

## CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 959**

### **In tema di divieto di associazione temporanea di imprese successivamente alla aggiudicazione della gara in materia di appalti di lavori pubblici**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 24 marzo 1998*

Si chiede se l'atto di rettifica con il quale si precisi che l'intervento di un soggetto nella costituzione di una associazione temporanea di imprese deve intendersi effettuato non già in veste di titolare di una impresa individuale, come risulta dallo stesso atto, bensì di amministratore unico e legale rappresentante di una società, nella quale costui aveva in precedenza effettivamente conferito l'azienda corrispondente alla impresa individuale della quale era titolare: se tale atto, si diceva, integri gli estremi della fattispecie del divieto di "associazione anche in partecipazione" o di "raggruppamento temporaneo di imprese concomitante o successivo alla aggiudicazione della gara" di cui al 4° comma dell'art. 22 del d.lgs. 19 dicembre 1991, n.406, di attuazione della direttiva 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, e, quindi, comporti la applicazione della disciplina sanzionatoria dettata dal 5° comma dello stesso articolo, cioè "l'annullamento della aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione delle imprese riunite in associazione concomitante o successiva dalle nuove gare relative ai medesimi lavori" (analoghe disposizioni sono dettate dall'art.13 della legge quadro in materia di appalti pubblici dell'11 febbraio 1994, n. 109, ai commi, rispettivamente, 5° e 6°: non affronta il punto, invece, il d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, T.U. delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive CEE n. 62/77, n. 767/80 e 295/88).

Appare opportuno preliminarmente notare come la questione che qui si solleva non attiene alla tematica relativa alla possibilità di "rettificare" l'atto

costitutivo di una associazione temporanea di imprese: possibilità che deve sempre riconoscersi, in questo come in tutti gli altri casi, a fronte di errori materiali e come tale percepibili sulla base di un mero esame della documentazione di un determinato fatto giuridico; per ritornare all'ipotesi concreta dalla quale si erano prese le mosse, è chiaro, pertanto, che, ove dalla lettura dello stesso atto costitutivo, opportunamente integrata con quella degli eventuali allegati, risulti comunque manifesta la natura "societaria" di una delle imprese associate e, quindi, la qualifica di rappresentante legale della stessa di uno degli intervenienti, nulla si oppone alla possibilità di rettificare i profili della documentazione in parola che invece menzionano erroneamente il soggetto in parola come imprenditore individuale interveniente in nome proprio.

Al contrario, il problema in esame riguarda il diverso interrogativo se, in assenza di un qualsiasi riferimento, nell'atto costitutivo e nella documentazione allo stesso allegata, ad una diversa qualifica di uno degli intervenienti rispetto a quella, espressamente indicata nell'atto costitutivo in parola, di imprenditore individuale: se, si diceva, in una situazione siffatta, possa essere qualificato come di mera rettifica, e non invece di vera e propria modificazione, l'atto con il quale si precisi che l'intervento di una delle parti dell'atto deve intendersi effettuato in veste di amministratore (unico), e di rappresentante legale, di una società.

Al riguardo, si tratta di mettere in luce da un lato che l'aggiudicazione dell'appalto è avvenuta successivamente alla costituzione della associazione temporanea di imprese, ma che quest'ultima è stata costituita successivamente al conferimento in una società estranea alla associazione della azienda corrispondente alla impresa individuale di uno dei partecipanti, che, nonostante ciò, è intervenuto nella costituzione della associazione in parola in qualità di imprenditore individuale.

Appare pertanto chiaro che l'associazione temporanea aggiudicataria della gara, quella cioè nella costituzione della quale il soggetto in questione è intervenuto in veste di imprenditore individuale, è stata costituita non già successivamente, ma anteriormente alla aggiudicazione dell'appalto, il che sembra escludere l'applicazione a siffatta associazione della disciplina relativa al divieto di cui al 4° comma del citato art. 22: si tratterà piuttosto di verificare le conseguenze che la mancanza della qualità di imprenditore in capo ad uno dei partecipanti del contratto di associazione temporanea di imprese determini sulla validità non tanto del relativo contratto "associativo", che potrebbe comunque essere opportunamente "riqualificato", quanto della aggiudicazione della gara e del contratto di appalto; insomma, la mancata ricorrenza della violazione della norma di cui al citato 4° comma non impedisce il verificarsi, ancorché per altra via, di almeno alcune delle

conseguenze previste dal 5° comma del medesimo articolo 22, quale appunto l'annullamento della aggiudicazione o la nullità del contratto (anche se non l'esclusione delle imprese riunite in associazione dalle nuove gare relative ai medesimi lavori).

In questa stessa prospettiva, del resto, la "modificazione del nome speso" (da quello di imprenditore individuale a quello di amministratore di una società alla quale era stata conferita la relativa azienda) può configurarsi in termini di atto di rettifica proprio perché essa appare diretta a far venire meno un vizio, o almeno la mancanza di un presupposto, della validità o quantomeno della efficacia del "contratto costitutivo" della associazione temporanea di imprese: solo che, ed è questo il punto, siffatta modificazione si traduce in una vera e propria trasformazione della stessa "identità" della associazione in parola, alla quale finiranno per partecipare soggetti (formalmente, ed è questo il punto, anche se non sostanzialmente) diversi da quelli originari, e quindi si risolve nella costituzione di una nuova e diversa associazione temporanea di imprese, questa sì successiva alla aggiudicazione della gara.

In questo ordine di idee, allora, in tanto appare possibile rinvenire, nella situazione in esame, una violazione del divieto di cui all'art. 22, 4° comma cit., in quanto si abbia riguardo non già alla associazione temporanea aggiudicataria della gara, ma a quella, necessariamente diversa, che a seguito della "rettifica" finisce per essere costituita: con l'esito che l'esclusione prevista dal 5° comma del medesimo articolo potrà riferirsi esclusivamente alle imprese riunite nella "seconda" associazione temporanea di imprese, cioè alla società che ha partecipato ad "entrambe" le associazioni temporanee di impresa nonché a quella destinataria del conferimento della azienda individuale, e non, invece, alla peraltro (ma non necessariamente) cessata impresa individuale.

Non sembra del resto possibile adottare una prospettiva diversa, del tutto oggettiva, per sostenere cioè l'identità sostanziale delle imprese coinvolte e, quindi, il valore di mera rettifica formale (che in quanto tale non comporta alcuna modificazione delle imprese coinvolte) di quell'atto al quale si è invece inteso assegnare il valore di vera e propria costituzione di una nuova associazione tra imprese: per affermare, quindi, che, quand'anche si tratti di una associazione "nuova", in quanto posta in essere da soggetti diversi, essa raggruppa pur sempre le stesse imprese; quand'anche, infatti, si concordi sulla circostanza che il contratto "associativo" in parola si risolva in un raggruppamento di imprese, e non di imprenditori, e sulla osservazione che il divieto di "associazione anche in partecipazione" o di "raggruppamento temporaneo di imprese concomitante o

successivo alla aggiudicazione della gara" di cui al 4° comma dell'art. 22 debba ritenersi diretto ad evitare l'aggiudicazione dell'appalto ad imprese, più che ad imprenditori, che non hanno partecipato alla relativa gara: nonostante ciò, si diceva, non sembra possibile adottare una prospettiva che isoli l'impresa, e quindi l'azienda, dalla "forma soggettiva" che essa assume.

In questo ordine di idee, quindi, non sembra possibile, già in via di principio, affermare l'identità della impresa svolta in forma individuale rispetto a quella esercitata attraverso la "medesima" azienda ma utilizzando una struttura societaria: e ciò per la ragione che le differenze tra siffatte ipotesi non restano confinate al profilo "soggettivo", ma si ripercuotono sulle stesse regole di organizzazione della attività, su di un piano, cioè (ancorché formale e non invece sostanziale, tuttavia) altrettanto "oggettivo" di quello sul quale si colloca l'azienda.

Più delicato risulta invece il caso in cui a modificarsi è la forma societaria della impresa, e cioè il problema della riconducibilità al divieto di associazione successiva delle ipotesi in cui a modificarsi è solo il tipo (trasformazione) o l'organizzazione (incorporazione di altre società da parte della società partecipante alla associazione di imprese) della società partecipante alla associazione temporanea: laddove la maggior delicatezza del tema, se da un alto consente di limitarsi ad accennarne i termini, dall'altro finisce per sottolineare, per così dire per contrasto, la plausibilità della soluzione proposta in ordine alla specifica ipotesi, concettualmente ben più definita, alla quale il quesito in esame concretamente si riferisce.

*Giuseppe Ferri jr*

*(Riproduzione riservata)*