

AFFITTO DI RAMO DI AZIENDA: ANCHE SOTTO LA VIGENZA DEL CODICE APPALTI DEL 2023, IN ASSENZA DI DISCONTINUITÀ GESTIONALE, LE CAUSE DI ESCLUSIONE SI TRASFERISCONO DALL’AFFITTANTE ALL’AFFITTUARIA – CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, 27 LUGLIO 2026, N. 6104

A cura di **Alessio RUOTOLO***

MASSIMA¹

In materia di contratti pubblici, nell'ipotesi di affitto di ramo d'azienda, la continuità economica e organizzativa tra impresa affittante e affittuaria comporta che la stazione appaltante sia tenuta a verificare anche il possesso dei requisiti generali di partecipazione in capo al cedente, qualora l'operatore economico non dimostri una reale cesura tra le due gestioni. Il principio ubi commodum, ibi incommodum implica che chi beneficia dei requisiti e dell'organizzazione aziendale della dante causa subisce anche le conseguenze derivanti dalle cause di esclusione che la riguardano. Ne consegue che la mera dichiarazione dell'esistenza di una discontinuità organizzativa non è sufficiente, essendo necessario fornire elementi concreti e tempestivi idonei a consentire alla stazione appaltante la verifica dell'effettiva autonomia della nuova gestione. In tale prospettiva trova applicazione il dovere di completa trasparenza dichiarativa sancito dagli artt. 94 e 96 del d.lgs. n. 36/2023.

SOMMARIO

1. **Il fatto** 1
2. **La decisione** 2
3. **Conclusioni** 3

1. IL FATTO

La controversia trae origine dalla procedura aperta indetta ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. n. 36/2023 per l'affidamento del servizio di raccolta integrata dei rifiuti per la durata di due anni, con opzione di proroga per ulteriori due.

All'esito della procedura, la società appellante risultava prima classificata con un punteggio di

98,24/100, mentre la società odierna appellata si collocava al secondo posto con punti 87,06/100.

La Centrale Unica di Committenza disponeva quindi l'aggiudicazione in favore della prima classificata, successivamente recepita dal Comune mediante determinazione dirigenziale.

L'aggiudicazione veniva impugnata innanzi al TAR Campania dalla seconda classificata, la quale deduceva l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria per l'omessa considerazione della continuità aziendale intercorrente con il Consorzio concedente un ramo d'azienda, successivamente assoggettato a liquidazione giudiziale.

Secondo la ricorrente, la società aggiudicataria aveva beneficiato dell'organizzazione aziendale e dei requisiti del Consorzio senza dimostrare l'effettiva cesura tra le due gestioni, con conseguente applicazione della causa di esclusione prevista dall'art. 94, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023.

Il TAR Campania accoglieva il ricorso, richiamando precedenti concernenti le medesime parti e il medesimo contratto di affitto di ramo d'azienda, ritenendo sussistente una presunzione di continuità aziendale che la società aggiudicataria non era riuscita a superare. Conseguentemente annullava l'aggiudicazione e dichiarava l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato.

La società aggiudicataria proponeva appello articolando numerosi motivi, sostenendo, in sintesi, che il nuovo Codice dei contratti pubblici avrebbe circoscritto le cause di esclusione al solo operatore economico partecipante, senza estenderle alle vicende soggettive del cedente; contestava inoltre la sussistenza della continuità aziendale, negava di aver utilizzato i requisiti economico-finanziari del

* Dottore Magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Napoli Federico II. Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato. Componente del Comitato Editoriale della Rivista "De Iustitia".

¹ Massima non ufficiale.

Consorzio e deduceva di aver correttamente assolto agli obblighi dichiarativi previsti dalla normativa vigente.

Il Consiglio di Stato ha respinto integralmente l'appello, confermando la sentenza di primo grado.

2. LA DECISIONE

La decisione affronta il delicato rapporto tra successione nell'azienda e possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche, confermando un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza amministrativa.

Il Collegio chiarisce innanzitutto che la causa di esclusione prevista dall'art. 94, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023 non può essere interpretata in senso meramente formalistico, limitandone l'applicazione al solo operatore economico formalmente partecipante alla procedura.

Al contrario, quando l'impresa concorrente deriva la propria organizzazione imprenditoriale da un'operazione di affitto di ramo d'azienda, assume rilievo la verifica della continuità economica e organizzativa con l'impresa cedente.

La pronuncia si colloca nel solco dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 e della successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui l'affitto di azienda determina una successione a titolo particolare nell'intero complesso dei rapporti giuridici afferenti al ramo trasferito.

Da tale successione consegue l'applicazione del principio *ubi commoda, ibi incommoda*: l'operatore economico che beneficia dell'organizzazione, dell'esperienza e dei requisiti dell'impresa cedente deve altresì sopportare le conseguenze derivanti dall'eventuale carenza dei requisiti soggettivi di quest'ultima.

La Corte ribadisce che grava sull'affittuaria l'onere di dimostrare l'effettiva interruzione del legame con la precedente gestione. Non è sufficiente una dichiarazione generica circa la discontinuità organizzativa, ma occorre fornire elementi oggettivi e documentati idonei a dimostrare che la nuova impresa costituisce una realtà economica autonoma e indipendente rispetto al soggetto cedente.

La sentenza attribuisce particolare rilievo anche agli obblighi dichiarativi previsti dall'art. 96 del Codice dei contratti pubblici. Richiamando la

recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, il Collegio afferma che gli operatori economici sono tenuti a rappresentare ogni circostanza astrattamente rilevante ai fini della verifica della propria affidabilità professionale, senza poter operare una preventiva selezione dei fatti ritenuti significativi.

Il principio del *clare loqui* viene così valorizzato quale corollario del dovere di leale collaborazione con la stazione appaltante: quest'ultima deve essere posta nelle condizioni di svolgere autonomamente le proprie valutazioni, senza essere costretta a ricostruire, attraverso attività istruttorie particolarmente complesse, la reale consistenza dei rapporti intercorrenti tra impresa cedente e affittuaria.

Nel caso di specie, la società appellante si era limitata a dichiarare l'esistenza del contratto di affitto di ramo d'azienda e della liquidazione giudiziale del Consorzio concedente, senza illustrare in modo chiaro gli elementi dai quali avrebbe dovuto desumersi l'effettiva cesura tra le due realtà imprenditoriali. Solo nel corso del giudizio essa aveva cercato di dimostrare, attraverso il raffronto tra fatturato dichiarato e bilanci di esercizio, di non avere utilizzato i requisiti economico-finanziari del Consorzio.

Secondo il Consiglio di Stato tale ricostruzione non può essere condivisa, poiché avrebbe richiesto alla stazione appaltante uno sforzo ricostruttivo incompatibile con gli obblighi dichiarativi gravanti sull'operatore economico.

Ulteriore indice della continuità aziendale viene individuato nel trasferimento del personale direttivo previsto dal contratto di affitto di ramo d'azienda. In particolare, il Collegio attribuisce rilevanza alla figura del responsabile tecnico transitato dal Consorzio all'impresa affittuaria, ritenendo irrilevante la diversa qualificazione formale prospettata dall'appellante. Ciò che assume rilievo non è infatti la denominazione della funzione ricoperta, bensì la permanenza di figure professionali strategiche nella gestione dell'attività economica trasferita.

La decisione esclude altresì che il successivo allontanamento del responsabile tecnico possa integrare una misura di self-cleaning ai sensi dell'art. 96 del d.lgs. n. 36/2023, osservando che tale trasferimento è avvenuto in esecuzione di una pronuncia

del giudice del lavoro e non costituisce una scelta volontaria dell'operatore economico volta a rimuovere le cause di inaffidabilità.

Infine, il Consiglio di Stato reputa inconferente il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di continuità economica nell'ambito del diritto della concorrenza, rilevando come tale elaborazione giurisprudenziale persegua finalità differenti rispetto alla disciplina dei contratti pubblici. In quest'ultima materia, infatti, assume rilievo prioritario l'esigenza di garantire l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico che contrae con la pubblica amministrazione.

La pronuncia si segnala, pertanto, per avere riaffermato la centralità del principio di continuità aziendale nell'ambito delle operazioni di trasferimento di azienda e per avere valorizzato il dovere di trasparenza dichiarativa quale strumento essenziale per assicurare l'effettività dei controlli sulle cause di esclusione previste dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

3. CONCLUSIONI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.