creditori particolari delle imprese riunite mandanti, che potrebbero soddisfarsi sui crediti per l'opera appaltata.

Oltre a queste considerazioni attinenti la posizione dei terzi, appare significativo che anche la dottrina che riconosce alla società fra concorrenti riuniti la natura di mero strumento di esecuzione dei lavori e quindi di semplice struttura operativa a servizio del raggruppamento ammetta che la circostanza che la stazione appaltante non possa intrattenere rapporti diretti con la società esecutrice, dal momento che suo unico e legittimo interlocutore è e rimane il raggruppamento aggiudicatario, sia destinata a creare appesantimenti ed incertezze nella fase di esecuzione dei lavori - come evidenziato dall'istante nella richiesta di parere - dovendosi tutta l'attività della stazione appaltante, e soprattutto quella dei suoi organi preposti alla direzione e contabilità dei lavori, svolgersi formalmente nei confronti del raggruppamento aggiudicatario e non della società di esecuzione. In proposito la dottrina riferisce che, nella prassi, al fine di superare dette difficoltà di ordine operativo, si ricorre a "legittimi escamotages", quali l'assunzione da parte della società della rappresentanza del raggruppamento nei confronti della stazione appaltante, che hanno lo scopo pratico di mettere in relazione diretta la stazione appaltante con la società di esecuzione ai soli fini della conduzione tecnica dei lavori.

* * *

Chiarito il quadro giurisprudenziale e dottrinale di riferimento, si ritiene che la valutazione della portata della previsione dell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010, anche alla luce dell'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006, non possa prescindere da una breve analisi del contesto di riferimento delle due norme e della finalità della costituzione delle due società (società di progetto e società fra concorrenti riuniti) da condursi nell'ambito di una lettura sistematica della normativa sui contratti pubblici. L'art. 156 del d.lgs. n. 163/2006 prevede che l'aggiudicatario di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un servizio di pubblica utilità o di una gara di finanza di progetto, possa (o debba, nel caso in cui il bando ne preveda l'obbligo) costituire una società di progetto, in forma di responsabilità limitata o di società per azioni, che abbia ad oggetto sociale esclusivo la realizzazione e la gestione dell'opera. La norma dispone espressamente che "la società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione".

La disposizione, peraltro già presente nell'art. 37-quinquies della l. n. 109/1994, (e che non rappresenta dunque una norma sopravvenuta rispetto alle pronunce della Cassazione), disciplina la costituzione di una società del tipo "società veicolo di scopo", mutuata dall'ordinamento anglosassone (SPV - special purpose vehicle), avente come oggetto sociale esclusivo la realizzazione e gestione dell'opera che, sostituendosi all'aggiudicatario, assume le vesti di concessionario.

La costituzione della società di progetto risponde alla fondamentale esigenza di separare il rischio correlato al progetto dalla responsabilità patrimoniale dell'aggiudicatario, isolando (c.d. ring fence) i relativi flussi di cassa, che rappresentano la principale garanzia dei finanziatori: in tal modo le risorse finanziarie coinvolte nella realizzazione del project sono sottratte alle pretese dei creditori dell'aggiudicatario per attività diverse dal project e, viceversa, ai creditori del project vengono sottratte le dotazioni patrimoniali dell'aggiudicatario che non sono coinvolte nel project. Ciò, ovviamente, anche nel caso in cui l'aggiudicatario sia un solo operatore economico e non una pluralità di soggetti, giacché l'art. 156, comma 1, terzo periodo, precisa che, in caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

Si tratta di un meccanismo teso a garantire essenzialmente i soggetti finanziatori e che si attaglia dunque in modo particolare a quelle iniziative, realizzate tipicamente attraverso lo strumento concessorio, in cui la realizzazione dell'opera pubblica è strumentale alla gestione.

Il subentro della società di progetto nella titolarità della concessione, come evidenziato dall'Autorità

nel Parere sulla normativa AG 31/2011, “configura un’ipotesi eccezionale e derogatoria rispetto al principio generale di incedibilità dei contratti pubblici e di immodificabilità soggettiva dell’aggiudicatario selezionato con procedura ad evidenza pubblica (art. 118, D.Lgs. n. 163/2006). Come è noto, infatti, i contratti di diritto pubblico poggiano sul principio della personalità, in virtù del fatto che derivano da una procedura concorsuale che mira, da un lato, a premiare l’offerta più vantaggiosa e, dall’altro, a tutelare l’interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese concorrenti”.

L’espressa esclusione che il subentro nella titolarità della concessione costituisca cessione del contratto, ribadita nel terzo comma dell’art. 156 (“Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l’aggiudicatario in tutti i rapporti con l’amministrazione concedente”), sembra quindi sottolineare che si tratta di un’ipotesi eccezionale e derogatoria rispetto al principio generale di incedibilità dei contratti pubblici e di immodificabilità soggettiva dell’aggiudicatario selezionato con procedura ad evidenza pubblica espresso nell’art. 118, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 (“Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, salvo quanto previsto dall’art. 116”).

Per quanto concerne la società tra concorrenti riuniti, l’art. 93 del d.P.R. n. 207/2010 riconosce alle imprese facenti parte dell’ATI aggiudicatario, e ai concorrenti consorziati indicati dal consorzio come esecutori dei lavori (novella apportata dal nuovo Regolamento rispetto all’art. 96 del d.P.R. n. 554/1999), la possibilità di costituire tra loro una società che “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”. Detta facoltà, originariamente introdotta dalla legge n. 687/1984 tramite l’inserimento dell’art. 23-bis nella legge n. 584/1977, consente alle singole imprese costituenti un aggiudicatario plurimo quale l’ATI, privo di un’organizzazione comune, di provvedere alla realizzazione congiunta delle opere appaltate attraverso un strumento operativo idoneo a garantire una gestione unitaria. La creazione della società, che ha come oggetto sociale la sola realizzazione dell’opera affidata all’ATI, dovrebbe dunque garantire il coordinamento dell’attività esecutiva delle singole imprese, che altrimenti sarebbe condotta da ciascuna impresa singolarmente.

Alla luce di quanto sopra, sembra potersi concludere che il parallelo tra l’art. 93 del d.P.R. n. 207/2010 e l’art. 156 del d.lgs. n. 163/2006, proposto dall’istante, non sia significativo, date le evidenziate differenti finalità delle società disciplinate dalle due norme.

* * *

Da questa breve ricognizione emergono alcuni elementi che meritano di essere sottolineati:

- (i) il principio generale di incedibilità dei contratti pubblici, pena la nullità della cessione, sancito dall’art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, che richiede la previsione di deroghe espresse da parte del legislatore;
- (ii) la differente formulazione dell’art. 156 del d.lgs. n. 163/2006, che esplicita che la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario, e dell’art. 93 del d.P.R. n. 201/2007, che parla di subentro della società nell’esecuzione del contratto;
- (iii) le differenti finalità dei soggetti societari che, nel caso della società tra concorrenti riuniti, sono pienamente raggiunte da una società intesa come mero strumento operativo dell’ATI, senza dover ricorrere a deroghe al principio di incedibilità dei contratti, mentre nel caso della società di progetto richiedono la sostituzione dell’aggiudicatario con il nuovo soggetto giuridico a cui devono necessariamente essere corrisposti i flussi di cassa derivanti dalla gestione dell’opera perché sia efficacemente prodotto l’effetto di ring fence.

Alla luce di tali considerazioni, pur riconoscendo le possibili difficoltà operative nella gestione dell’appalto, si ritiene che la norma prevista all’art. 93 non sia superabile in via interpretativa, richiedendo invece un apposito intervento del legislatore.

Lorenza Ponzone