

Corte di Cassazione (Prima Sezione Civile) Sentenza n. 837

23 gennaio 2012

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1 - Con scrittura privata in data 5 febbraio 1993 la Saipem s.p.a., la Saipem Italia s.p.a. e la s.r.l. Compagnia Generale Bitumi(d'ora in poi, per brevità, Cogebit) costituivano un'associazione temporanea di imprese finalizzata alla partecipazione a una gara d'appalto indetta dalla Snam spa per la realizzazione di un tratto di metanodotto, fra (omissis).

Fra tali ditte erano intervenute delle intese preliminari, nell'ambito delle quali la Cogebit aveva manifestato alla Saipem Italia (successivamente incorporata nella Saipem s.p.a.) la propria offerta per la partecipazione ai lavori (con un ribasso pari, mediamente, al 95 per cento). La Saipem aveva successivamente ottenuto l'aggiudicazione di detti lavori, sulla base di un'offerta maggiore, in termini più vantaggiosi.

Il contratto di appalto era stato stipulato sulla base dei compensi così determinati; successivamente, nei rapporti interni fra le associate, era intervenuto un nuovo accordo, contenente, fra l'altro, la clausola in base alla quale alla Cogebit sarebbe spettato il compenso determinato (nel c.d. "Allegato B") sulla base delle originarie richieste dalle stessa rappresentata alle altre associate.

1.1 - La Cogebit aveva successivamente convenuto in giudizio le altre società, davanti al tribunale di Milano, chiedendone la condanna al pagamento della differenza fra quanto ad essa versato sulla base della menzionata clausola, di cui eccepiva la nullità, e quanto effettivamente corrisposto dalla Snam, in relazione ai lavori eseguiti da essa Cogebit, sulla base del contratto di appalto.

Dichiaratosi incompetente il tribunale adito, per essere stata eccepita l'esistenza di una clausola compromissoria, ed essendo intervenuto il fallimento della Cogebit, il curatore dello stesso proponeva giudizio arbitrale, avanzando le medesime istanze, nei confronti della Saipem s.p.a., che, come già evidenziato, aveva incorporato la Saipem Italia s.p.a..

1.2 - Avverso il lodo che disattendeva le proprie richieste, accogliendo la tesi secondo cui i compensi sarebbero stati validamente corrisposti alla Cogebit sulla base del contenuto degli accordi intervenuti fra le imprese associate, la curatela proponeva impugnazione, deducendo la nullità della clausola che disciplinava la ripartizione dei compensi per contrarietà a norme imperative e, in particolare, al D.Lgs. n. 406 del 1991, artt. 22 e 23.

1.3 - La Corte d'appello dell'Aquila, con la decisione indicata in epigrafe, disattesa preliminarmente l'eccezione sollevata dalla Saipem in merito all'inammissibilità dell'impugnazione, la rigettava, osservando che le singole imprese mandanti non hanno alcun rapporto diretto con la committente, e che, quindi, nei rapporti interni, esse possono ripartire i lavori anche in parti diseguali (salva l'impossibilità di totale esclusione di una di esse), così come possono convenire che i compensi unitari differiscano con quelli stabiliti nel contratto di appalto.

Si aggiungeva che dall'analisi della suddivisione delle competenze di ciascun associata era emersa, da un lato, pur nella preponderanza dell'attività svolta dalla Cogebit, l'esecuzione di determinati lavori da parte della Saipem Italia S.p.a., mentre la Saipem provvedeva alla gestione e al coordinamento di tutte le attività operative e alla supervisione tecnica dei lavori: da tanto si desumeva che la mancata corrispondenza del prezzario trasfuso nel contratto di appalto (che teneva esclusivamente conto delle voci di spesa a contenuto tecnico o materiale) e la diversa ripartizione stabilite concordemente fra le imprese associate era giustificata, appunto, dalla considerazione degli apporti di natura concettuale forniti dalla Saipem. Veniva altresì escluso che la clausola in esame contravvenisse al divieto di subappalto, e che la regolamentazione dei rapporti da essa emergente confliggesse con il negozio di mandato collettivo che costituisce l'essenza dell'associazione temporanea fra imprese. Si affermava, infine, che non ricorrevano i presupposti per l'arricchimento senza causa, richiesto in via subordinata dalla curatela. Avverso tale decisione il fallimento Cogebit propone ricorso, affidato a quattro motivi, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso la Saipem spa, che propone ricorso incidentale, parimenti illustrato da memoria. La Cogebit resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2 - Deve preliminarmente disporsi la riunione dei ricorsi, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto proposti avverso la medesima decisione.

2.1 - Evidenti ragioni di priorità sul piano logico-giuridico impongono l'esame preliminare del ricorso incidentale, che propone la questione dell'inammissibilità dell'impugnazione del lodo, scaturendo l'attualità dell'interesse ad esso sotteso la fondatezza, di cui si dirà, del ricorso principale (Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 5023; Cass., 23 luglio 2010, n. 17284).

Il motivo, con il quale si deduce che, con l'impugnazione del lodo, sarebbero state investite questione di merito, rimesse all'apprezzamento degli arbitri, è infondato, avendo la Corte territoriale correttamente rilevato che - come del resto si vedrà in seguito - con l'impugnazione si deduceva essenzialmente che il lodo era affetto da nullità per inosservanza delle regole di diritto, sulla base dell'art. 829 c.p.c., u.c., nella formulazione applicabile *ratione temporis*.

2.2 - Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 406 del 1991, artt. 18, 22 e 23, della L. 19 marzo 1990, n. 55, art. 18, e degli artt. 1362, 1325, 1343, 1344, 1703 e 1704 c.c., in relazione all'art. 829 c.p.c., comma 2, e art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in relazione, rispettivamente, all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, ed, infine, violazione e falsa applicazione dell'art. 360 c.p.c., n. 4, e art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4.

Viene prospettata, essenzialmente, la nullità di un accordo interno in base al quale i corrispettivi vengano ripartiti in maniera difforme a quanto stabilito nel contratto di appalto, soprattutto in considerazione della mancata esecuzione, o parzialmente difforme, delle opere da parte di una delle imprese associate.

2.3 - Con il secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione delle medesime norme, sotto il profilo dell'omessa considerazione del rapporto di mandato che lega le imprese nell'ambito dell'associazione temporanea, dal quale discende sia l'obbligo dell'effettiva partecipazione, sia il diritto di ciascuna impresa di percepire il corrispettivo del contratto di appalto.

2.4 - La violazione delle suindicate norme, nel terzo motivo, viene prospettata in relazione ai divieti di subappalto.

3.- La questione inerente alla nullità della clausola con la quale viene stabilita, prospettata sia in relazione all'art. 1344 c.c., vale a dire quale negozio in frode alla legge, in quanto contrastante con gli aspetti essenziali dell'associazione temporanea di imprese, sia con riferimento alla svuotamento della causa del mandato collettivo che caratterizza tale fenomeno giuridico, sia in relazione alla disciplina specifica dell'appalto di opere pubbliche, è meritevole di positivo apprezzamento, sotto molteplici profili.

3.1 - Non può non venire in considerazione, in primo luogo, l'essenza giuridica dell'associazione temporanea di imprese, caratterizzata, secondo il prevalente indirizzo di questa Corte, da un vincolo associativo occasionale, temporaneo e limitato, costituito in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di opere pubbliche concesse in appalto, nel cui ambito non si realizza un centro autonomo di interessi, in quanto le singole imprese conservano la loro individualità, pur assumendo un rapporto di tipo unitario con la stazione appaltante, mediante il conferimento di un mandato collettivo alla c.d. capogruppo (Cass., 20 maggio 2010, n. 12422; Cass. 17 ottobre 2008, n. 25368; Cass. 17 settembre 2005, n. 18441; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1396).

L'introduzione nel nostro ordinamento della figura in esame e l'evoluzione del quadro normativo corrispondono all'esigenza di attuare fondamentali principi sanciti nel trattato dell'Unione Europea, come la libera prestazione dei servizi, la parità di trattamento e il divieto di discriminazione, offrendo alla pubblica amministrazione la possibilità di fruire di una serie di apporti più ampi e specializzati, ed alle singole imprese, soprattutto di dimensioni minori, di superare i limiti di natura tecnica e finanziaria posti per la partecipazione a gare di appalto per lavori che, complessivamente considerati, trascendano le loro capacità.

3.2 - Avuto riguardo al quadro normativo vigente all'epoca della costituzione dell'associazione temporanea in esame, viene in considerazione innanzitutto il D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, art. 22, che, nel consentire la partecipazione alle gare di appalto e alle concessioni ivi disciplinate anche alle "imprese riunite", espressamente qualifica il rapporto giuridico con riferimento al conferimento, prima della presentazione dell'offerta, di un mandato collettivo ad una di esse, denominata capogruppo, la quale esprime l'offerta in nome e per conto delle mandanti.

Sulla base di tale disciplina, ancora embrionale (in effetti viene in buona parte riprodotto la L. 8 agosto 1977, n. 584, art. 20), appare evidente come, anche in un'associazione di tipo orizzontale, vengano in considerazione aspetti inerenti alla trasparenza dell'appalto, nel senso che la pubblica amministrazione viene posta preventivamente in grado di conoscere i partecipanti alla gara e di effettuare le conseguenti valutazioni.

3.3 - Ma quel che maggiormente rileva, ai fini che qui interessano, è la circostanza che, al di là del fenomeno della rappresentanza, il rapporto giuridico che si instaura con le singole imprese associate non rimane privo della propria autonomia, che, per altro, è ribadito nel successivo comma 10, secondo cui il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali. Pur essendo prevista la possibilità di costituire una società fra le imprese riunite, appare evidente che, quando tale circostanza, come nel caso esaminato, non si verifichi, i rapporti fra le stesse imprese sono regolati dal negozio di mandato, che, per altro, non può risentire degli effetti di natura pubblicistica del contratto di appalto.

In tale quadro, una clausola stipulata successivamente alla conclusione dello stesso, con la quale si convenga una ripartizione dei corrispettivi difforme dalle previsioni del capitolato, appare assolutamente distonica rispetto al fenomeno rappresentativo sopra delineato e, quindi, priva di qualsiasi giustificazione causale, soprattutto quando si convenga, secondo l'opinione assolutamente dominante, che la riunione di imprese non determina la nascita di un nuovo soggetto giuridico.

3.4 - Si è così venuta a verificare, con il ricorso a stipulazioni succedutesi nel tempo, e mediante la previsione di una clausola assolutamente atipica, l'ipotesi del negozio complesso (per la distinzione fra collegamento negoziale e contratto unico, di tipo complesso, cfr. Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372; Cass., 18 luglio 2004, n. 14244; Cass., 20 aprile 2007, n. 9447), al quale, secondo un orientamento pressochè unanime, deve applicarsi la disciplina del contratto la cui funzione, nella combinazione degli elementi, è in concreto prevalente (Cass., 22 marzo 1999, n. 2261; Cass., 25 luglio 1984, n. 4346).

Orbene, gli elementi riconducibili al negozio non prevalente, nel rispetto dell'autonomia privata, non possono essere considerati privi di rilevanza giuridica, a condizione che non risultino incompatibili con la regolamentazione del contratto che funge da principale negozio di riferimento (Cass., 10 marzo 1979, n. 1494; Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199; Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150; Cass. 22 giugno 2005, n. 13399; Cass. 8 febbraio 2006, n. 2642; Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656). In assenza di un fenomeno di tipo societario, invero, il regolamento successivo della percezione dei corrispettivi dell'appalto, difforme dall'offerta e dal regolamento di interessi che scaturisce dal contratto concluso, tramite il mandatario, con la pubblica amministrazione, viene a realizzare una sorta di novazione della costituzione del raggruppamento, successiva non solo all'offerta, ma persino all'aggiudicazione, in palese violazione della disposizione contenuta nel D.Lgs. n. 406 del 1991, art. 22, comma 4, che, così innovando rispetto alla L. n. 584 del 1977 (che nulla prevedeva al riguardo), ha sancito espressamente il divieto del raggruppamento concomitante o successivo all'aggiudicazione.

Ove poi si consideri che tale variazione della distribuzione dei corrispettivi avviene nei soli rapporti interni, appare evidente come la clausola in esame, oltre alla evidenziata ed insanabile incongruenza della clausola con il rapporto di mandato che lega le imprese riunite, confligga, da un lato, con il carattere irrevocabile del mandato stesso, in quanto conferito in rem propriam, e, dall'altro, con il requisito della gratuità che gli è coesenziale.

3.5 - Non è che non veda, poi, come una diversa regolamentazione dei rapporti interni che nascono dal conferimento di un mandato collettivo non solo non trovi in tale assetto giuridico alcuna giustificazione, ma, nella misura in cui interferisce con un contratto concluso con la pubblica amministrazione, potrebbe determinare, ove ritenuta valida, notevoli incongruenze in sede applicativa. Nel caso, ad esempio, di fallimento dell'impresa mandante, l'inefficacia del pagamento effettuato alla capogruppo per effetto dello scioglimento del rapporto di mandato ai sensi del previgente art. 78 L. Fall., determina, in capo alla curatela, il diritto ad agire direttamente nei confronti della stazione appaltante, indipendentemente dai pagamenti dalla stessa già eseguiti (Cass., 30 luglio 2010, n. 17926). Nell'ipotesi, come quella in esame, di una regolamentazione interna dell'attribuzione dei corrispettivi difforme a quanto stabilito in sede di appalto, avremmo la possibilità di ottenere, in caso di fallimento, un pagamento diverso per le medesime prestazioni: mediante tale esemplificazione appare evidente il carattere indebito della locupletazione di talune imprese in danno di altre.

3.6 - Il riferimento della corte territoriale alla libertà negoziale prevista dall'art. 1322 c.c., appare, in considerazione di quanto evidenziato, assolutamente inidoneo a fondare un giudizio di legittimità, e di meritevolezza, della clausola in esame.

4 - Non possono omettersi di considerare, come già accennato, i profili di natura pubblicistica che sono sottesi alla disciplina dell'appalto in esame: primo fra tutti il principio dell'inefficacia di accordi modificativi delle prestazioni contrattuali successivi alla conclusione del negozio, quando le posizioni sono ormai cristallizzate (cfr., TAR Lazio, 25 agosto 2008, n. 7848; Cass., 7 agosto 1977, n. 7287, con la quale si è affermato che è affetto da nullità l'accordo interno fra le singole imprese in forza del quale taluna di esse viene esclusa dall'esecuzione dei lavori appaltati).

E' stato rilevato, a tal fine, che, pur nel silenzio della direttiva comunitaria n. 305 del 1971 e della menzionata L. n. 584, di attuazione della stessa, riguardo ai rapporti interni fra imprese riunite, deve ritenersi che un accordo siffatto sia idoneo a frustrare lo scopo principale della temporanea associazione, ravvisabile, nell'ipotesi di integrazioni orizzontali, nell'esigenza di assicurare attraverso il concorso degli apporti di tutte le imprese, il buon andamento e il risultato finale dei lavori appaltati, altrimenti compromessi dalla (presupposta) inadeguatezza dei mezzi tecnici e finanziari in possesso delle imprese singole, onde la mancata realizzazione di un siffatto scopo configura un'ipotesi di frode in danno dell'amministrazione committente per elusione di norme imperative con conseguente nullità dell'accordo costituente lo strumento per tale elusione. Tali principi, già presenti nell'ordinamento, hanno poi trovato esplicita sanzione nella L. 11 febbraio 1994, n. 109, art. 13, e nel D.Lgs. 13 aprile 2006, n. 163, art. 37.

4.1 - Sotto tale profilo, il rilievo che viene normalmente attribuito alla necessità che i lavori vengano effettivamente svolti secondo le indicazioni fornite prima dell'aggiudicazione, corrisponde all'esigenza, in capo all'amministrazione, di conoscere le quote facenti capo a ciascuna imprese, anche al fine di valutare le rispettive capacità tecniche e finanziarie.

Nell'ambito della pur sussistente autonomia che caratterizza i distinti rapporti di ciascuna impresa associata con la stazione appaltante, la modificazione successiva dei corrispettivi, sia pure con rilevanza interna, non trova, quindi, alcuna giustificazione, confliggendo altresì con il consolidato principio dell'immodificabilità del prezzo nell'appalto pubblico, sancito, *ratione temporis*, dalla L. 28 febbraio 1986, n. 41, art. 33 (Cass., 13 maggio 1997, n. 4181; Cass., 14 novembre 2003, n. 17199; Cass., Sez. un., 5 aprile 2007, n. 8519; Corte cost., 28 dicembre 2006, n. 447). Non può sottacersi, per altro, la violazione del divieto di subappalto, soprattutto quando alla modifica dei corrispettivi si associ una diversa ripartizione delle quote delle opere da eseguire.

5 - Alla luce delle considerazioni che precedono, il tentativo di dimostrare la corrispondenza ai corrispettivi previsti dall'appalto del c.d. "Allegato B", di per sé, in quanto invalido, privo di qualsiasi efficacia, non può essere assecondato. Il tema fondamentale che la presente vicenda processuale pone, anche in base alle affermazioni contenute nell'impugnata decisione, consiste nella possibilità, per le imprese riunite al fine di partecipare a un appalto pubblico, di convenire, successivamente all'aggiudicazione, una ripartizione dei corrispettivi che non trovi riscontro nel contratto di appalto, ma scaturisca da un accordo interno, al quale la pubblica amministrazione rimanga estranea.

La risposta negativa a tale quesito, che costituisce il fondamentale principio di diritto da applicarsi nel caso scrutinato, comporta il superamento della mera *quaestio facti*, sulla quale la corte territoriale ha indugiato, circa i limiti di partecipazione di ciascuna impresa all'esecuzione dell'appalto, con compiti che non trovano corrispondenza nelle originarie previsioni contrattuali.

Benvero il corollario del suesposto principio consiste nell'affermazione del diritto dell'impresa mandataria ricorrente ad ottenere, sulla base delle opere effettivamente eseguite in conformità al contratto di appalto, i corrispettivi corrispondenti a quanto in esso previsto.

6 - Il quarto motivo, attinente al diniego di disporre consulenza tecnica d'ufficio, è assorbito, dovendosi comunque tale istanza ricondurre in una eventuale fase rescissoria.

7 - L'impugnata decisione, pertanto, deve essere cassata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla corte di appello dell'Aquila, che applicherà gli esposti principi, provvedendo, altresì, al regolamento delle spese processuali relative al presente grado del giudizio.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; accoglie il principale, rigetta l'incidentale. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello dell'Aquila, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 29 settembre 2011.

Depositata in Cancelleria il 23 gennaio 2012.