Pubblicato il 12/10/2026

N. 07462 /2026 REG.PROV.COLL.
N. 04810/2026 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4810 del 2026, proposto da

Pagliani Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B2B9231C80, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria e Paolo Pittori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia campana mobilità infrastrutture e reti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto De Chiara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sitcar Mobility Vehicles s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giulio Guidarelli, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bologna, via Vito Volterra, 8;

per la riforma

previa sospensione dell'efficacia,

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 3127/2026, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia campana mobilità infrastrutture e reti e di Sitcar Mobility Vehicles s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2026 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Contaldi La Grotteria, De Chiara e Guidarelli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara per la stipula di un accordo quadro, con un unico operatore economico, per la fornitura in acquisto di autobus di Classe I, ad alimentazione elettrica e a metano, da destinare ai servizi minimi di trasporto pubblico di linea della Regione Campania, indetta dall'Agenzia campana per la mobilità, le infrastrutture e le reti (di seguito: "Agenzia") con determinazione del Direttore generale 6 agosto 2024 n. 395.

2. La gara è suddivisa in 5 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra cui il lotto 1, per la fornitura di n. 25 autobus ad alimentazione elettrica a batteria, con lunghezza inferiore a 7 metri, dal valore di € 8.592.687,55.

3. Pagliani Service s.r.l., partecipante alla gara, ha impugnato l'aggiudicazione del lotto 1 a Sitcar Mobility Vehicles s.r.l. (di seguito: "Sitcar"), disposta con l'impugnata determinazione 22 dicembre 2025 n. 544, adottata all'esito del contenzioso concluso con la sentenza di questa Sezione n. 3721 del 2025 e con la sentenza del Tar n. 4695 del 2025, che ha annullato l'esclusione di Sitcar.

Con lo stesso ricorso Pagliani ha gravato:

- il verbale della Commissione di gara n. 5 del primo agosto 2025;
- la determinazione direttoriale n. 332 del 6 agosto 2025;
- la proposta di aggiudicazione del 18 dicembre 2025.

La società ricorrente ha altresì chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto, con subentro nell'esecuzione dell'appalto.

4. Pagliani ha inoltre impugnato, con motivi aggiunti, la relazione istruttoria del 16 dicembre 2025.

5. Il Tar Campania – Napoli, con sentenza 18 maggio 2026 n. 3127, ha respinto la domanda.

6. Pagliani ha appellato la sentenza con ricorso n. 4810 del 2026.

7. Nel corso del presente grado di giudizio si è costituita l'Agenzia e SitCar.

8. All'udienza dell'8 ottobre 2026 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. L'appello è fondato, nei termini di seguito esposti.

10. Si premettono brevi cenni sulle vicende che hanno preceduto il presente contenzioso.

SitCar è stata inizialmente esclusa dalla gara del lotto 1 per avere indicato, come ausiliaria, Higer, avente sede nella Repubblica popolare cinese.

Il ricorso di SitCar avverso l'esclusione è stato respinto in primo grado con sentenza 4 novembre 2024 n. 5876 (dopo l'ammissione in sede cautelare), per cui la gara è stata aggiudicata alla Pagliani con determinazione 5 febbraio 2025 n. 12.

SitCar ha impugnato l'aggiudicazione con ricorso accolto dal Tar con sentenza del 7 maggio 2025 n. 4695, per illegittimità derivata, in quanto nel frattempo il Consiglio di Stato, 2 maggio 2025 n. 3721, aveva accolto l'appello della SitCar avverso la pronuncia n. 5876 del 2025.

Con la sentenza n. 4695 del 2025 è stata dunque annullata l'aggiudicazione alla Pagliani e stabilito l'obbligo della stazione appaltante di rideterminarsi. Tanto in conseguenza della decisione del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 3721 del 2025, ha statuito che "*l'esclusione della società appellante dalla procedura, basata sulla mancanza dei requisiti ex art. 6.2 e 6.3 per essere vietata la partecipazione, anche in veste di ausiliaria, di un'impresa avente sede nella Repubblica Popolare Cinese, non firmataria dell'AAP, non è legittima*.

Nell'occasione il Consiglio di Stato ha precisato che "*L'intervenuto annullamento dell'esclusione per difetto di motivazione, non potendosi la stessa fondare sul divieto normativamente previsto di partecipazione alla gara di un'impresa anche ausiliaria con sede in Paese extra UE non firmatario dell'AAP, lungi dal conferire alla società appellante il bene della vita richiesto da conseguirsi tramite aggiudicazione e quindi stipula del contratto, non pregiudica, di contro, il potere della stazione appaltante di rideterminarsi sull'esclusione alla luce dei principi enunciati nella presente decisione*".

Pertanto, la sentenza ha restituito alla stazione appaltante il potere di rideterminarsi in merito alle sorti dell'offerta presentata da SitCar, vincolandola a non escluderne

l'offerta per il solo fatto che l'ausiliaria è "*un'impresa avente sede nella Repubblica Popolare Cinese, non firmataria dell'AAP*".

Pertanto l'effetto conformativo della sentenza n. 3721 del 2025 è limitato nei termini appena detti (non sono quindi condivisibili gli assunti che muovono da detta pronuncia per ritenere che questo Consiglio di Stato abbia in ulteriori profili condizionato sulla successiva attività amministrativa).

Gli atti qui impugnati sono il portato del riesercizio del potere.

Precisati gli effetti della suddetta sentenza può essere scrutinato l'appello.

11. L'appellante Pagliani ha censurato la sentenza articolando quattro motivi di appello.

11.1. Con il primo motivo è dedotto che:

- il corrispettivo del contratto di avvalimento sarebbe irrisorio e quindi stabilito in violazione dell'art. 104 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023;
- il prestito di linee produttive, vasche e operai sarebbe una finzione, posto che SitCar compra gli autobus già costruiti da Higer;
- il fatto che il Tar abbia superato la censura di violazione della disciplina a tutela dei lavoratori affermando che "*non vi è alcun impiego di maestranze da parte dell'operatore economico concorrente*" dimostrerebbe il carattere "*meramente cartolare del contratto di avvalimento*".

11.2. Con il secondo motivo Pagliani ha dedotto la mancanza del requisito di idoneità dell'iscrizione alla CCIAA o all'equivalente europeo in capo all'impresa ausiliaria Higer, in asserita violazione dell'art. 6.1 del disciplinare e degli artt. 100 e 104 del d. lgs. n. 36 del 2023, criticando la sentenza laddove il Tar ha ritenuto che la clausola del disciplinare sull'iscrizione alla CCIAA sarebbe "*inapplicabile*" all'impresa extra-UE, perché ove fosse applicabile comporterebbe l'esclusione delle imprese extra-UE in contrasto con quanto stabilito dal Consiglio di Stato.

11.3. Con il terzo motivo è dedotto il mancato possesso, da parte dell'ausiliaria, dei requisiti di partecipazione in quanto SitCar non avrebbe risposto in modo adeguato e nei termini alla richiesta istruttoria della stazione appaltante.

11.4. Con il quarto motivo è dedotto che, anche a valutare nel merito la documentazione prodotta, essa non attesterebbe il possesso dei requisiti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, dimostrando unicamente l'importo di imposte pagate in un determinato anno, senza riferire se le imposte pagate costituiscono il totale di quelle dovute in quell'anno e se esistono imposte non pagate negli anni precedenti.

11.5. Negli atti difensivi l'appellante ha altresì formulato richiesta di rinvio pregiudiziale afferente l'interpretazione dell'art. 79 par. 2 della direttiva 2014/25/UE con riferimento alla messa a disposizione delle risorse all'ausiliaria alla quale sono conferiti requisiti di capacità tecnica e professionale (se "*debba essere interpretato nel senso che, in caso di avvali-mento avente ad oggetto requisiti di capacità tecnica e professionale, le risorse indicate quali mezzi attraverso i quali tale capacità viene prestata debbano essere concretamente poste a disposizione dell'operatore economico e da questo utilizzate nell'esecuzione dell'appalto; ovvero se sia sufficiente la loro indicazione nel contratto di avvalimento anche quando la modalità di esecuzione concretamente dichiarata consista nell'acquisto, da parte dell'ausiliata, dei prodotti finiti realizzati dall'ausiliaria con la propria organizzazione produttiva, senza che l'utilizzazione di tali risorse da parte dell'ausiliata si realizzi*").

11.6. Prima di scrutinare le suddette doglianze, si descrive l'operazione economica posta in essere da SitCar al fine di fornire gli autobus oggetto della gara qui controversa per come emerge dagli atti depositati:

- offerente è la stessa SitCar;
- SitCar non produce gli autobus che fornisce ma li acquista da altra società, Higer, come evidente dal fatto che, nel contratto di avvalimento, SitCar è definita distributore per l'Italia di Higer e quest'ultima "*costruttrice dei veicoli offerti*" e che i giustificativi

espongono i costi di acquisto degli autobus ("*acquisto autobus std*" per un costo di 151500 euro) e i costi del "*trasporto Cina Italia*";

- SitCar non è in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e dei requisiti di capacità tecnica e professionale, sicché ha stipulato con Higer un contratto di avvalimento.

Il contratto di avvalimento ha ad oggetto la messa a disposizione di SitCar di detti requisiti e la messa a disposizione delle risorse, specificamente individuate nello stabilimento produttivo di Jiangsu Cina, Parco Industriale di Suzhou n. 288, con tutte le strutture progettuali, produttive e tecnico-amministrative, con le relative risorse umane, e linee produttive del reparto di ferro-lastratura, n. 14 vasche per il trattamento cataforetico, il reparto installazione impianti, i forni di verniciatura, le linee di finitura e collaudi finali.

Il corrispettivo dell'avvalimento è fissato nel contratto in € 3.000,00.

Pertanto l'operazione economica fra le due società si compone di due rapporti contrattuali, quello di avvalimento e quello di distribuzione, ciascuno avente il proprio corrispettivo.

11.7. In detta operazione, tesa a sostenere l'offerta di SitCar, il perno (dell'offerta e quindi dell'operazione), è la costruzione degli autobus da parte di Higer.

Infatti, dalla relazione presentata da SitCar in sede di verifica di anomalia, si legge che l'offerta presentata "*è stata resa possibile – nei termini evidenziati - grazie ad un accordo di distribuzione ed a una stretta collaborazione in ambito tecnico e tecnologico per lo sviluppo del prodotto, tra Higer produttore e Sitcar distributore*", considerata "*la capacità produttiva di circa 25 mila autobus anno, con una decennale esperienza in ambito elettrico, con consegne di autobus elettrici già effettuate in tutto il mondo per più di 7 mila unità*" e la "*lunga abitudine ad operare secondo livelli qualitativi e standard di sicurezza di tipo occidentale, maturati dalla sua esperienza,*

ormai quindicennale, quale produttore di autobus completi e chassis, commissionati da multinazionali europee".

Pertanto Higer – "*ai primi posti come quote di mercato sia nel* domestic *che nell'*export market" – può "*avvantaggiarsi di ampie economie di scala nell' acquisto dei componenti, con fidelizzazione dei sub fornitori*".

Anche i dati economici confermano il ruolo determinante di Higer nella costruzione dei veicoli.

Dai giustificativi (e dal verbale di verifica di anomalia dell'11 settembre 2024) si evince che SitCar ha quantificato il costo complessivo di ogni autobus in euro 241.182,00.

Il costo complessivo comprende l'acquisto degli autobus da Higer (euro 151.500) e i costi accessori a detto acquisto (per il trasporto dalla Cina, euro 8.000, e per la dogana, euro 20.679).

A ciò si aggiungono i costi per gli apparati di bordo, pari a euro 14.000, gli oneri finanziari, pari a euro 10.302, i costi di formazione, pari a euro 1.500, il costo per l'attività di collaudo, pari a 800 euro, e i costi "*manuali*" (1200 euro).

Si aggiungono i costi di struttura (euro 18.201).

I costi generali e l'utile (l'offerente ha calcolato un margine di commessa pari a euro 18.833) non attengono all'oggetto del contratto in gara, cioè alle prestazioni che lo compongono.

L'attività svolta da SitCar è quindi del tutto marginale, posto che gli autobus sono costruiti da Higer e che l'offerente rivesta la posizione di distributrice degli stessi.

11.8. Il rapporto di compravendita degli autobus fra SitCar e Higer è un rapporto di subfornitura, rilevante in fase esecutiva, in quanto:

- la fornitura degli autobus alla stazione appaltante richiede la previa acquisizione degli stessi dalla società produttrice;

- detto acquisto assume rilevanza in fase esecutiva in quanto permette l'adempimento di SitCar;

- l'acquisto di detti autobus costituisce un rapporto derivato rispetto al contratto oggetto di affidamento ed è contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subfornitore attraverso la propria organizzazione, mentre Sitcar rimane responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il contratto di subfornitura, relegando il terzo in una posizione rilevante nella sola sede esecutiva, richiede che l'offerente sia in possesso dei requisiti.

Il rapporto di subfornitura, o comunque l'esecuzione di (gran) parte, la pressoché totalità, della commessa, richiede l'utilizzo delle risorse produttive da parte del subfornitore.

11.9. Del resto, anche facendo riferimento all'istituto che più si avvicina alla subfornitura, si pone un tema di avvalimento dei requisiti (oltre che di risorse).

Il riferimento è al subappalto, in quanto rileva anch'esso in fase esecutiva e demanda a un terzo l'esecuzione di parte della commessa a disciplina del subappalto, senza necessità di approfondire la differenza, o meno, dello stesso rispetto al contratto di fornitura in ordine al rapporto con la stazione appaltante (Cons. St., sez. V, 31 maggio 2021 n. 4150).

Infatti, allorquando il subappaltatore, almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante, "*contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103*" (art. 104 comma 5 d. lgs. n. 36 del 2023).

L'istituto del subappalto, pertanto, presuppone che l'offerente sia in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale, oltre

che dei requisiti di ordine generale, necessari per la partecipazione alla gara e l'affidamento della commessa e che il subappaltatore sia in possesso dei corrispondenti requisiti per l'esecuzione della parte di commessa allo stesso demandata.

Né si supera la tematica facendo riferimento alla previsione della possibilità dell'ausiliario di assumere le vesti di subappaltatore.

Nei casi di cui al comma 3 dell'art. 104 del d. lgs. n. 36 del 2023 (che non rilevano nel caso di specie), infatti, l'ausiliaria, essendo in possesso di requisiti non trasferibili (autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto), svolge in proprio la prestazione, con applicazione della disciplina del subappalto (così anche la relazione al Codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023).

Detti presupposti non ricorrono nel caso di specie, considerati i requisiti oggetto del contratto di avvalimento.

Pertanto, Higer non può comunque rivestire la qualifica di impresa subappaltatrice in virtù del fatto che è ausiliaria, non essendo integrati i presupposti della fattispecie di cui all'art. 104 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023. Non si configurano quindi i presupposti perché il contratto di subappalto si colleghi al contratto di avvalimento (in disparte la valutazione di applicabilità del subappalto al caso di specie).

Anche a ritenere applicabili le regole generali del subappalto (art. 119 del d. lgs. n. 36 del 2023), il subappaltatore deve essere in possesso dei propri requisiti, che nel caso di specie ha ceduto.

Ne consegue che, nell'operazione qui in esame, il contratto di avvalimento, avente ad oggetto il trasferimento dei requisiti, è in contrasto con il rapporto di compravendita anche assimilando quest'ultimo al subappalto, che richiede all'impresa subappaltatrice di essere titolare dei requisiti ceduti (e delle corrispondenti risorse). E ciò tanto più

considerando l'ampiezza di oggetto del rapporto di compravendita degli autobus rispetto all'oggetto della commessa.

Infatti, in base al disposto di cui all'art. 119 del d. lgs. n. 36 del 2023, "*È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate*".

11.10. Delineata la disciplina, SitCar, ausiliata in virtù del contratto di avvalimento, ha incaricato Higer di svolgere la gran parte (pressoché la totalità) dell'attività esecutiva.

Specularmente Higer risulta essere contemporaneamente ausiliaria e subfornitrice dell'oggetto dell'offerta.

11.11. L'operazione svela profili che richiedono di essere approfonditi.

Il contratto di avvalimento stipulato da SitCar le consente di avere a disposizione i requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale necessari per la partecipazione alla gara e l'affidamento della commessa (art. 2 del contratto di avvalimento). A tal fine l'art. 3 del contratto di avvalimento ausiliaria prevede il trasferimento da Higer a SitCar anche delle risorse e dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, come disposto dall'art. 104 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023 ("*Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione* […] *di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta*").

L'elemento del trasferimento delle risorse risulta determinante ai sensi dell'art. 104 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023, laddove dispone che, qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione, "*esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta*".

Infatti l'art. 104 comma 9 del d. lgs. n. 36 del 2023 dispone che:

- "*la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto*": acquista quindi un ruolo rilevante, nel contratto di avvalimento, la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse, che debbono essere effettivamente impiegate in fase esecutiva;

- "*il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento*": pertanto l'affidatario deve poter utilizzare le risorse umane e strumentali dell'ausiliaria.

La messa a disposizione dei requisiti di qualificazione sopra indicati e delle corrispondenti risorse attraverso il contratto di avvalimento è, infatti, volta a garantire la stazione appaltante circa le capacità del soggetto che esegue le prestazioni (Cons. St., sez. V, 21 dicembre 2021 n. 8486).

Infatti, pur essendo prevista la responsabilità solidale dell'impresa ausiliata e dell'impresa ausiliaria (art. 104 comma 7 d. lgs. n. 36 del 2023), il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara (che ha ottenuto i requisiti tramite avvalimento), alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione (art. 119 comma 8 d. lgs. n. 36 del 2023), salvo quanto previsto dal comma 3 (su cui di seguito).

Lo stesso art. 63 paragrafo 1 della direttiva 2014/25/UE e l'art. 79 paragrafo 1 della direttiva 2014/25/UE prevedono che l'operatore economico che intenda fare affidamento sulle capacità di altri soggetti "*dimostra all'ente aggiudicatore che disporrà dei mezzi necessari*".

La Corte di giustizia ha precisato che, "*sebbene l'offerente sia libero di stabilire vincoli con i soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di scegliere la natura*

giuridica di tali vincoli, egli è nondimeno tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per l'esecuzione di un determinato appalto" (Cgue, sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14). Infatti, "*un offerente non può far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice*" (Cgue, sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14), dovendo dar conto dei mezzi messi a disposizione per eseguire le prestazioni

Pertanto, in base alla disciplina del contratto di avvalimento le risorse produttive sono trasferite all'ausiliata, che le utilizza per l'esecuzione della commessa.

11.12. In base al rapporto di subfornitura è il subfornitore (Higer) a eseguire la (gran parte della) commessa.

11.13. L'apparente presenza di due contratti, che presentano un'antinomia in punto di utilizzo delle risorse necessarie per l'esecuzione della commessa, si risolve, nel caso di specie, in un'operazione di simulazione.

Infatti, il contratto di avvalimento stipulato fra Sitcar e Higer ha ad oggetto la messa a disposizione delle risorse, specificamente individuate nello stabilimento produttivo di Jiangsu Cina, Parco Industriale di Suzhou n. 288, con tutte le strutture progettuali, produttive e tecnico-amministrative, con le relative risorse umane, comprensive dele linee produttive del reparto di ferro-lastratura, n. 14 vasche per il trattamento cataforetico, il reparto installazione impianti, i forni di verniciatura, le linee di finitura e collaudi finali.

Pertanto è il contratto di avvalimento a individuare nelle linee produttive del suddetto stabilimento le risorse necessarie per eseguire le prestazioni oggetto di gara, individuando quindi quale prestazione caratteristica la costruzione degli autobus (attraverso lo stabilimento produttivo ivi indicato).

Sono state quindi le parti, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, a ritenere che, ai fini della fornitura degli autobus della commessa, fosse qualificante l'attività di

costruzione degli autobus e quindi il corrispettivo della compravendita degli stessi, afferente alle risorse messe a disposizione (nei termini sopra visti).

In particolare, risulta dal contratto di avvalimento che "*Higer, in qualità di produttore di veicoli, mette a disposizione di Sitcar, in qualità di distributore, le risorse indicate nel contratto*" (art. 3 del contratto di avvalimento).

Già l'art. 3 del contratto di avvalimento svela quindi come le risorse per la produzione degli autobus siano messe a disposizione di un soggetto, SitCar, che è mero distributore, da parte di un soggetto, che se ne priva, che è il costruttore.

La previsione presenta quindi una contraddizione in sé in quanto la messa a disposizione delle risorse (di cui non è in predicato la sussistenza) vede quale cedente il soggetto che dovrebbe utilizzarle in base alla qualificazione di produttore contenuta nello stesso contratto, a favore di un altro soggetto che non dovrebbe avere necessità di utilizzarle in quanto qualificato come (mero) distributore.

Nella domanda di partecipazione Sitcar ha infatti indicato di partecipare "*in qualità di distributore della Società HIGER Bus Company Ltd (...) costruttrice dei veicoli offerti*".

In giudizio SitCar ha specificato che "Sitcar ha sempre dichiarato di offrire veicoli prodotti da Higer e che la stazione appaltante ne era pienamente consapevole sin dall'ammissione" (pag. 6 della memoria di replica in primo grado) e che quelle indicate nel contratto di avvalimento "*sono le risorse effettivamente utilizzate da Higer per produrre gli autobus offerti da Sitcar*" (pag. 5 della memoria di replica in primo grado).

L'Agenzia ha dedotto che "*nella fornitura in esame, la prestazione – il bene fornito – è realizzata proprio dallo stabilimento e dal personale di Higer*" (memoria 26 settembre 2026).

Né questa affermazione può portare a ritenere integrata la previsione di cui all'art. 104 comma 9 del d. lgs. n. 36 del 2023, in base al quale "*la stazione appaltante in corso*

d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto". Infatti, essendo al di fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 104 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023, l'esecuzione deve essere effettuata dall'ausiliata, seppur utilizzando le risorse dell'ausiliaria.

Nel verbale di verifica di anomalia si legge che "*la produzione degli autobus è effettuata dalla Higer*".

Il Tar ha affermato che *"trattandosi – per quanto detto – di fornire veicoli costruiti in Cina, dall'ausiliaria, con i propri mezzi umani e strumentali, non vi è alcun impiego di maestranze da parte dell'operatore economico concorrente*".

Pertanto:

- sono oggetto di avvalimento (dell'ausiliaria SitCar) proprio le risorse destinate alla costruzione degli autobus da parte di Higer;
- quelle stesse risorse sono utilizzate da Higer per produrre i veicoli oggetto di offerta.

E' quindi evidente che le prestazioni al quale afferiscono i requisiti e le risorse messi a disposizioni con il contratto di avvalimento sono rese da altra impresa, non dall'offerente, che si limita a redistribuire gli autobus forniti da Higer.

Le caratteristiche dell'operazione economica voluta dalle parti (sopra descritta) impediscono di ritenere, *ex ante*, utilizzabili da SitCar le risorse richiamate nel contratto di avvalimento (senza necessità di porsi il tema di utilizzo, o meno, effettivo delle risorse, in base a un esame *ex post*), dovendo essere utilizzate da Higer per produrre gli autobus oggetto della fornitura in gara.

La messa a disposizione delle risorse attraverso il contratto di avvalimento non è quindi effettiva.

In tale specifica operazione l'accordo delle parti di concludere il contratto di "avvalimento" non è, quindi, finalizzato a mettere a disposizione i requisiti di

partecipazione alla gara congiuntamente alle dotazioni tecniche e alle risorse (art. 104 comma 2 del d. lgs. n. 36 del 2023) strumentali all'ausiliato di eseguire la commessa ai sensi del richiamato art. 104 comma 8 del d. lgs. n. 36 del 2023 8e che hanno consentito all'ausiliario di ottenere i requisiti).

L'operazione voluta da SitCar e Higer tradisce la causa del contratto di avvalimento.

Nel paradigma legale, infatti, la messa a disposizione dei requisiti non è fine a sé stessa.

Il contratto di avvalimento è funzionale, come visto, a consentire all'offerente di essere in possesso dei requisiti per l'esecuzione della commessa e di dimostrarlo in gara, fatta salva la possibilità del subappalto, che comunque presuppone che l'offerente abbia i requisiti (fatto salvo il solo subappalto necessario, che ha un ambito di operatività limitato e non ricorre nel caso di specie).

Il contratto di avvalimento, in quanto presupposto di partecipazione alla gara, assicura alla stazione appaltante l'affidabilità dell'offerente a eseguire l'appalto in quanto munito dei requisiti e delle risorse necessarie.

Nel caso di specie viene meno la funzione del contratto di avvalimento atteso che la commessa, con le caratteristiche evidenziate (anche quanto ad oggetto e a rilevanza della subfornitura rispetto all'oggetto dell'offerta), è eseguita dall'ausiliaria medesima. In particolare, è eseguita da Higer la produzione degli autobus alla quale afferisce la linea produttiva messa a disposizione con il contratto di avvalimento presentato in gara.

Pertanto la messa a disposizione di Sitcar dei requisiti di qualificazione, e delle risorse necessarie a eseguire la commessa, non svolge la funzione di attestare l'affidabilità dell'impresa esecutrice.

Il contratto di avvalimento è quindi un contratto apparente e non voluto dalle parti.

Piuttosto, il contratto di avvalimento stipulato fra SitCar e Higer dissimula una diversa operazione economica voluta dalle parti.

L’operazione posta in essere fra SitCar e Higer fa perno sulla vendita degli autobus da Higer a SitCar.

Detto rapporto contrattuale ha, come visto, una maggiore rilevanza economica rispetto al contratto di avvalimento presentato in gara (come evidente dal corrispettivo stabilito per l’avvalimento rispetto ai termini economici del costo degli autobus, già sopra richiamati) e causale.

Higer è destinata a costruire gli autobus e venderli a SitCar, che li rivende all’Agenzia, così soddisfando la funzione in concreto della commessa, cioè la fornitura degli autobus.

Lo stesso (esiguo) corrispettivo del contratto di avvalimento testimonia la rilevanza del contratto di distribuzione nei rapporti fra le due società.

Gli interessi delle parti sono rappresentati da SitCar attribuendo preminenza alla posizione di Higer come costruttrice dei veicoli e di SitCar come distributrice.

SitCar ha infatti dedotto che “*Higer trae utilità economica dalla vendita dei veicoli a Sitcar e dalla valorizzazione commerciale del proprio prodotto sul mercato europeo, mentre Sitcar realizza il proprio margine di commessa*” (memoria 22 settembre 2026), margine che si realizza in ragione dei costi di produzione di Higer, descritti nei giustificativi (nei termini richiamati).

Pertanto, i rapporti fra SitCar e Higer sono regolati essenzialmente dalla compravendita degli autobus costruiti dalla seconda, che delinea i tratti del rapporto negoziale finalizzato all’esecuzione della commessa e quindi alla rivendita degli stessi da SitCar all’Agenzia.

Il contratto di avvalimento dissimula quindi un’operazione economica di fornitura degli autobus da parte di Higer.

L’unità strutturale della simulazione è qui assicurata da un contratto di avvalimento privo di effetti al quale si accompagna uno o più altri contratti che danno vita al

rapporto di subfornitura, avente i termini indicati nel contratto di avvalimento e nei giustificativi.

Il disvelamento della simulazione parziale si compie attraverso il contratto di avvalimento e i giustificativi.

Infatti, il contratto di avvalimento, sottoscritto da entrambe le parti, fa riferimento al rapporto di distribuzione e al ruolo di costruttrice di Higer e di distributrice di SitCar.

Il prezzo della vendita degli autobus a SitCar non è contenuto nel contratto di avvalimento ma nei giustificativi, cioè in un atto unilaterale di SitCar.

Entrambi, come visto, danno conto della rilevanza dell'attività di Higer per l'esecuzione della commessa.

Tanto è sufficiente per comprovare la simulazione in quanto la sussistenza dei "*requisiti di sostanza e di forma*" (art. 1414 comma 2 c.c.) deve essere ricercata considerando l'unità strutturale della simulazione (Cass. civ., sez. un., 17 settembre 2015 n. 18213).

In particolare, la funzione della controdichiarazione resta limitata al piano interpretativo, cioè quello che consente di "*disvelare e far prevalere la realtà sull'apparenza*", e al piano probatorio, in particolare fra le parti (Cass. civ., sez. un., 17 settembre 2015 n. 18213).

All'interno del procedimento simulatorio risulta infatti del tutto irrilevante che la controdichiarazione assuma forma di atto unilaterale: "*costituisce un atto di riconoscimento o di accertamento scritto che, non avendo carattere negoziale e non facendo parte del procedimento simulatorio come elemento essenziale, può non essere coevo all'atto simulato e può altresì provenire dalla sola parte contro il cui interesse è redatta*" (Cass. civ., sez. II, 5 marzo 2019 n. 6357).

Nel caso di specie la controdichiarazione è richiamata nel contratto di avvalimento ed è contenuta nei giustificativi di SitCar, che ha un interesse contrario a far valere la simulazione.

In ogni caso, la stazione appaltante è soggetto terzo, che, ai sensi dell'art. 1415 comma 2 c.c., può far valere la simulazione nei confronti delle parti quando essa pregiudica le relative prerogative (nei termini di cui *infra*). Peraltro, l'azione di simulazione relativa non ha natura costitutiva, avendo la funzione di accertare l'inefficacia del contratto simulato, svelando la realtà del rapporto giuridico, senza modificare o costituire ex novo una situazione giuridica (Cass., sez. II, 11 novembre 2022 n. 33367).

Il contratto di avvalimento è quindi simulato (l'appellante richiama la nozione di "finzione") in quanto, dal punto di vista della volontà le parti non hanno voluto trasferire requisiti e risorse a SitCar perché quest'ultima eseguisse la commessa.

Dal punto di vista oggettivo il contratto di avvalimento, pur prevedendo la messa a disposizione delle risorse (linee produttive, vasche e operai), non può produrre tale effetto. E ciò in ragione del fatto che la compravendita degli autobus fra SitCar e Higer presuppone la costruzione degli stessi da parte della seconda, che quindi ha necessità di utilizzare le risorse (simulatamente) cedute con il contratto di avvalimento, che riguardano proprio le linee produttive.

Né osta a tale configurazione la presenza di un corrispettivo di 3.000 euro per l'avvalimento, che si aggiunge al corrispettivo per la vendita degli autobus, in quanto il ridotto importo non è idoneo ad alterare il rapporto sinallagmatico e anzi dà conto dell'unitarietà dell'operazione.

Il contratto simulato non produce effetti fra le parti ai sensi dell'art. 1414 c.c.

Né, come visto, può addursi nel caso di specie la rilevanza giuridica dell'apparenza nei confronti dei terzi.

Peraltro, nel caso di specie il terzo è la stazione appaltante, che è tenuta a seguire le regole di gara.

Nella prospettiva pubblicistica, un siffatto contratto di avvalimento non garantisce la stazione appaltante in merito all'affidabilità e alla competenza dell'offerente, pregiudicando la posizione dell'Amministrazione.

Considerata poi la posizione di quest'ultima nell'ordinamento giuridico e il contenuto di dovere, oltre che di potere, che qualifica le potestà pubbliche, essa è tenuta a far valere la simulazione al fine di assicurare l'affidabilità dell'offerente per la partecipazione alla gara e all'affidamento della commessa.

Si aggiunge che la simulazione costituisce, in ragione dell'attestazione di un'apparenza che non corrisponde alla realtà, un istituto che apporta elementi di criticità rispetto alle esigenze di certezza della stazione appaltante se riguarda un negozio strumentale alla partecipazione in gara, dal momento che ostacola la trasparenza delle stesse decisioni amministrative e rende difficoltosa l'applicazione delle regole di gara e del principio di parità di trattamento.

11.14. Posto che il contratto di "avvalimento" non produce effetti nell'ambito della gara, non è idoneo ad attestare il possesso dei requisiti di qualificazione da parte di SitCar.

12. Tanto basta per accogliere l'appello, assorbita ogni altra censura, questione ed eccezione.

Il provvedimento di aggiudicazione deve quindi essere annullato.

Non residuano ulteriori decisioni in quanto non risulta che sia stato stipulato il contratto, considerato anche quanto dichiarato dall'Agenzia con memoria 22 giugno 2026 ("*allo stato non risulta ancora sottoscritto» e la stazione appaltante «stante la fissazione dell'udienza pubblica per la discussione del merito del ricorso in appello proposto da Pagliani Service s.r.l. (n.r.g. 4810/2026) per il giorno 8 ottobre 2026, non intende comunque farsi promotrice per la stipula di Contratti Attuativi dell'Accordo Quadro prima della pubblicazione della sentenza*").

13. In conclusione, l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolta la domanda proposta in primo grado e annullato il provvedimento di aggiudicazione impugnato (determina 22 dicembre 2025 n. 544).

14. La particolarità e la novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo nei termini di cui in motivazione e annulla la determina 22 dicembre 2025 n. 544.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2026 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolò Lotti

IL SEGRETARIO