

# BREVI NOTE IN TEMA DI FALLIMENTO DELL'APPALTATORE DI OPERE PUBBLICHE E CESSIONE DEI CONTRATTI DI OPERE PUBBLICHE

di Michele Cozzio

## *Premessa*

Le notazioni che seguono hanno come obiettivo quello di chiarire, da un punto di vista operativo, gli effetti che una sentenza di fallimento produce sui contratti di appalti pubblici in corso di esecuzione (1).

Il tema affronta, in particolare, i seguenti argomenti: lo scioglimento del contratto, la sostituibilità dell'appaltatore fallito, il ruolo del curatore fallimentare.

E' altresì oggetto di trattazione la disciplina prevista per la cessione dei contratti di lavori pubblici, intesa sia come fattispecie autonoma (cessione di contratto d'appalto), sia come fattispecie conseguente alla cessione di ramo aziendale.

## **I. Fallimento e appalti pubblici**

### *La normativa applicabile*

Un primo aspetto da definire riguarda la normativa applicabile.

L'art. 81 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (cd. Legge fallimentare) dispone che il fallimento di uno dei contraenti determina lo scioglimento *ipso iure* del

---

<sup>1</sup> Si sono occupati dell'argomento sotto molteplici profili APRILE F., *Effetti sostanziali dello scioglimento di appalto e chiusura del fallimento* (nota a Cass., sez. I, 9 luglio 1999 n. 7203, Soc. Otis c. Soc. Impruneta costruz.), in *Fallimento* 2000, II, 759; CELLE P., *Cenni sulla legge regolatrice degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti* (nota a sent. Trib. Genova 18 maggio 1988, Compagnia oceanica Bret c. Fallimento Medafrica Line), in *Dir.maritt.* 1989,276; CHINDEMI D., *Fallimento dell'appaltatore: garanzie assicurative ed effetti del fallimento sulla polizza fideiussoria a garanzia di appalti pubblici*, in *Nuova giur. civ. commentata* 1999, II, 143; COSTANZA M., *L'azione ex art. 1676 codice civile in caso di fallimento dell'appaltatore* (nota a Cass., sez. lav., 10 marzo 2001 n. 3559, Fall. soc. Itapulimento c. Savi e altro), in *Fallimento* 2002, I, 31; DEL ZILIO M., *Lo scioglimento del contratto di appalto di opera pubblica* (osservaz. a Trib. Milano 11 dicembre 2000, Com. Padova c. Fall. soc. Ecologia), in *Fallimento* 2001, f. 23, 1051; FINARDI D., *Esecuzione del contratto d'appalto e risarcimento del danno del committente* (nota a Cass., sez. I, 25 novembre 1998 n. 11942, Li Muli c. Giamberduca), in *Fallimento* 1999, II, 1104; MUSOLINO G., *L'incidenza del fallimento sul contratto di appalto*, in *Riv. trim. appalti* 2001, f. 23, 499; PLENTEDA D., *Pubblici appalti e fallimento* (nota a App. Palermo 30 marzo 1999, Fall. Lo Galbo c. Com. Palermo), in *Fallimento* 2000, II, 182; VELLANDI E., *Fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche e condizioni per il diritto della Pubblica Amministrazione al risarcimento dei danni* (nota a Trib. Treviso 3 giugno 1999, Prov. auton. Bolzano c. Fall. soc. LEIS), in *Foro padano* 2000, I, 444; VIRGA G., *Il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche*, *Vita not.* 1991, 862.

contratto di appalto (fra privati), senza operare alcuna distinzione fra appalti di lavori e di servizi.

Lo stesso articolo, al terzo comma, in deroga alla previsione sopra citata, stabilisce che nel caso di appalti di opere pubbliche trovano applicazione le norme di settore (2).

La Provincia di Trento ha competenza legislativa primaria in materia di *lavori pubblici di interesse provinciale* (ex art. 8, n. 17 Statuto Speciale per il Trentino Alto – Adige). Di conseguenza, nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore di opere commissionate dalla Provincia o da altre amministrazioni aggiudicatrici locali (es. comuni, comprensori, aziende, agenzie, organismi pubblici strumentali e funzionali, ogni organismo di diritto pubblico) si dovrebbe fare riferimento alla legge provinciale 10 settembre 1993 n. 26 recante *Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti* e al regolamento attuativo, adottato con decreto del Presidente della Giunta provinciale 30 settembre 1994, n. 12-10/Leg.

Invero, nè la l.p. 26/1993 nè il successivo regolamento di attuazione prendono in considerazione l'ipotesi del fallimento dell'impresa aggiudicataria e, più in generale, si limitano a rinviare “*per quanto non espressamente disposto*” alle disposizioni statali vigenti in materia di lavori pubblici (art. 64, l.p. 26/1993).

Il quadro normativo di riferimento risulta quindi costituito da:

- regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e s.m. *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa* (cd. l. Fallimento) art. 81
- legge 20 marzo 1865, n. 2248 *Legge sui lavori pubblici* (All. F), artt. 340 e 345
- legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, art. 10, comma 1-ter
- D.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 *Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109*, artt. 118 e 119 (3)

#### *Scioglimento del contratto di appalto pubblico*

Come detto, l'art. 81 legge Fall. stabilisce che il contratto di appalto fra privati è risolto a fronte del fallimento di una delle parti. Tale evenienza determina lo scioglimento del contratto salvo che, come precisa la norma, il curatore fallimentare eserciti la facoltà di subentrare nel rapporto.

In ogni caso, stabilisce ancora l'art. 81, secondo comma, legge Fall., la prosecuzione del rapporto da parte del curatore non è consentita “*quando la considerazione dell'imprenditore è stato un motivo determinante del contratto*”.

---

<sup>2</sup> Vedi norme richiamate *infra* in questo paragrafo.

<sup>3</sup> Per completezza si riporta anche il riferimento al Regio decreto 25 maggio 1895, n. 350 (pubblicato in Gazz. Uff., 8 giugno, n. 135) recante il *Regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici*, ora abrogato dall'art. 231, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554.

Nel caso degli appalti pubblici le norme di settore non disciplinano l'ipotesi del fallimento dell'appaltatore; ad essi, quindi, si applica ancora l'art. 81 legge Fall., con la precisazione che, in questo caso, allo scioglimento del contratto non si accompagna la possibilità del curatore di optare per la prosecuzione del rapporto (4). Tale orientamento, largamente condiviso in dottrina (5), trova conferma nella giurisprudenza che, in più occasioni, ha stabilito come, ai sensi dell'art. 81 l. Fall. "il contratto di appalto di opere pubbliche si sciogla ope legis per effetto del fallimento dell'appaltatore" (6).

Sul problema dello scioglimento del contratto di opere pubbliche quale conseguenza *ipso iure* della dichiarazione di fallimento è opportuno svolgere alcune precisazioni. Secondo la normativa nazionale previgente, segnatamente l'art. 9 del *Capitolato generale degli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici*, r.d. 350/1895 (7), l'appaltatore, all'atto della stipulazione del contratto, doveva indicare un supplente, il quale, in caso di fallimento, sarebbe potuto subentrare a titolo di obbligato principale nel rapporto con l'Amministrazione. La norma faceva comunque salva la facoltà per l'Amministrazione di non proseguire il rapporto, rimanendo obbligata a pagare l'imprenditore per la parte di lavoro correttamente eseguita, senza obbligo di versare ulteriori indennizzi.

Il fallimento, dunque, non operava quale causa di scioglimento *ipso iure* del contratto, posto che l'Amministrazione poteva decidere di portare a termine il contratto con il supplente.

Il nuovo Regolamento (D.P.R. 554/1999) di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici (l. 109/1994, cd. legge Merloni) ha abrogato il r.d. 350/1895 senza tuttavia disporre alcunchè riguardo la nomina obbligatoria del supplente.

Sul punto l'art. 10, comma 1-ter, legge Merloni (8) stabilisce soltanto che le amministrazioni appaltanti, in caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'appaltatore, possono riservarsi nel bando la facoltà di interpellare il secondo classificato al fine di stipulare un nuovo contratto alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta e, in caso di fallimento del secondo classificato, la possibilità di interpellare il terzo classificato (in tal caso il nuovo contratto è stipulato alle condizioni economiche offerte dal secondo classificato).

---

<sup>4</sup> Sul punto vd. *infra* paragrafo successivo.

<sup>5</sup> BAVETTA G., *Il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche*, in *Dir. fall.*, 1964, I, 226; GIANNATTASIO, *Appalto*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXIV, II, Milano, 1977, 295; DE TILLA, *L'appalto privato e pubblico*, Milano, 1996, I, 612; RAGUSA MGGIORE G., *Diritto Fallimentare*, Napoli, II, 1974.

<sup>6</sup> Sentenza del Tribunale Roma, 19 aprile 2002 in *Giur. romana* 2003, 76; in senso conforme Tribunale Treviso, 3 giugno 1999 in *Foro Padano* 2000, I, 440; Tribunale Torino, 1° dicembre 1987, in *Giur. it.* 1988, I, 2, 254; Appello Palermo 30 marzo 1999, in *Fallimento* 2000, II, 182; Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 1991 n. 2052, in *Giust. civ. Mass.* 1991, II

<sup>7</sup> Vd. *infra* nota 3.

<sup>8</sup> Come modificato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 recante *Modifiche alla l. 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*.

In conclusione, il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche determina sempre lo scioglimento del contratto di appalto pubblico, mentre resta salva per l'amministrazione appaltante la possibilità, laddove contrattualmente prevista, di interpellare il secondo (ed eventualmente il terzo) classificato per la stipula di un nuovo contratto, finalizzato al completamento dei lavori.

#### *La sostituzione dell'appaltatore fallito e il ruolo del curatore*

L'art. 81, secondo comma, legge Fall., condiziona lo scioglimento del contratto di appalto fra privati al mancato esercizio del *diritto di subentro* del curatore. Più precisamente, la norma riconosce al curatore, sentito il comitato dei creditori e previa autorizzazione del giudice delegato, la facoltà di richiedere la prosecuzione del rapporto, dandone comunicazione all'altra parte nel termine di 20 giorni dalla dichiarazione del fallimento e offrendo idonee garanzie.

Tale facoltà, per altro, non può essere esercitata e, conseguentemente, la prosecuzione del rapporto fuoriesce dalla disponibilità del curatore laddove le qualità dell'appaltatore siano state determinanti per la conclusione del contratto (cd. requisito dell'*intuitus personae*) (art. 81, secondo comma, legge Fall.).

Negli appalti di opere pubbliche - secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente - la natura del contratto, fondato sull'*intuitus personae* (9), porta a escludere la facoltà di subentro nel rapporto da parte del curatore (10).

L'elemento personale nell'appalto pubblico emerge soprattutto nella fase di selezione dell'appaltatore che avviene attraverso l'espletamento di procedure concorsuali in cui costituiscono elementi di valutazione l'iscrizione in albi speciali, il possesso di caratteristiche strutturali, organizzative e gestionali ecc. (11). Ciò vale

<sup>9</sup> In tal senso decisione del Consiglio di Stato, sez. II, 3 febbraio 1993, n. 53; Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1995, n. 761 nella quale si evidenzia che "sia la normativa comunitaria che quella italiana hanno previsto minuziose disposizioni volte ad accertare le qualità personali dell'appaltatore, sotto il profilo tecnico e morale ai fini della sua ammissione alle gare"; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 2003 n. 4151; TAR Lombardia Brescia, 7 aprile 1998, n. 289.

*Contra*, ma in posizione minoritaria, escludono la natura personale del contratto di appalto TAR Puglia, sez. Lecce, sez. II, 11 febbraio 1994, n. 104, TAR Puglia, sez. Lecce, sez. II, 7 aprile 1997, n. 242, TAR Abruzzo L'Aquila, 25 ottobre 1996, n. 563.

<sup>10</sup> In linea con questo orientamento si pone fra gli altri (cfr. nota 10) PLENTEDA D., *Pubblici appalti e fallimento*, op. loc. cit., il quale riconosce che il rapporto di appalto di opere pubbliche finisce per spostarsi dalla categoria dei contratti con ipotesi di scioglimento alternativa alla prosecuzione, a quella dei contratti in cui il fallimento opera in via immediata e definitiva lo scioglimento (artt. 76, 77 e 78 legge fallimentare).

<sup>11</sup> In questi termini si esprimono COSTANZA, *Il Contratto di appalto*, atti del *Convegno nazionale sulle procedure concorsuali*, Bologna 5-6 giugno 1998, Milano, 119, il quale rileva che le opere pubbliche generalmente sono di lunga durata e sono destinate ad essere garantite dall'appaltatore per un arco temporale che presuppone la solidità dell'impresa; PLENTEDA D., *Pubblici appalti e fallimento*, op. cit., MUSOLINO G., *L'incidenza del fallimento sul contratto di appalto*, in Riv. Trim. App., 2001, n. 3, 499; DEL ZILIO M., *Lo scioglimento del contratto di appalto di opera pubblica* (osservaz. a Trib. Milano 11 dicembre 2000, Com. Padova c. Fall. soc. Ecologia) in *Fallimento* 2001, f. 23, 1051; TASSONE F., *La sorte del contratto di appalto di lavori pubblici in corso di esecuzione in caso di fallimento dell'imprenditore aggiudicatario*, accessibile al sito <http://www.comuni.it>, il quale

anche nei casi di affidamento diretto dei lavori (*id est* senza gara), posto che la scelta dell'imprenditore avviene, di norma, fra quelli inseriti in appositi elenchi (che garantiscono il possesso di determinati requisiti da parte dell'impresa iscritta).

A fronte del fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche l'intrasmissibilità del rapporto contrattuale non è motivata dall'assenza in capo al curatore delle capacità tecniche ed economiche già accertate nell'appaltatore (12) quanto, piuttosto, dalla natura dell'*intuitus personae* riconosciuta all'appalto pubblico e, conseguentemente, dall'applicazione del secondo comma dell'art. 81 l. Fall., a mente del quale, "*la prosecuzione del rapporto non è consentita nel caso di fallimento dell'appaltatore, quando la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto*".

La natura personale dell'appalto di opere pubbliche e il conseguente divieto di subentro da parte del curatore trova preciso ancoraggio normativo nell'art. 18, comma 2, l. 19 marzo 1990 n. 55 che impone all'appaltatore di eseguire personalmente i lavori e vieta cessioni o sostituzioni di qualunque tipo e a qualunque titolo (13).

Di uguale avviso è quella giurisprudenza secondo cui "*nel contratto di appalto di opere pubbliche la prosecuzione del rapporto non è consentita in caso di fallimento dell'appaltatore sia perché trattasi di contratto "intuitus personae", in cui costituisce motivo determinante la persona dell'appaltatore, sia perché il sub-ingresso del curatore è generalmente vietato dalla legge*" (14).

### *Scioglimento, recesso e risoluzione del contratto di appalto pubblico*

---

rileva come gli argomenti impiegati dalla dottrina per dimostrare la natura fiduciaria dell'appalto di opere pubbliche provano "*non tanto che la persona dell'appaltatore ha costituito motivo determinante del contratto, quanto il fatto che il curatore non possiede i requisiti ed i mezzi necessari per continuare l'opera dell'appaltatore*". Ad esempio, è stato rilevato che il curatore non era in possesso della necessaria iscrizione all'A.N.C. prevista per l'assunzione di opere pubbliche. Secondo l'autore tali argomenti escludono *ex se* la possibilità per il curatore di subentrare nel rapporto contrattuale, ma dimostrano non già che la persona dell'appaltatore ha costituito motivo determinante della conclusione del contratto, bensì che il curatore non è in grado di fornire le "idonee garanzie" richieste genericamente dal 1° comma dell'art. 81 l. Fall..

<sup>12</sup> Sostiene quest'orientamento TASSONE F., *La sorte del contratto di appalto di lavori pubblici in corso di esecuzione in caso di fallimento dell'imprenditore aggiudicatario*, op. loc. cit.

Sul punto va osservato che qualora il curatore risultasse idoneo (tecnicamente e finanziariamente) alla prosecuzione del rapporto con l'Amministrazione committente, il relativo subentro nel contratto avverrebbe al di fuori del rispetto del principio della *par condicio* delle altre imprese e curatori idonei, rilevando così un difetto passabile di sindacabilità da parte dei giudici.

<sup>13</sup> L'art. 18, comma 2, l. 55/1990 dispone infatti che "*le imprese, le associazioni, i consorzi aggiudicatari sono tenuti a eseguire in proprio le opere o i lavori compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità*"; fino all'approvazione del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 anche la previsione di cui all'art. 339 l. 2248/1865, all. F costituiva espressione del divieto di cessione del contratto pubblico, come pure quella di cui all'art. 347, a mente della quale l'appaltatore deve condurre personalmente i lavori.

<sup>14</sup> Decisione del Tribunale di Roma del 14 maggio 2000, ma vedi anche Tribunale Milano 11 dicembre 2000, cit., e più diffusamente *supra* nota 6..

Lo scioglimento del contratto di appalto pubblico per fallimento dell'appaltatore è fattispecie che va tenuta distinta sia dall'ipotesi di recesso prevista a favore della pubblica amministrazione dagli artt. 340 e 345 legge 20 marzo 1865, n. 2248 *Legge sui lavori pubblici*, All. F, sia dalle ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento, nei casi indicati dagli artt. 118 e 119 D.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (15).

Lo scioglimento del contratto per fallimento differisce dalla risoluzione, tanto sotto il profilo dei presupposti, laddove il primo interviene *ipso iure* senza che ricorra l'inadempimento dell'appaltatore, quanto, in modo sostanziale, sotto il profilo degli effetti risarcitori.

Il fallimento, infatti, agisce quale causa di scioglimento del contratto e ne fa cessare l'efficacia "*ex nunc*" (non già retroattivamente) obbligando l'amministrazione committente a corrispondere al curatore il solo corrispettivo per i lavori eseguiti. Nel mentre viene meno la possibilità per l'amministrazione di formulare istanze risarcitorie nei confronti della massa fallimentare, non costituendo il fallimento causa di inadempimento (16).

In altri termini, la sentenza dichiarativa di fallimento non è fonte di responsabilità per il fallito (17) e, non avendo il carattere del fatto illecito nè la funzione di

---

<sup>15</sup> Più precisamente l'art. 118 D.P.R. 554/1999 configura un'ipotesi di risoluzione potestativa del contratto, a favore della pubblica amministrazione, quando nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta: a) l'emanazione di un provvedimento definitivo ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 sulle *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*, b) sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro. In questi casi il responsabile del procedimento valuta, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto. Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

L'art. 119 D.P.R. 554/1999 prefigura i casi di *risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo*, i quali ricorrono quando: il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore.

Verificandosi tali circostanze il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto.

<sup>16</sup> In senso conforme Tribunale Milano 11 dicembre 2000, secondo cui "*lo scioglimento del contratto di appalto, a seguito della dichiarazione di fallimento presuppone la pendenza del rapporto negoziale e costituisce un fenomeno diverso dalla risoluzione; non è fondato sull'inadempimento, opera con effetti "ex nunc" e non fa sorgere alcuna pretesa di danno*".

<sup>17</sup> Sul punto cfr. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 570, il quale osserva che la qualificazione del fallimento doloso e fallimento colposo non rileva nè sul piano processuale, nè su quello della responsabilità patrimoniale, vigendo il principio della non responsabilità per lapropria dichiarazione di fallimento.

accertarlo, non può produrre danno risarcibile, atteso che “*l’inadempimento non deriva dalla volontà dell’obligato, ma dalla legge, che, spossessando il fallito, gli preclude la possibilità di eseguire le prestazioni, a differenza dello stato di insolvenza non seguito dal fallimento, in cui è l’inadempimento, in quanto tale, a determinare l’obbligo risarcitorio*” (18).

Per quanto riguarda gli effetti che scaturiscono dalla dichiarazione di fallimento si osserva che l’amministrazione appaltante può chiedere la risoluzione del contratto e far seguire eventuali pretese risarcitorie solo se l’avvio del relativo procedimento amministrativo (cd. rescissione in danno dell’esecutore inadempiente) è avvenuto prima della dichiarazione di fallimento.

Dal momento del fallimento le situazioni giuridiche facenti capo al fallito si cristallizzano e, solo in caso di avvio dell’azione rescissoria/risarcitoria precedente al fallimento, la pretesa dell’amministrazione è acquisita al patrimonio del contraente e risulta opponibile al fallimento.

Sul punto si richiama, fra le molte (19), la sentenza della Cassazione civ., sez. I, dell’11 ottobre 1994 n. 8295 secondo cui “*a differenza dello scioglimento del contratto di appalto, che si verifica a seguito del fallimento dell’appaltatore, ai sensi dell’art. 81 l. fall., da quale non consegue alcun diritto al risarcimento dei danni a favore dell’ente committente, la risoluzione di tale negozio per inadempimento dell’appaltatore e l’esercizio della relativa azione giudiziale prima dell’apertura della procedura concorsuale legittimano la pretesa risarcitoria e l’incameramento della cauzione prestata*”.

La giurisprudenza di legittimità (20) ha altresì precisato che l’avvenuta dichiarazione del fallimento non preclude comunque la possibilità per l’amministrazione di chiedere la risoluzione del contratto per l’inadempienza pregressa, purchè il relativo procedimento sia iniziato prima del fallimento (21).

## **II. Trasmissibilità dei contratti di appalti pubblici - cenni**

### *Il quadro normativo*

Per effetto della sentenza di fallimento l’imprenditore fallito è spossessato dei propri beni, di cui perde l’amministrazione e la disponibilità, mentre spetta al curatore

<sup>18</sup> PLENTEDA D., *Pubblici appalti e fallimento*, op. loc. cit. 182 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. Cassazione civile, sez. Un., 16 novembre 1999, n. 775; Cassazione civile, sez. I, 26 febbraio 1991, n. 2052; Corte d’Appello Palermo 30 marzo 1999, in *Gius.*, 1999, 1621; Tribunale di Roma, 19 aprile 2002, in *Giur. romana* 2003, 76.

<sup>20</sup> Cfr. Cassazione civile 251/1970.

<sup>21</sup> Dal Zilio M., *Lo scioglimento del contratto di appalto di opera pubblica* (osservaz. a Trib. Milano 11 dicembre 2000, Com. Padova c. Fall. soc. Ecologia), in *Fallimento* 2001, f. 23, 1051, riconosce che la *ratio* di un simile orientamento si fonda su esigenze di protezione dell’interesse pubblico, per cui “*non si vuole addossare alla p.a., che si sia diligentemente attivata con gli strumenti che le sono propri, il rischio di veder dichiarato il fallimento della controparte nell’arco di tempo necessario alla conclusione del procedimento*”.

fallimentare subentrare nella gestione del patrimonio del fallito sotto la direzione del giudice delegato.

Fanno eccezione a questa regola i contratti relativi alle opere pubbliche che, in ragione della loro natura, non sono trasmissibili, non rientrano nella disponibilità del curatore e si sciolgono *ope legis*. Rimane salva, comunque, la facoltà, per l'amministrazione appaltante che l'abbia contrattualmente prevista, di interpellare il secondo classificato al fine di stipulare un nuovo contratto e portare a termine i lavori.

Al di fuori dei casi in cui intervengono dichiarazioni di fallimento, sussistono rigidi vincoli alla trasferibilità dei contratti di appalti pubblici. In questa sede sono prese in considerazione le ipotesi della cessione del contratto di opere pubbliche e della cessione del contratto di opere pubbliche a seguito di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda (22).

Il quadro normativo di riferimento è costituito principalmente dalla disciplina civilistica di cui agli artt. 1406 ss. (*della cessione del contratto*) e 2555 e ss. (*dell'azienda*) del codice civile, nonché dalla normativa di settore, segnatamente:

- legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, art. 35
- legge 19 marzo 1990, n. 55 e s.m. *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*, art. 18

#### *La cessione del contratto di appalto di opere pubbliche*

L'art. 18, comma 2, l. 55/1990 stabilisce che l'appaltatore è tenuto a eseguire in proprio le opere o i lavori commissionati dall'amministrazione e precisa altresì che il contratto non può essere ceduto a pena di nullità.

La norma, insomma, priva l'appaltatore della possibilità di disporre autonomamente del contratto e risponde alla *ratio* di salvaguardare l'interesse della pubblica amministrazione appaltante la quale, essendo obbligata ad agire nello stretto rispetto del principio di legalità non può accettare la modifica del contraente senza aver

---

<sup>22</sup> In questa sede non viene approfondito il tema della successione del contraente nelle fasi preliminari all'aggiudicazione che, per specificità e l'ampiezza, richiede maggior spazio; solo si osserva che l'argomento è oggetto delle recenti decisioni Consiglio di Stato sez. V, 10 febbraio 2004, n. 487; Consiglio di Stato sez. V, 24 aprile 2002, n. 2208; TAR Calabria Reggio Calabria, 12 febbraio 2004, n. 141; TAR Sardegna Cagliari, 7 febbraio 2003, n. 156; TAR Umbria decisione dd. 18 giugno 2003, Elettronica Biomedicale Srl contro Azienda Ospedaliera di Perugia; TAR Sardegna Cagliari, 29 agosto 2003, n. 1047 secondo cui dall'applicazione della normativa di settore e, segnatamente l'art. 35 l. Merloni, va estrapolato il principio per il quale "*nel contrasto tra l'interesse dell'amministrazione a non subire la modifica del contraente e quello del cessionario di azienda a subentrare in tutti i rapporti che ad essa fanno capo, prevale quest'ultimo interesse, a condizione che l'amministrazione possa sempre verificare il possesso dei requisiti soggettivi del cessionario*".



verificato che lo stesso risponda alle caratteristiche di moralità e agli altri requisiti previsti dalla legge (23).

Sul punto l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che il divieto di cessione dei contratti per la realizzazione di opere pubbliche posto dall'art. 18, comma 2, l. 55/1990 impedisce ogni forma di sostituzione della qualità di contraente, non solo laddove ciò sia espressamente previsto, ma anche quando sia conseguenza sostanziale di un determinato agire. Più precisamente, è stato dichiarato che, per effetto dell'art. 18, comma 2, l. 55/1990 è vietata *“la cessione non solo come "nomen iuris" di uno specifico schema contrattuale, bensì come effetto giuridico che si verifica quando vi è comunque successione di un terzo in un contratto preesistente”* (24).

E' altresì significativa la decisione del Consiglio Stato, sez. V, 13 maggio 1995, n. 761 secondo la quale la nullità comminata dall'art. 18 l. 55/1990 *“disciplina unitariamente tutto il fenomeno della sostituzione soggettiva della persona dell'appaltatore, per evitare la fungibilità e l'ambulatorietà della relativa posizione, di talché la predetta nullità è comminata non solo per la cessione del contratto come negozio tipico regolato, con il suo "nomen iuris", dagli art. 1406 ss., c.c., ma pure per ogni effetto di qualunque altro contratto (...) in base a ciò ed alla ricostruzione sistematica delle norme in materia di appalti pubblici, i relativi contratti hanno sempre natura personale e non possono essere lecitamente ceduti a qualunque terzo, per cui il contratto di cessione è sempre nullo indipendentemente dal "nomen iuris" che esso può assumere e, in ogni caso, non produce alcun effetto sull'appalto aggiudicato”*.

*La cessione del contratto di appalto di opere pubbliche a seguito di trasferimento di azienda o di ramo aziendale*

La trasferibilità del contratto di appalto assume rilevanza anche nelle ipotesi di cessione di azienda o di ramo aziendale (25).

---

<sup>23</sup> *Obiter dicta* nella decisione del TAR Sardegna Cagliari, 7 febbraio 2003, n. 156; TAR Lombardia Brescia, 7 aprile 1998, n. 289, richiamandosi ad un parere del Consiglio di Stato, II, 3 febbraio 1993 n. 53, afferma che *“la ratio del divieto di cessione del contratto, contenuto nella normativa antimafia, consiste, infatti, nell'impedire che l'amministrazione possa pronunciarsi in ordine a richieste di mutamento del contraente, il quale deve necessariamente essere scelto al termine di un procedimento concorsuale, volto a consentire la più ampia partecipazione di imprese e ad individuare il soggetto meglio qualificato”*.

<sup>24</sup> In tal senso T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 7 ottobre 1997, n. 2471; T.A.R. Molise, 29 gennaio 2001, n. 11; Consiglio Stato, sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754; Consiglio Stato, sez. II, 3 febbraio 1993, n. 53, secondo cui *“l'art. 18 comma 2 l. 19 marzo 1990 n. 55, come modificato dall'art. 22 l. 12 luglio 1991 n. 203, pone un divieto assoluto della cessione del contratto di appalto di opere pubbliche, sia per effetto di un negozio diretto sia a causa di un negozio indiretto”*; TAR Lombardia Brescia, 7 aprile 1998, n. 289.

<sup>25</sup> Sul tema vedi anche CARBONE P. A., *Cessione del ramo d'azienda e opere pubbliche*, Riv. trim. ppalti 1995,I, 23; DE LUCA F., *Cessione ramo di azienda e successione nel contratto di appalto: brevissime considerazioni*, Riv. trim. appalti 1999,I, 397.

Tale fattispecie trova precisa regolamentazione nell'art. 2558 c.c. recante la disciplina della “*successione nei contratti*” di azienda.

La norma stabilisce che, salvo diversa pattuizione, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale, mentre è fatta salva la facoltà per il terzo contraente (ceduto) di recedere dal contratto entro tre mesi, purchè sussista una giusta causa (art. 2558, comma 2, c.c.).

E' quindi un effetto naturale della cessione di azienda l'automatico trasferimento di tutti i contratti a prestazioni corrispettive, in cui non rileva il carattere personale (26). In tal senso, come rileva la giurisprudenza prevalente (27), il disposto dell'art. 2558 c.c. impedisce il trasferimento degli appalti pubblici a seguito della cessione, posto che: il contratto di appalto pubblico ha natura personale (28) e sussiste, in ambito pubblicistico, un generale principio di immutabilità del contraente della Pubblica amministrazione in assenza di valutazione dei requisiti.

L'automatico subentro del cessionario (per effetto dell'art. 2558 c.c.) costituirebbe elemento di rottura con l'intera disciplina dei pubblici appalti, dal momento che l'impresa cessionaria potrebbe subentrare nei contratti anche senza essere mai stata valutata dall'amministrazione, aggirando in questo modo non solo la normativa antimafia, ma tutta la disciplina che regola la *par condicio* tra i partecipanti delle gare (29).

La previsione di cui all'art. 2558 c.c. è rafforzata dalla disciplina di settore.

Più precisamente, l'art. 35 l. Merloni, che è rubricato “*Fusioni e conferimenti*”, disciplina gli effetti della cessione d'azienda nei confronti dell'amministrazione appaltante, stabilendo che “*le cessioni di azienda (...) non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice fino a che il cessionario (...) non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste (...) e non abbia documentato il possesso dei requisiti previsti (...)*”.

Lo stesso articolo, al secondo comma, prevede che “*nei sessanta giorni successivi l'amministrazione può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti*”.

<sup>26</sup> In questi termini Cass. civ., 19 giugno 1996, n. 5636 e Cass. civ. 5 maggio 1995 n. 4873, secondo cui, nel caso di trasferimento di azienda, qualunque sia la forma giuridica adottata, il cessionario succede, sulla base di una cessione *ex lege*.

<sup>27</sup> Vd. Consiglio di Stato, sez. II, 3 febbraio 1993 n. 53 secondo cui “*i contratti di appalto di opere pubbliche sono stipulati "intuitus personae"; pertanto, tali contratti, avendo carattere personale, sono esclusi, a norma dell'art. 2558 c.c., dalla successione dei contratti conseguente alla cessione di azienda*”; Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1995 n. 761; TAR Lombardia Brescia, 7 aprile 1998, n. 289; TAR Sardegna Cagliari 7 febbraio 2003 n. 156. *Contra* ma in posizione minoritaria si pone quell'orientamento giurisprudenziale che propende per l'estensione della norma anche agli appalti pubblici, cfr. Vd. TAR Puglia Lecce, sez. II, 7 aprile 1997, n. 142; TAR Abruzzo L'Aquila, 25 ottobre 1996, n. 563.

<sup>28</sup> Sul punto si rinvia a quanto già detto nella prima parte del presente lavoro.

<sup>29</sup> *In terminis* TAR Lombardia Brescia, 7 aprile 1998, n. 289.

In altri termini, la norma rende possibili, ai fini dell'esecuzione dell'appalto, le trasformazioni soggettive dell'impresa appaltatrice, purchè l'amministrazione verifichi nel 'nuovo soggetto' il mantenimento dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara e all'aggiudicazione.

E' agevole osservare che la previsione dell'art. 35 l. Merloni appare in con l'art. 18 l. 55/1990, disponendo quest'ultimo la nullità della cessione del contratto di appalto pubblico. Sul punto è opportuno svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, va rilevato che le due norme pur presentando elementi in comune sono riconducibili a fattispecie distinte: nella cessione d'azienda, infatti, il trasferimento dei contratti tra cedente e cessionario è solo uno degli effetti del contratto il cui oggetto principale è appunto il trasferimento dell'azienda (o di un suo ramo); nella cessione del contratto, invece, il trasferimento del contratto costituisce l'oggetto stesso del negozio.

In secondo luogo, si osserva che le due disposizioni sono state oggetto di interpretazioni contrastanti da parte della giurisprudenza che, ancor oggi, non hanno trovato univocità di soluzione.

In tal senso un primo orientamento ritiene che il divieto di cessione di un contratto di opere pubbliche, previsto dall'art. 18 l. 55/1990, sia norma di carattere eccezionale, come tale non riconducibile in via estensiva e analogica all'ipotesi della cessione d'azienda (30). All'opposto si dice che il divieto *ex art. 18 l. 55/1990* non ha natura eccezionale e si applica anche al trasferimento di aziende (31).

Un terzo orientamento, infine, prevalente nelle decisioni più recenti (32) trae spunto dalla diversa *ratio* delle due norme e stabilisce che *"nel contrasto tra l'interesse dell'amministrazione a non subire la modifica del contraente prescelto e quello del cessionario dell'azienda a subentrare in tutti i rapporti che ad essa fanno capo, prevale quest'ultimo interesse, a condizione che l'amministrazione possa sempre verificare il possesso dei requisiti soggettivi del cessionario"* (33).

Da un lato, viene ribadito che l'oggetto del divieto di cessione del contratto, *ex art. 18 l. 55/1990*, mira a impedire che l'amministrazione possa pronunciarsi in ordine a richieste di mutamento del contraente, il quale deve necessariamente essere scelto al termine di un procedimento concorsuale, volto a consentire la più ampia partecipazione di imprese e ad individuare il soggetto meglio qualificato. Dall'altro, si riconosce che il rigore della disposizione è attenuato dall'art. 35 l. Merloni che

---

<sup>30</sup> Fra le altre TAR Puglia Lecce, sez. II, 11 febbraio 1994 n. 104; TAR Puglia Lecce, sez. II, 7 aprile 1997, n. 242; Consiglio di Stato, sez. II, 3 febbraio 1993, n. 53.; Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1995, n. 761.

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, sez. V., 10 febbraio 2000, n. 754.

<sup>32</sup> TAR Sardegna Cagliari 29 agosto 2003, n. 1047; TAR Sardegna Cagliari 7 febbraio 2003, n. 156; TAR Lombardia Brescia 7 aprile 1998, n. 289; Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2002, n. 2208; TAR Calabria - Reggio Calabria 9 settembre 1998, n. 1023; TAR Umbria dd. 18 giugno 2003, cit. loc., secondo cui l'art. 35 l. Merloni, considerando specificatamente gli effetti della cessione d'azienda, focalizza un principio generale *"nel senso della portata non preclusiva delle modificazioni soggettive dell'impresa e della focalizzazione delle esigenze di tutela dell'Amministrazione nella verifica dei requisiti"*.

<sup>33</sup> Cfr. TAR Sardegna Cagliari 29 agosto 2003, n. 1047.

introduce un modello normativo di compromesso “tra le opposte esigenze di impedire una arbitraria sostituzione del contraente e consentire che l’acquirente dell’azienda possa fruire di tutte le utilità patrimoniali che formano parte integrante del complesso aziendale: la chiave del compromesso consiste nel valorizzare la regola di necessaria verifica dei requisiti soggettivi del contraente e di ammettere il subentro quando il cessionario si sottoponga positivamente a detta verifica” (34).

In questo modo si esclude il subentro automatico della nuova impresa, impedendo facili aggiramenti della normativa antimafia e, allo stesso tempo, si subordina (nelle ipotesi di trasferimento di azienda) la cessione del contratto ad un previo controllo, garantendo così che l’impresa subentrante possieda i requisiti necessari.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*; TAR Sardegna Cagliari 7 febbraio 2003, n. 156 stabilisce che l’art. 35 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 risponde all’evidente esigenza di consentire alle imprese di seguire le proprie logiche imprenditoriali anche quando entrano in rapporto con le pubbliche amministrazioni per rendere a queste ultime delle prestazioni delle quali abbiano bisogno. La norma, pertanto, consente alle imprese che vogliono eseguire opere pubbliche commissionate dall’amministrazione di mutare profondamente la propria identità nel corso dello svolgimento del relativo rapporto. Infatti, le società di capitali possono modificare radicalmente il proprio assetto proprietario durante lo svolgimento del contratto, con modalità tali da rendere assai difficile il controllo della stazione appaltante.