

## Rinnovo attestazione SOA e continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

di Anna Libraro

Data di pubblicazione: 30-5-2025

*Se l'aggiudicazione sopravvenuta alla decisione di primo grado sia conseguita recta via all'accoglimento del ricorso, la sua mancata impugnazione non rende improcedibile l'appello proposto avverso la sentenza di accoglimento. Invero, trattandosi di provvedimento meramente esecutivo della sentenza di primo grado, l'accoglimento dell'appello proposto avverso quest'ultima ne determina la caducazione, poiché il nuovo provvedimento di aggiudicazione è da ritenere "dipendente" dalla sentenza riformata che ne costituisce presupposto e fondamento.*

*È riservata alla giurisdizione amministrativa la decisione sulla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione (arg. ex art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.).*

*Va valorizzata l'affermazione giurisprudenziale che collega l'effetto di continuità del possesso del requisito non solo al dato formale della stipulazione del nuovo contratto con il medesimo organismo di attestazione (o con altro autorizzato all'esercizio della relativa attività), bensì anche all'iniziativa dell'operatore economico concretamente finalizzata alla richiesta ed all'avvio del procedimento di rinnovo da parte di quest'ultimo organismo [...], tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto.*

*L'intenzione dell'operatore economico di subappaltare i lavori di una determinata categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria espressa nel DGUE e nella dichiarazione di subappalto, è da intendersi come chiara ed univoca manifestazione di volontà di fare ricorso, per partecipare alla procedura di gara, alla qualificazione delle imprese subappaltatrici, senza che s'imponga la specificazione in ordine alla natura necessaria o qualificatoria del subappalto o alle norme che lo prevedono.*

*In caso di sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. adottata prima della scadenza del termine di costituzione delle parti, è consentito alla parte che sia rimasta contumace di produrre in appello i documenti non prodotti in primo grado a causa della sua mancata costituzione, in deroga al divieto di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a., senza che sia richiesta a tal fine la dimostrazione della parte di essersi trovata nell'impossibilità di costituirsi e di produrre i documenti rilevanti nel primo grado di giudizio.*

*L'art. 20, comma 1bis, dello stesso decreto (Codice dell'amministrazione digitale), nel testo attualmente vigente, prevede inoltre che: "Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta*

una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida”.

*Da questo punto di vista rileva anche l'art. 2712 cod. civ.: a tale norma la giurisprudenza civile ha ripetutamente ricondotto il messaggio di posta elettronica inteso come documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime (Cass. 14 maggio 2018, n. 11606; id. 17 luglio 2019, n. 19155 ed altre).*

*Il rapporto tra la disposizione del codice civile (che configura una prova legale) e quella del codice dell'amministrazione digitale (che rimette al giudice la “libera” valutazione del documento secondo le sue caratteristiche) è stato delineato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione secondo la seguente scansione: se non ne sono contestati la provenienza od il contenuto, il messaggio di posta elettronica forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, ai sensi dell'art. 2712 cod. civ.; se ne sono contestati la provenienza od il contenuto, il giudice non può espungere quel documento dal novero delle prove utilizzabili, ma deve valutarlo in una con tutti gli altri elementi disponibili e tenendo conto delle sue caratteristiche intrinseche di sicurezza, integrità, non modificabilità (Cass., III, 21 maggio 2024, n. 14046).*

## **Guida alla lettura**

Con sentenza n. **8534** del 25 ottobre 2024, la **Quinta Sezione del Consiglio di Stato**, pronunciandosi in tema di attestazione di qualificazione SOA - requisito di ammissione alle gare pubbliche -, ha affermato che **l'effetto di continuità del possesso del requisito va collegato non solo al dato formale della stipulazione del nuovo contratto con il medesimo organismo di attestazione (o con altro autorizzato all'esercizio della relativa attività), bensì anche all'iniziativa dell'operatore economico concretamente finalizzata alla richiesta e all'avvio del procedimento di rinnovo da parte di quest'ultimo organismo, tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica che deve, però, intervenire prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione per stipula del contratto di appalto.**

## **Sugli effetti della riforma della sentenza nel grado di impugnazione**

In primo luogo, il Collegio afferma che, con riguardo alla fattispecie sottoposta al suo vaglio, **l'applicazione dell'art. 336, comma 2, c.p.c al giudizio amministrativo** (in forza del rinvio di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a) comporta che, se l'aggiudicazione sopravvenuta alla decisione di primo grado sia conseguita *recta via* all'accoglimento del ricorso, la sua mancata impugnazione non rende improcedibile l'appello proposto avverso la sentenza di accoglimento (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 365; cfr., inoltre, *Id.*, 4 maggio 2022, n. 3495; *Id.*, 9 giugno 2022, n. 4715).

Invero, rimarcano i Giudici, **trattandosi di provvedimento meramente esecutivo della sentenza di primo grado, l'accoglimento dell'appello proposto avverso quest'ultima ne determina la caducazione, poiché il nuovo provvedimento di aggiudicazione è da ritenere "dipendente" dalla sentenza riformata che ne costituisce presupposto e fondamento.**

Lo conferma, rammenta la V Sezione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale **la regola dell'effetto espansivo esterno della sentenza di appello comporta che i provvedimenti che l'amministrazione pone in essere in esecuzione di una sentenza di primo grado impugnata (atti intrinsecamente interinali e provvisori) siano automaticamente travolti dall'accoglimento dell'appello e dalla riforma della stessa sentenza** (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022 n. 365; cfr., inoltre, Cons. Stato, VI, 28 maggio 2021, n. 4106).

### **Sulla giurisdizione sulla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione**

Nella sentenza, inoltre, viene ribadito che **"è riservata alla giurisdizione amministrativa la decisione sulla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione (arg. ex art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.)."**

### **Sull'istanza di rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA**

Con riferimento **all'attestazione di qualificazione, requisito di ammissione alle gare pubbliche**, nella sentenza si legge che, volendo mantenere ferma l'interpretazione che attribuisce al mancato rispetto del termine (di novanta giorni precedente la scadenza di validità dell'attestazione) per la richiesta di rinnovo l'effetto di decadenza sostenuto da diverse pronunce giurisprudenziali (con la conseguenza che, se il rinnovo è stato chiesto tardivamente, la SOA rilasciata, a sua volta, dopo la scadenza varrebbe come nuova attestazione, senza saldarsi con la precedente: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2018, n. 4148), **va tuttavia dato seguito al consolidato orientamento giurisprudenziale il quale ha affermato che al fine della verifica della continuità del possesso del requisito è sufficiente che l'impresa abbia stipulato con la SOA il relativo contratto, o abbia presentato un'istanza di rinnovo idonea a radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le connesse verifiche, nel termine normativamente previsto (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2014 e Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2017, n. 1091, richiamate da Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2020, n. 7178).**

I Giudici valorizzano l'affermazione giurisprudenziale che collega l'effetto di continuità del

possesso del requisito **non solo al dato formale della stipulazione del nuovo contratto con il medesimo organismo di attestazione (o con altro autorizzato all'esercizio della relativa attività), bensì anche all'iniziativa dell'operatore economico concretamente finalizzata alla richiesta e all'avvio del procedimento di rinnovo da parte di quest'ultimo organismo.**

Ad avviso del Collegio, la **ratio** della previsione **dell'art. 16, comma 5, dell'allegato II.12** (così come del suo immediato antecedente normativo) va rinvenuta nell'**esigenza di evitare che vada a discapito dell'impresa concorrente il corrispondente termine di novanta giorni assegnato all'organismo di attestazione per eseguire l'istruttoria e gli accertamenti necessari alla verifica (della permanenza) dei requisiti di qualificazione** (arg. ex art. 16 cit., comma 3).

Però, evidenzia la V Sezione, se l'attività istruttoria della SOA viene tempestivamente sollecitata dall'operatore economico, con modalità tali da dimostrarne la diligenza nel richiedere il rinnovo, confidando nella tempestiva evasione, anche prima (ed in vista) della stipulazione del contratto con l'organismo di attestazione, detta *ratio* viene soddisfatta. Secondo i Giudici, in tale ultima eventualità il concorrente non appare penalizzabile con l'esclusione, in applicazione del **principio del favor participationis**, e tenuto conto **dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto.**

Il rilascio di una nuova attestazione SOA, si legge nella sentenza, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, **ma li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità** (Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2051; *Id.*, 8 marzo 2017, n. 1091).

Il **principio di continuità del possesso dei requisiti di qualificazione** va interpretato, evidenzia il Collegio, tenendo conto dei **principi del risultato e della fiducia, di cui agli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, oltre che dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.**

### **Sentenza in forma semplificata e deroga al divieto di nuovi documenti**

Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato precisa altresì che: *"In caso di sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. adottata prima della scadenza del termine di costituzione delle parti, è consentito alla parte che sia rimasta contumace di produrre in appello i documenti non prodotti in primo grado a causa della sua mancata costituzione, in deroga al divieto di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a., senza che sia richiesta a tal fine la dimostrazione della parte di essersi trovata nell'impossibilità di costituirsi e di produrre i documenti rilevanti nel primo grado di giudizio".*

### **Rinnovo dell'attestazione SOA. Anche le e-mail possono dimostrare la diligenza**

### **dell'operatore economico**

In merito ai rilievi riguardanti l'**onere probatorio delle e-mail**, dopo aver premesso che il **messaggio di posta elettronica (e-mail)** può essere definito un **“documento informatico”** ai sensi dell'**art. 1, comma 1, lett. p)** del **d.lgs. n. 82/2005**, vale a dire un *“documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”*, il Collegio richiama l'**art. 20, comma 1bis, dello stesso decreto (Codice dell'amministrazione digitale)**.

Nel testo attualmente vigente, il suindicato articolo prevede inoltre che: *“Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una **firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata** o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e **il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio**, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida.”*

Ad avviso dei Giudici, da questo punto di vista rileva anche l'**art. 2712 cod. civ.**

Si evidenzia che, a tale norma la giurisprudenza civile ha ripetutamente ricondotto il **messaggio di posta elettronica inteso come documento elettronico** che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, **forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime** (Cass. 14 maggio 2018, n. 11606; *Id.*, 17 luglio 2019, n. 19155 ed altre).

**Il rapporto tra la disposizione del codice civile** (che configura una prova legale) **e quella del codice dell'amministrazione digitale** (che rimette al giudice la “libera” valutazione del documento secondo le sue caratteristiche), ricorda il Collegio, è stato delineato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, secondo la quale **se non ne sono contestati la provenienza o il contenuto, il messaggio di posta elettronica forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, ai sensi dell'art. 2712 cod. civ.; se ne sono contestati la provenienza o il contenuto, il giudice non può espungere quel documento dal novero delle prove utilizzabili, ma deve valutarlo in una con tutti gli altri elementi disponibili e tenendo conto delle sue caratteristiche intrinseche di sicurezza, integrità, non modificabilità** (Cass. civ., Sez. III, 21 maggio 2024, n. 14046).

### **Sulle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria – Subappalto**

I Giudici richiamano l'**art. 30, comma 1, dell'allegato II.12 del Codice** (che riproduce l'art. 92, comma 1, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), ai sensi del quale il concorrente singolo può

partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

Inoltre, i Giudici evidenziano che non è stato abrogato l'art. 12, comma 2, lett. b) del d.l. n. 47 del 2014, convertito nella legge n. 80 del 2014, ai sensi del quale *“non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35”*.

Si sottolinea che, a detta regola segue, nella medesima disposizione, la precisazione in forza della quale: *“Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”*.

Orbene, la disposizione, come interpretata già dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 2 novembre 2015, n. 9, seguita da numerose altre anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11604, **consente all'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi in subappalto le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.**

A tal proposito, nella sentenza si legge che: ***“L'intenzione dell'operatore economico di subappaltare i lavori di una determinata categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria espressa nel DGUE e nella dichiarazione di subappalto, è da intendersi come chiara ed univoca manifestazione di volontà di fare ricorso, per partecipare alla procedura di gara, alla qualificazione delle imprese subappaltatrici, senza che s'imponga la specificazione in ordine alla natura necessaria o qualificatoria del subappalto o alle norme che lo prevedono.***

Infatti, i rilievi analoghi a quelli svolti dalla ricorrente in primo grado in merito all'asserita genericità della dichiarazione di subappalto necessario, si rimarca nella sentenza, sono stati superati altresì da recenti decisioni sia della stessa V Sezione (Cons. Stato, V, 21 febbraio 2024, n. 1723) che di altre (Cons. Stato, VII, 6 giugno 2023 n. 5545).

Publicato il 25/10/2024

**N. 08534/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 04078/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 4078 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Eurowork S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01FC19C72, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Lofoco, Claudia Pironti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Autorita' di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio - Gioia Tauro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Costruzioni Edili 2001 S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria sezione staccata di Reggio Calabria n. 00325/2024, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio e di Costruzioni Edili 2001 S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Lofoco e Zaccone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sezione staccata di Reggio Calabria ha accolto il ricorso proposto dalla società Costruzioni Edili 2001 s.r.l. contro l'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio, nonché nei confronti della società Eurowork s.r.l., per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della procedura negoziata senza bando indetta dall'Autorità a norma dell'art. 50, comma 1, lettera d), del d. lgs. 36/2023, attraverso RdO Aperta in MePA, avente ad oggetto l'affidamento dei "*Lavori di sopraelevazione e ristrutturazione dell'edificio sede dell'Autorità portuale di Gioia Tauro. Progetto di completamento*".

1.1. Il tribunale – dato atto dei due motivi di ricorso, della resistenza della stazione appaltante e della mancata costituzione della controinteressata – ha ritenuto sussistenti i presupposti di legge per definire il giudizio nella sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a.

1.2. Ha quindi esaminato ed accolto il primo motivo, a portata assorbente, col quale era stato dedotto che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in ragione del fatto che l'attestazione SOA, presentata ai fini della comprova del requisito di qualificazione nella categoria prevalente OG1, sarebbe venuta a scadenza in data 03.02.2024 in pendenza della procedura di gara ed era stata "rinnovata" soltanto con certificato rilasciato il successivo 15.02.2024; ciò perché la controinteressata avrebbe richiesto il rinnovo dell'attestazione SOA soltanto 50 giorni prima della scadenza del titolo e non entro il termine di 90 giorni, come prescritto dall'art. 16, comma 5, All.II.12 D.lgs. n. 36/2023.

1.2.1. Il tribunale ha ritenuto violati sia quest'ultima disposizione – interpretata in base all'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla disposizione previgente dell'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010 – sia l'art. 6.2 della *lex specialis* – riguardante il possesso dei requisiti di capacità tecnica professionale richiesti per la partecipazione alla gara.

Ha poi condiviso la denuncia di carenza di istruttoria, perché nel caso di specie, come si legge in sentenza: *<<la controinteressata ha partecipato alla gara in virtù di una SOA pacificamente scaduta il 03.02.2024, ma non ha chiesto tempestivamente all'organismo di attestazione (stipulando all'uopo il relativo contratto d'incarico solo in data 12.12.2023) di procedere alla verifica della sua posizione e di provvedere al conseguente "aggiornamento" (o "rinnovamento") dell'attestato in questione;*

*- il nuovo certificato SOA, infatti, ancorché recante una classifica superiore rispetto a quella precedentemente posseduta dall'aggiudicataria e presentata in fase di gara per la partecipazione alla procedura, passando dalla categoria OG1 class. III bis alla class. IV, è stato rilasciato in data 15.02.2024, mentre il termine di novanta giorni antecedenti la data di scadenza dell'attestazione, previsto dall'art. 16, comma 5, All.II.12 D.lgs. n. 36/2023, era scaduto il 05.11.2023.>>.*

Il tribunale ne ha tratto la conseguenza che *<<l'Autorità di Sistema Portuale ha, quindi, omesso di rilevare che il contratto di rinnovo dell'attestazione SOA, sottoscritto il 12.12.2023 dal legale rappresentante di Eurowork, non poteva consentire l'ultrattività della "vecchia" SOA o, in altri termini, che la nuova SOA non poteva che avere un'efficacia ex nunc (ossia dal 15.02.2024), determinando una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti specifici di partecipazione pari a 11 giorni.>>.*

1.2.2. Pertanto è stata accolta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, mentre non vi è stato luogo a provvedere sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, non ancora stipulato con l'aggiudicataria, e, quanto alla domanda di risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara, è stato demandato all'Amministrazione resistente di riprendere la procedura di gara ed effettuare le verifiche previste dall'art. 17 del d.lgs. n. 36/2023 nei confronti della ricorrente.

1.3. Le spese processuali sono state poste a carico dell'amministrazione resistente, mentre sono state dichiarate irripetibili nei confronti della società controinteressata non costituita in giudizio.

2. Eurowork s.r.l. ha proposto appello con un unico motivo, articolato in più censure.

La società Costruzioni Edili 2001 s.r.l. si è costituita per resistere all'appello e ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. il secondo motivo dell'originario ricorso, assorbito in primo grado.

L'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio si è costituita in appello e ha prodotto documenti.

2.1. Nelle date del 20 giugno 2024 e dell'11 settembre 2024 la società appellante ha depositato due atti di motivi aggiunti in appello, con i quali ha impugnato, per invalidità derivata, rispettivamente, il decreto di annullamento dell'aggiudicazione in favore della Eurowork e di nuova aggiudicazione in favore della Costruzioni Edili 2001 del 23 maggio 2024 e il contratto stipulato *medio tempore*, in data 22 agosto 2024, con la controinteressata,

Costruzioni Edili 2001, come da comunicazione ricevuta il 26 agosto 2024, prot. n. 23386/U/2024.

2.2. All'udienza del 3 ottobre 2024 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche delle parti private.

3. In via preliminare va dato atto che con la memoria depositata il 12 settembre 2024 la società Costruzioni Edili 2001 ha eccepito l'inammissibilità e l'irricevibilità dei due atti di motivi aggiunti proposti in appello dalla società Eurowork.

L'eccezione è formulata avendo riguardo all'art. 104, comma 3, c.p.a., e deducendo che la disposizione consente di proporre motivi aggiunti al solo fine di censurare ulteriori vizi di atti già impugnati in primo grado, mentre è preclusa l'impugnativa per tale via di nuovi atti non censurati in prime cure.

La Costruzioni Edili 2001 ne ha fatto seguire la conclusione che l'aggiudicazione in suo favore e il contratto avrebbero dovuto essere impugnati dinanzi al giudice di primo grado; con la conseguenza – non esplicitata dall'appellata ma – inevitabile che l'appello sarebbe improcedibile per la mancata valida impugnazione del provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto.

Quanto, poi, al secondo ricorso per motivi aggiunti in appello, la Costruzioni Edili 2001 aggiunge che il contratto di appalto non sarebbe impugnabile nel giudizio amministrativo, poiché estraneo alla fase della c.d. evidenza pubblica, riservata alla giurisdizione amministrativa.

L'eccezione è infondata, sotto entrambi i profili.

3.1. Per come riconosciuto dalle parti, e per come specificato negli atti impugnati con motivi aggiunti in appello, l'Autorità di Sistema Portuale ha annullato l'aggiudicazione in favore della Eurowork e ne ha disposto l'esclusione, in dichiarata esecuzione della sentenza di primo grado, già appellata, la cui efficacia esecutiva non era stata sospesa.

La norma che regola tale fattispecie processuale è l'art. 336, comma 2, c.p.c., non l'art. 104, comma 3, c.p.a.

L'art. 336, comma 2, c.p.c., sugli effetti della riforma della sentenza nel grado di impugnazione, prescrive che *“la riforma ... estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata ...”*.

La disposizione è ritenuta applicabile al giudizio amministrativo in forza del rinvio di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a. (cfr., fra le tante, da ultimo Cons. Stato, VI, 7 novembre 2023, n. 9579, anche per i precedenti giurisprudenziali).

Con riguardo alla fattispecie oggetto del presente contenzioso, l'applicazione della disposizione processuale comporta che, se l'aggiudicazione sopravvenuta alla decisione di

primo grado sia conseguita *recta via* all'accoglimento del ricorso, la sua mancata impugnazione non rende improcedibile l'appello proposto avverso la sentenza di accoglimento (Cons. Stato, V, 20 gennaio 2022, n. 365; cfr., inoltre, id. V, 4 maggio 2022, n. 3495; id., V, 9 giugno 2022, n. 4715).

Invero, trattandosi di provvedimento meramente esecutivo della sentenza di primo grado, l'accoglimento dell'appello proposto avverso quest'ultima ne determina la caducazione, poiché il nuovo provvedimento di aggiudicazione è da ritenere "dipendente" dalla sentenza riformata che ne costituisce presupposto e fondamento. Lo conferma la giurisprudenza di questo Consiglio, secondo la quale: la regola dell'effetto espansivo esterno della sentenza di appello comporta che i provvedimenti che l'amministrazione pone in essere in esecuzione di una sentenza di primo grado impugnata (atti intrinsecamente interinali e provvisori) siano automaticamente travolti dall'accoglimento dell'appello e dalla riforma della stessa sentenza (Cons. Stato, V, 20 gennaio 2022 n. 365; cfr., inoltre, Cons. Stato, VI, 28 maggio 2021, n. 4106).

L'ambito di applicazione dell'art. 336, comma 2, c.p.c. è distinto da quello dell'art. 104, comma 3, c.p.a.

Infatti, quest'ultima disposizione, consentendo la proposizione di motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati in primo grado per vizi emersi successivamente, implicitamente preclude l'impugnazione diretta in appello degli atti o dei provvedimenti amministrativi sopravvenuti. Se questi siano stati adottati dall'amministrazione a seguito di iniziativa autonoma, quale espressione di nuove, autonome scelte discrezionali, senza alcun rapporto di dipendenza dalla sentenza gravata, vanno impugnati in primo grado.

L'art. 104, comma 3, c.p.a. tuttavia non concerne gli atti o i provvedimenti sopravvenuti con i quali l'amministrazione, che sia rimasta soccombente in giudizio, si conforma al *dictum* della sentenza di primo grado e vi dà esecuzione.

3.1.1. Nel caso di specie l'Autorità di Sistema Portuale ha dato seguito alla statuizione con la quale il T.a.r. ha accolto il ricorso e "*per l'effetto, annulla[to] il provvedimento di aggiudicazione impugnato*" (come si legge in dispositivo).

Gli atti oggetto dei ricorsi per motivi aggiunti in appello sono perciò "dipendenti" dalla statuizione di primo grado, ai sensi dell'art. 336, comma 2, c.p.c., con la conseguenza che l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza di primo grado estendono i loro effetti ai medesimi, secondo quanto si dirà nel prosieguo.

3.2. In merito al contratto stipulato in pendenza del giudizio di appello, fermo quanto sopra, l'impugnazione non è inammissibile per difetto di giurisdizione, come sembra sostenere l'appellata. Invero è riservata alla giurisdizione amministrativa la decisione sulla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione (arg. ex art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.).

3.3. Le eccezioni formulate dalla Costruzioni Edili 2001 s.r.l. vanno respinte e le censure

proposte dall'appellante Eurowork avverso la sentenza di primo grado vanno esaminate nel merito.

4. Con l'unico motivo di appello si denuncia l'erroneità della sentenza perché basata su una ricostruzione dei fatti erronea e parziale.

4.1. La società Eurowork sostiene che la richiesta di rinnovo della SOA sarebbe stata inoltrata ben prima dei termini previsti dal citato art. 16, comma 5, dell'Allegato II. 12 del d.lgs. n. 36/2023 e che soltanto il contratto di attestazione sarebbe stato formalizzato successivamente.

In particolare, l'appellante deduce che, dopo aver ricevuto l'*alert* dall'impresa SoaLaghi relativamente alla prossima scadenza dell'attestazione SOA in corso di validità, si attivò con sollecitudine chiedendo - con *e-mail* del 9 ottobre 2023 - di dare corso al rinnovo, con incremento della categoria OG1 dalla classifica IV bis alla V, e che l'interlocuzione si protrasse nelle settimane successive, come attestato da comunicazione del 10 novembre 2023, con la quale venne inviato il contratto di rinnovo per l'attestazione SOA, sottoscritto il successivo 12 dicembre.

Ciò chiarito in fatto, l'appellante richiama la giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010 (il cui testo è stato riprodotto nell'art. 16, comma 5, del detto Allegato al nuovo Codice dei contratti pubblici), onde concludere nel senso che la richiesta di rinnovo della SOA tempestivamente inoltrata sarebbe stata sufficiente a garantire l'effetto retroattivo della nuova attestazione, impedendo la soluzione di continuità ritenuta invece dal primo giudice.

4.2. Sotto altro profilo, ove mai non si volesse riconoscere la portata dirimente delle richieste e delle comunicazioni intercorse tra settembre e novembre 2023, l'appellante sostiene un'interpretazione non formalistica dell'art. 16 in contestazione, in uno col rispetto del principio di proporzionalità, che dovrebbe indurre a ritenere irrilevante l'intervallo di appena undici giorni tra la scadenza della SOA e la data del suo rinnovo; piuttosto dovrebbe assumere rilievo dirimente la circostanza che il rinnovo sia avvenuto per tutte le categorie richieste (ed anzi anche per altre aggiuntive), dando certezza della permanenza dei requisiti per l'ottenimento dell'attestazione per tutto il periodo preso in considerazione.

4.3. Infine, l'appellante invoca la diretta applicazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell'azione amministrativa, al fine di evidenziare l'erroneità e l'ingiustizia della decisione gravata.

5. Il motivo è fondato.

5.1. In punto di diritto va premesso che l'attestazione di qualificazione, requisito di ammissione alle gare pubbliche, per costante giurisprudenza si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto. Come ribadito da ultimo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 24 aprile 2024, n. 7 (alla cui motivazione è sufficiente fare rinvio anche per i precedenti in materia), non è possibile

configurare alcuna soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione.

Il principio è valido anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in ragione di quanto previsto dall'art. 96 per i requisiti generali e dall'art. 100 per i requisiti di ordine speciale.

In particolare, per le procedure di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati con attestazioni rilasciate da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC, secondo il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici disciplinato dall'allegato II. 12, con la precisazione che *“il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto”* (come previsto dall'art. 100 comma 4).

L'art. 16 dell'allegato II.12 al d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile *ratione temporis*, prevede, tra l'altro, che:

*“5. L'efficacia dell'attestazione è pari a cinque anni con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di capacità strutturale di cui all'articolo 17, comma 5. Almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione.*

*6. Il rinnovo dell'attestazione può essere richiesto anche prima della scadenza sempre che siano decorsi novanta giorni dalla data del rilascio dell'attestazione originaria.*

*7. Il rinnovo dell'attestazione avviene alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione; dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dal comma 5”.*

Essendo la nuova disposizione riproduttiva dell'art. 76, commi 5, 6 e 7, del d.P.R. n. 207 del 2010, non solo non si pongono questioni di diritto intertemporale (nella successione delle norme regolatrici del sistema di qualificazione degli operatori economici), ma sono utilizzabili gli approdi interpretativi raggiunti dalla giurisprudenza sulla disciplina previgente.

Volendo mantenere ferma l'interpretazione che attribuisce al mancato rispetto del termine (di novanta giorni precedente la scadenza di validità dell'attestazione) per la richiesta di rinnovo l'effetto di decadenza sostenuto da diverse pronunce giurisprudenziali (con la conseguenza che, se il rinnovo è stato chiesto tardivamente, la SOA rilasciata, a sua volta, dopo la scadenza varrebbe come nuova attestazione, senza saldarsi con la precedente: cfr. Cons. Stato, V, 6 luglio 2018, n. 4148), va tuttavia dato seguito al consolidato orientamento giurisprudenziale che ha affermato che al fine della verifica della continuità del possesso del requisito è sufficiente che l'impresa abbia stipulato con la SOA il relativo contratto, o abbia presentato un'istanza di rinnovo idonea a radicare l'obbligo dell'organismo di eseguire le connesse verifiche, nel termine normativamente previsto (*ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2014

e id., V, 8 marzo 2017, n. 1091, richiamate da Cons. Stato, V, 18 novembre 2020, n. 7178).

Va valorizzata l'affermazione giurisprudenziale che collega l'effetto di continuità del possesso del requisito non solo al dato formale della stipulazione del nuovo contratto con il medesimo organismo di attestazione (o con altro autorizzato all'esercizio della relativa attività), bensì anche all'iniziativa dell'operatore economico concretamente finalizzata alla richiesta ed all'avvio del procedimento di rinnovo da parte di quest'ultimo organismo.

Infatti, la *ratio* della previsione dell'art. 16, comma 5, dell'allegato II.12 (così come del suo immediato antecedente normativo) va rinvenuta nell'esigenza di evitare che vada a discapito dell'impresa concorrente il corrispondente termine di novanta giorni assegnato all'organismo di attestazione per eseguire l'istruttoria e gli accertamenti necessari alla verifica (della permanenza) dei requisiti di qualificazione (arg. ex art. 16 cit., comma 3).

Però, se l'attività istruttoria della SOA viene tempestivamente sollecitata dall'operatore economico, con modalità tali da dimostrarne la diligenza nel richiedere il rinnovo, confidando nella tempestiva evasione, anche prima (ed in vista) della stipulazione del contratto con l'organismo di attestazione, detta *ratio* viene soddisfatta.

Inoltre, in tale ultima eventualità il concorrente non appare penalizzabile con l'esclusione, in applicazione del principio del *favor participationis*, e tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per stipula del contratto di appalto.

Come già affermato dalla giurisprudenza, il rilascio di una nuova attestazione SOA certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso requisiti in passato già valutati e certificati positivamente, ma li ha mantenuti anche nel periodo intercorrente tra la domanda di rinnovo e quella di rilascio della nuova certificazione, senza alcuna soluzione di continuità (Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2051; 8 marzo 2017, n. 1091).

5.2. Onde applicare i detti principi nel caso di specie, va premesso che, essendo stato trasmesso dalla stazione appaltante l'avviso di avvio della procedura negoziata senza bando con RdO in data 28 dicembre 2023:

- il termine di presentazione delle offerte scadeva il 31 gennaio 2024;
- all'atto di partecipazione alla gara la Eurowork ha prodotto attestazione SOA con scadenza 3 febbraio 2024;
- contestualmente ha allegato il contratto per il rinnovo dell'attestazione stipulato con la SoaLaghi in data 12 dicembre 2023;
- il rinnovo dell'attestazione reca quale data di rilascio il 15 febbraio 2024, precedente la

proposta di aggiudicazione di cui al verbale di gara n. 5 del 1° marzo 2024.

5.2.1. Dalla documentazione prodotta in appello da Euowork risulta inoltre quanto segue:

- il 22 settembre 2023 Euowork riceveva un *alert* dalla SoaLaghi per la prossima scadenza della SOA;
- il 9 ottobre 2023 Euowork si rivolgeva alla società Ibis Management s.r.l. (in persona di tale ing. Pronesti) chiedendo di dare corso al rinnovo presso la SoaLaghi, con incremento della categoria OG1 dalla classifica IV bis alla V;
- il 10 novembre 2023 l'ing. Pronesti inviava in copia il contratto di rinnovo dell'attestazione SOA con l'organismo di attestazione SoaLaghi, con l'elenco dei documenti necessari al rinnovo;
- il detto contratto era inviato, con sottoscrizione digitale, alla SoaLaghi in data 11 dicembre 2023 e sottoscritto digitalmente dal legale rappresentante dell'organismo di attestazione in data 12 dicembre 2023.

5.2.2. Il collegio ritiene che tali ultime risultanze siano idonee a dimostrare che Euowork, operatore economico interessato al rinnovo della SOA, pur avendo stipulato il contratto con l'organismo di attestazione in data 12 dicembre 2023, quindi oltre il termine di novanta giorni prima della scadenza della SOA, si sia inequivocabilmente attivato allo scopo ben prima della scadenza di tale termine, a ridosso della comunicazione di prossima scadenza ricevuta dalla SoaLaghi, tanto è vero che questa fu in grado di rilasciare l'attestazione in rinnovo nell'arco di circa due mesi dalla stipulazione del contratto di rinnovo.

5.3. La Costruzioni Edili 2001 formula una prima eccezione di ordine processuale al fine di opporsi alla conclusione appena detta.

5.3.1. L'eccezione riguarda l'inutilizzabilità dei documenti prodotti per la prima volta in appello dalla Euowork (che non era costituita in primo grado), ostandovi il divieto di produzione di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a.

Al riguardo, non può essere trascurato il dato di fatto - su cui si sofferma l'appellante - che, notificato il ricorso il 23 aprile 2024 e depositato il successivo 2 maggio 2024, la camera di consiglio dinanzi al T.a.r. era celebrata il successivo 8 maggio, con la sola partecipazione dell'amministrazione resistente, mentre Euowork non era costituita; all'esito della camera di consiglio era pronunciata la sentenza in forma semplificata pubblicata il 10 maggio 2024; ciò, secondo l'appellante, malgrado vi fosse un'incompletezza istruttoria, che avrebbe condotto all'erroneità dell'accoglimento del primo motivo di ricorso.

La parte appellata oppone che, essendo la Euowork rimasta contumace, la lacuna istruttoria sarebbe alla stessa imputabile, quindi non colmabile in appello in deroga alla previsione dell'art. 104, comma 2, c.p.a.

L'assunto non è condivisibile con riguardo al giudizio immediato ex artt. 60 e 120 c.p.a.

Relativamente a quest'ultimo, si è già affermato che non è imputabile alla parte, ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a. la mancata produzione documentale ascrivibile <<all'avvenuta definizione del ricorso con sentenza in forma semplificata in occasione di una camera di consiglio fissata [...] prima che fossero scaduti gli stessi termini di costituzione delle parti, pur nel rispetto del potere attribuito al giudice dall'art. 60 c.p.a., che richiede soltanto che "siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso">>. Si tratta di una pronuncia della Sezione che va confermata poiché, come si legge nella relativa motivazione, il rispetto del principio del giusto processo <<impone di interpretare gli artt. 60 e 104 c.p.a. nel senso che, in caso di ricorso incamerato in decisione prima della scadenza del termine di costituzione delle parti intime, deve essere consentito a queste ultime di svolgere ed integrare le proprie difese in appello anche mediante produzioni documentali che altrimenti sarebbero precluse, al fine di espletare il pieno esercizio del diritto di difesa >> (Cons. Stato, V, 12 dicembre 2018, n. 7026).

A corollario di tale affermazione occorre aggiungere che, nella situazione processuale anzidetta, non è nemmeno richiesta la dimostrazione della parte di essersi trovata nell'impossibilità di costituirsi e di produrre i documenti rilevanti nel primo grado di giudizio.

In conclusione, va ribadito che, in caso di sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. adottata prima della scadenza del termine di costituzione delle parti, è consentito alla parte che sia rimasta contumace di produrre in appello i documenti non prodotti in primo grado a causa della sua mancata costituzione, in deroga al divieto di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a. (cfr., in senso conforme, anche Cons. Stato, IV, 27 luglio 2021, n. 5560).

L'applicazione di questo principio al caso di specie comporta l'ammissibilità della produzione documentale in appello di Eurowork, dato che la sentenza di primo grado è stata riservata per la decisione l'8 maggio 2024 e pubblicata il 10 maggio 2024, nella contumacia della controinteressata, quando non era ancora scaduto il termine di trenta giorni per la sua costituzione, decorrente dalla notificazione del ricorso in data 23 aprile 2024.

5.4. Ammessa come sopra la produzione documentale dell'appellante Eurowork, tuttavia l'appellata Costruzioni Edili 2001 ne contesta anche, nel merito, l'idoneità a comprovare un'adeguata iniziativa dell'operatore economico volta al rinnovo dell'attestazione.

In proposito, la società ricorrente in primo grado assume che:

- l'ing. Pronesti sarebbe referente della Ibis Management s.r.l., la quale ultima è una società di consulenza, ma non è essa stessa organismo di attestazione, né risulta che fosse referente della SoaLaghi;
- l'organismo di attestazione potrebbe dirsi coinvolto nel rinnovo richiesto dalla Eurowork tutt'al più dal 10 novembre 2023, data nella quale il contratto è stato trasmesso all'appellante, ma già oltre il termine di legge (essendo questo scaduto il precedente 3 novembre), per poi essere sottoscritto soltanto nel dicembre dello stesso anno, con evidente difetto di diligenza;

- le *e-mail* depositate non avrebbero i requisiti di certezza occorrenti per dimostrare l'antiorità della richiesta di rinnovo rispetto al termine di legge, perché, non essendo pec, non soddisfano i requisiti prescritti dall'art. 20, comma 1 bis, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, ai fini dell'efficacia probatoria ex art. 2702 cod. civ., né le date sarebbero opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2704 cod. civ.

5.4.1. La prima obiezione va superata osservando che, se è vero che la Ibis Management s.r.l. è società di consulenza ai fini del rilascio delle attestazioni SOA, in contatto perciò con diversi organismi di attestazione, è pure dimostrato dalla documentazione in atti che l'ing. Pronesti, referente della Ibis Management, ha agito in concreto quale intermediario tra la Eurowork e la SoaLaghi, in quanto incaricato dalla prima di curare presso la seconda l'avvio della procedura di rinnovo dell'attestazione.

La conclusione si trae dal contenuto della comunicazione del 9 ottobre 2023, dal momento che non appare rivolta ad ottenere una mera consulenza, bensì specificamente diretta alla stipulazione del contratto di rinnovo con la medesima SOA che aveva rilasciato l'attestazione da rinnovare e che ne aveva sollecitato il rinnovo con la comunicazione del mese di settembre.

5.4.2. La bozza di contratto inviata con *e-mail* del 10 novembre 2023 non va infatti considerata isolatamente, come fa la difesa dell'appellata con la seconda delle obiezioni sopra sintetizzate, ma in relazione all'*alert* che la società organismo di attestazione aveva inviato all'Eurowork il 22 settembre ed alla richiesta che la stessa Eurowork aveva rivolto all'ing. Pronesti il 9 ottobre: l'invio del contratto corrobora la linea difensiva dell'operatore economico in merito al ruolo di effettivo intermediario dell'ing. Pronesti ed alla sua tempestiva attivazione presso la SoaLaghi per conto della Eurowork, alle quali il contratto è intestato.

Parimenti confermativa della tempestiva iniziativa riconducibile all'operatore economico, pur se per il tramite di un intermediario, appare la circostanza che il contratto sottoscritto digitalmente dalle parti contraenti abbia il medesimo contenuto di quello inviato per il tramite dell'ing. Pronesti.

Così la circostanza che il contratto sia stato sottoscritto il 12 dicembre 2023, nel contesto di detto comprovato svolgimento del rapporto tra le parti future contraenti, non è indice di negligenza (*rectius*, inerzia) dell'operatore economico nel richiedere il rinnovo della SOA, ma appare piuttosto collegata al (tempo di) reperimento dei documenti richiesti con la stessa email del 10 novembre 2023, necessari all'istruttoria della pratica.

Di qui il rispetto della finalità della dilazione temporale tra la richiesta di rinnovo e la scadenza della SOA, vale a dire quella di avviare tempestivamente il processo di verifica da parte dell'organismo di attestazione, che nel caso di specie può dirsi raggiunta perché - come già detto - il procedimento di rinnovo si completò positivamente dopo poco più di due mesi dalla stipulazione del contratto.

5.4.3. In merito ai rilievi riguardanti l'efficacia probatoria delle *e-mail*, va premesso che il messaggio di posta elettronica (*e-mail*) può essere definito un "documento informatico" ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. p) del d.lgs. n. 82/2005, vale a dire un "*documento elettronico*"

*che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.*

L'art. 20, comma 1 bis, dello stesso decreto (*Codice dell'amministrazione digitale*), nel testo attualmente vigente, prevede inoltre che *“Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida.”.*

I messaggi di posta elettronica scambiati tra la Eurowork e l'ing. Pronestì sono contenuti in *e-mail* “ordinarie”, cioè prive di firma digitale, elettronica qualificata o avanzata, né formati con modalità di previa identificazione informatica dell'autore. Pertanto rientrano nella previsione di cui al penultimo periodo della disposizione appena riportata.

Sebbene quest'ultima accomuni la disciplina del requisito della forma scritta e del valore probatorio del documento, va chiarito che, nel presente giudizio, non si pongono questioni di diritto sostanziale attinenti all'efficacia probatoria della scrittura privata ex artt. 2702 e 2704 cod. civ. (pure richiamati dall'appellata), vale a dire attinenti alla forma scritta (*ad substantiam* o *ad probationem*) del documento, onde valutare gli effetti obbligatori di dichiarazioni negoziali ivi contenute; piuttosto è in discussione esclusivamente la questione processuale dell'idoneità del documento a provare i fatti ivi rappresentati, cioè la questione delle condizioni in presenza delle quali la *email* costituisce una prova documentale utilizzabile in giudizio.

Da questo punto di vista rileva anche l'art. 2712 cod. civ.: a tale norma la giurisprudenza civile ha ripetutamente ricondotto il messaggio di posta elettronica inteso come documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime (Cass. 14 maggio 2018, n. 11606; id. 17 luglio 2019, n. 19155 ed altre).

Il rapporto tra la disposizione del codice civile (che configura una prova legale) e quella del codice dell'amministrazione digitale (che rimette al giudice la “libera” valutazione del documento secondo le sue caratteristiche) è stato delineato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione secondo la seguente scansione: se non ne sono contestati la provenienza od il contenuto, il messaggio di posta elettronica forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, ai sensi dell'art. 2712 cod. civ.; se ne sono contestati la provenienza od il contenuto, il giudice non può espungere quel documento dal novero delle prove utilizzabili, ma

deve valutarlo in una con tutti gli altri elementi disponibili e tenendo conto delle sue caratteristiche intrinseche di sicurezza, integrità, non modificabilità (Cass., III, 21 maggio 2024, n. 14046).

Si tratta di una sintesi condivisibile.

Le *e-mail* prodotte dalla Eurowork non sono state specificamente disconosciute dalla Costruzioni Edili 2001 ai sensi dell'art. 2712 cod. civ.

In disparte la mancanza di valido disconoscimento (che, oltre che tempestivo, deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito: cfr. Cass., 13 maggio 2021, n. 12794), va sottolineato che non vi sono elementi per ritenere che i messaggi di posta elettronica prodotti dalla Eurowork non corrispondano ai fatti ivi rappresentati, come sopra esposti e, infine, riscontrati dalla sottoscrizione del contratto di rinnovo e dal successivo rilascio della SOA.

5.5. A tale ultimo riguardo giova aggiungere che il principio di continuità del possesso dei requisiti di qualificazione va interpretato tenendo conto dei principi del risultato e della fiducia, di cui agli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, oltre che dei principi di proporzionalità e ragionevolezza invocati dall'appellante.

Ai primi due si è conformata l'azione amministrativa della stazione appaltante quando - per un verso, perseguendo l'interesse pubblico primario all'affidamento e all'esecuzione della commessa al primo classificato; per altro verso, riconoscendo l'affidabile condotta dell'operatore economico nel conseguimento del rinnovo della SOA - ha constatato che alla data della proposta di aggiudicazione il nuovo certificato SOA era già stato conseguito (per di più con incremento di classifica) e che l'intervallo rispetto alla data di scadenza non era stato determinato dalla perdita effettiva dei requisiti. Tale ultimo profilo sostanziale della permanenza dei requisiti di capacità da una data ad un'altra - senza alcuna lacuna intermedia, se non la discontinuità della certificazione (di appena undici giorni), soltanto formale, e comunque priva di incidenza sull'andamento della procedura di gara - rileva inoltre al fine di impedire una sanzione di esclusione che - vieppiù all'esito della tempestiva iniziativa dell'operatore economico come sopra accertata - sarebbe sproporzionata ed irragionevole.

5.6. L'appello va quindi accolto e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, va respinto il primo motivo del ricorso di primo grado.

6. Va quindi esaminato il secondo motivo, ritenuto assorbito e riproposto in appello dalla Costruzioni Edili 2001 s.r.l. ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

6.1. Con questo (rubricato "*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 119 del D. Lgs. 36/2023. Violazione dell'art. 12, comma 2 del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, conv. con modifiche in L. 23 maggio 2014 n. 80. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 del Disciplinare di gara. Difetto assoluto o carenza di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.*") la Costruzioni Edili 2001 lamenta che la società aggiudicataria, essendo priva di qualificazione nelle categorie scorporabili OS 28 e OS 30, avrebbe prodotto una dichiarazione generica di subappalto, elencando le categorie di lavorazioni da subappaltare senza classificarle e,

soprattutto, senza specificare la natura di subappalto necessario o “qualificante”, in violazione delle norme citate in rubrica; con la conseguenza che avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara per l'impossibilità di accedere alla qualificazione tramite subappalto necessario.

6.1.1. Il motivo è infondato.

6.2. Va premesso, a scanso di ogni equivoco sulla portata della presente decisione, che il motivo di ricorso non pone all'attenzione del collegio la questione dell'attuale atteggiarsi dell'istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio, dibattuta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023 (peraltro sotto il profilo della necessità o meno della qualificazione per tutte le categorie scorporabili; questione, che non è affatto rilevante nel presente giudizio).

Non essendo stata impugnata la legge di gara che nella procedura *de qua* ne ha presupposto l'applicazione, è sufficiente richiamare le disposizioni che seguono.

Invero, ai sensi dell'art. 30, comma 1, dell'allegato II.12 del Codice (che riproduce l'art. 92, comma 1, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico- organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

Inoltre, non è stato abrogato l'art. 12 comma 2 lett. b) del d.l. n. 47 del 2014, convertito nella legge n. 80 del 2014.

La norma fissa la regola che *“non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35”*.

A detta regola segue, nella medesima disposizione, la precisazione in forza della quale *“Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”*.

In base a tale disposizione (come interpretata già dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 2 novembre 2015, n. 9, seguita da numerose altre anche nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui da ultimo Cons. Stato, V, 29 dicembre 2022, n. 11604), l'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente è ammesso a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando

per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi in subappalto le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.

6.3. L'Autorità di Sistema Portuale ne ha fatto l'applicazione ricavabile dalle seguenti indicazioni della *"lettera di invito e disciplinare di gara"*.

L'art. 6.2 (*Requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica professionale*), dopo avere riportato l'art. 30 dell'allegato II.12 del Codice, precisa che il concorrente può partecipare alla gara se in possesso di attestazione SOA in corso di validità per le classi e categorie riepilogate nel prospetto ivi contenuto, il quale indica sia la categoria prevalente OG1 che le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria OS 28 e OS 30, specificando che queste sono subappaltabili al 100%.

L'art. 8 (*Subappalto*) prevede poi che *"Il concorrente indica le prestazioni che intende subappaltare o concedere in cottimo. In caso di mancata indicazione il subappalto è vietato."*

L'avviso di gara non contiene invece alcuna prescrizione in merito ad una specifica dichiarazione sulla natura qualificante del subappalto.

Il modello del *DGUE* fornito dalla stazione appaltante contiene la specifica sezione dedicata al subappalto, quella sub D, nella quale l'operatore è tenuto a barrare "sì" o "no" all'intendimento di subappaltare e a indicare le relative lavorazioni.

6.4 In tale contesto, la Eurowork ha espresso in fase di gara la volontà di subappaltare il 100% delle lavorazioni delle categorie scorporabili OS28 e OS30, sia producendo puntuale e non generica dichiarazione di subappalto, tra la documentazione amministrativa (nella quale si legge, tra l'altro, con caratteri in maiuscolo *"di voler subappaltare le opere ricadenti nelle categorie OS28 – OS30 al 100% ad impresa regolarmente qualificata / specializzata nel settore delle lavorazioni delle categorie OS28 – OS30"*), sia dichiarando la medesima volontà nel *DGUE* al punto D.

Lo specifico riferimento alle categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria e la dichiarazione che il subappalto avrà ad oggetto l'intero, consente di superare le incertezze circa la portata della dichiarazione di subappalto di cui al precedente giurisprudenziale contrario, richiamato da parte ricorrente, nel quale la dichiarazione del r.t.i. aveva un contenuto ben più generico (cfr. Cons. Stato, V, 9 ottobre 2023 n. 8761).

D'altronde rilievi analoghi a quelli svolti dalla ricorrente in primo grado in merito all'asserita genericità della dichiarazione di subappalto necessario sono stati superati altresì da recenti decisioni sia di questa Sezione (Cons. Stato, V, 21 febbraio 2024, n. 1723) che di altre (Cons. Stato, VII, 6 giugno 2023 n. 5545) alle cui motivazioni è sufficiente rinviare per supportare l'affermazione che l'intenzione dell'operatore economico di subappaltare i lavori di una determinata categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria espressa nel *DGUE* e nella dichiarazione di subappalto, è da intendersi come chiara ed univoca manifestazione di volontà di fare ricorso, per partecipare alla procedura di gara, alla qualificazione delle imprese

subappaltatrici, senza che s'imponga la specificazione in ordine alla natura necessaria o qualificatoria del subappalto o alle norme che lo prevedono.

6.5. In base a tale principio, Eurowork si è validamente qualificata nelle categorie specialistiche OS28 e OS30, avendo reso espressa e specifica dichiarazione di subappalto per la totalità delle lavorazioni ricadenti nelle citate categorie.

Il motivo riproposto in appello dalla Costruzioni Edili 2001 va respinto.

7. In conclusione, respinti l'appello e il motivo riproposto ex art. 101, comma 2, c.p.a., in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso proposto da Costruzioni Edili 2001 s.r.l. contro l'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio e nei confronti della società Eurowork s.r.l.

7.1. In applicazione dell'art. 336, comma 2, c.p.c., del quale si è detto al fine di respingere l'eccezione di inammissibilità o irricevibilità dei motivi aggiunti concernenti la nuova aggiudicazione in favore di Costruzioni Edili 2001 s.r.l., quest'ultima va caducata.

Infatti, per l'operatività dell'effetto c.d. espansivo esterno della presente decisione di riforma della sentenza di primo grado i successivi provvedimenti adottati dall'Amministrazione sono travolti.

7.1.1. La caducazione dell'aggiudicazione finisce per travolgere anche il contratto stipulato con la Costruzioni Edili 2001, secondo quanto ritenuto già dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 2/2017 (al cui punto 37 si legge che *"sia l'aggiudicazione, sia il successivo contratto stipulato in esecuzione della sentenza di primo grado, [dovevano] ritenersi, per effetto dell'accoglimento dell'appello da parte dell'Adunanza plenaria con la sentenza n. 6 del 2016, automaticamente travolti in applicazione della regola del c.d. effettivo espansivo esterno della sentenza di appello sancito dall'art. 33[6], comma 2, c.p.c. ed applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, c.p.a."*).

Nel caso di specie peraltro il contratto andrebbe dichiarato inefficace anche a voler ritenere che la regola dell'art. 336 c.p.c. rinvenga un limite specifico nel processo amministrativo (in applicazione del principio di compatibilità dell'art. 39 c.p.a.) nelle previsioni di cui agli artt. 121 ss. c.p.a. che dettano una disciplina *ad hoc* in ordine alle conseguenze sul contratto discendenti dall'annullamento dell'aggiudicazione (così di recente Cons. Stato, VI, 7 novembre 2023, n. 9579).

La data di stipulazione del contratto (22 agosto 2024), considerata unitamente alla durata dell'appalto e alla mancata rappresentazione da parte della stazione appaltante e della controinteressata di elementi ostativi alla dichiarazione di inefficacia, inducono a ritenere che lo stato di esecuzione del contratto consenta di dichiarare lo stesso inefficace, con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente decisione.

8. Le spese processuali dei due gradi si compensano per la peculiarità del caso di specie.

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, respinto il motivo riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso proposto da Costruzioni Edili 2001 s.r.l. contro l'Autorità di Sistema Portuale dei Mari Tirreno Meridionale e Ionio e nei confronti della società Eurowork s.r.l.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con la Costruzioni Edili 2001 in data 22 agosto 2024.

Compensa interamente tra tutte le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Annamaria Fasano, Consigliere