

**Direzione  
Legislazione  
Opere Pubbliche**

**Principali novità  
normative e  
giurisprudenziali**

**Dal 19 al 23 febbraio**

## Provvedimenti e Atti Normativi

### Appalti pubblici: la domanda tipo di partecipazione alle gare

La recente pubblicazione del [Bando tipo n. 1/2023](#), avente ad oggetto la «Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo», ha portato l'Autorità a introdurre anche la [domanda di partecipazione tipo](#), al fine di standardizzare la modulistica per la partecipazione alle gare. Questo documento mira a semplificare le attività delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, riducendo il rischio di errori ed omissioni.

Di seguito, l'analisi della domanda di partecipazione tipo da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

- **Struttura della domanda**

La domanda tipo, elaborata da ANAC, attua l'art. 91, comma 2, del codice appalti, d.lgs. 36 del 2023. Quest'ultimo specifica che nella domanda sono contenuti gli elementi di identificazione del concorrente e l'indicazione della forma giuridica con la quale si presenta in gara, l'eventuale dichiarazione della volontà di avvalersi di impresa ausiliaria, nonché l'indicazione dei dati e dei documenti relativi ai requisiti speciali di partecipazione (artt. 100 e 103) contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico (art. 24).

Su tale base, l'Anac struttura la domanda tipo sui seguenti principi:

- vengono incluse solo dichiarazioni non presenti nel DGUE per evitare duplicazioni inutili ed errori;
- la domanda tipo è di natura generale e deve essere personalizzata dalle stazioni appaltanti in base alle loro esigenze, eliminando le sezioni non rilevanti e integrando informazioni aggiuntive necessarie per il tipo specifico di contratto.

Sotto il profilo metodologico, la domanda di partecipazione tipo, elaborata dall'ANAC, è il risultato di un processo collaborativo che ha coinvolto diversi attori, tra cui Itaca, IFEL, Consip, Invitalia, soggetti aggregatori e una vasta [consultazione pubblica](#) con centrali di committenza, stazioni appaltanti, associazioni di categoria, operatori economici ed enti di ricerca.

La domanda, soggetta ad aggiornamenti regolari per riflettere eventuali modifiche normative o miglioramenti, è prevista nei seguenti formati:

- Domanda di partecipazione tipo - del. 43.2023.docx;

- [Domanda di partecipazione tipo - del. 43.2023.pdf](#)

È altresì prevista la futura pubblicazione di una relazione AIR semplificata per illustrare le scelte regolatorie adottate.

- **Operatori economici**

Nel modello di domanda di partecipazione tipo, l'Autorità dà ampio spazio alla differenziazione tra le varie tipologie di operatore economico che ai sensi dell'art. 65 del codice possono partecipare alle gare pubbliche di appalto; ciò, precisando che le dichiarazioni contenute nella domanda stessa devono essere rese dal titolare/rappresentante legale/institore:

- dell'operatore singolo;
- dei consorzi artigiani e di cooperativi;
- dei consorzi stabili;
- della mandataria o capofila nel caso di RTI o consorzi ordinari costituiti;
- di tutte le imprese raggruppate in un RTI nel caso di RTI ancora da costituire
- di tutte le imprese consorziate che partecipano alla gara nel caso di un consorzio ordinario ancora da costituire;
- dell'impresa retista che riveste la funzione di organo comune nel caso di rete dotata di organo comune con potere di rappresentanza e con/senza soggettività giuridica;
- delle imprese retiste che partecipano alla gara nel caso di rete dotata di organo comune privo di rappresentanza o se la rete è sprovvista di organo comune o se l'organo comune è privo dei requisiti di qualificazione richiesti per assumere la veste di mandataria;
- del gruppo europeo interesse economico.

Tuttavia, a parere di ANCE, proprio con riferimento agli operatori economici, vi è un potenziale rischio di ambiguità nel citato modello. Infatti, quest'ultimo stabilisce in modo troppo generico che, nei casi di consorzi come definiti dall'art. 65, comma 2, lett. *b), c) e d)* del codice (ossia tutte le tipologie di consorzi non necessari), la dichiarazione - contenuta nella domanda di partecipazione - su quali siano le imprese consorziate esecutrici deve essere resa anche nel caso in cui un consorzio indichi un altro consorzio come consorziato esecutore. Ciò senza precisare che tale possibilità riguarda solo i consorzi artigiani e cooperativi, e non quelli stabili, i quali ai sensi dell'art. 65, comma 2, lett. *d)* non possono formare ulteriori consorzi stabili e quindi non è neppure possibile che indichino i propri esecutori.

- **Gestione del FVOE**

Per quanto riguarda la documentazione a prova dei requisiti di partecipazione, l'ANAC chiarisce che i documenti soggetti a riutilizzo sono inseriti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, FVOE 2.0, mentre quelli utilizzabili in una sola gara, come la polizza fideiussoria e il contratto di avvalimento, vengono allegati alla domanda di partecipazione alla procedura di appalto.

Ne consegue che, nelle suddette domande l'FVOE 2.0 viene utilizzato al fine di caricare sul sistema:

- in caso di partecipazione in più forme allo stesso appalto, la documentazione idonea a dimostrare che tale condizione non ha influenzato la gara né ha impatto sulla capacità di adempiere agli obblighi contrattuali;
- le misure di self-cleaning adottate in relazione alle cause di esclusione verificate prima della presentazione della domanda, di cui però lo stesso operatore economico deve avere anticipato la presenza nel DGUE;
- la documentazione posta a dimostrazione degli eventuali e specifici adempimenti a tutela del lavoro nonché quanto necessario anche ai fini della riduzione della garanzia a corredo dell'offerta ai sensi dell'articolo 106, comma 8, del codice.

Sotto un profilo operativo, ciò significa che dal coordinato di quanto disposto nella [domanda di partecipazione tipo](#) e nella [delibera n. 262 del 20 giugno 2023](#), il fascicolo virtuale dell'operatore economico viene utilizzato nel seguente modo:

- a) la stazione appaltante, tramite il Responsabile Unico del Progetto o il Responsabile del Procedimento, richiede il Codice Identificativo Gara (CIG) per ogni procedura di affidamento, specificando eventuali soggetti autorizzati per la verifica dei requisiti;
- b) i soggetti autorizzati dalla stazione appaltante richiedono l'accesso al fascicolo dell'operatore economico coinvolto nella procedura di affidamento o appalto per consultare i documenti dell'operatore;
- c) l'operatore economico, a seconda dei casi, ha già indicato nella domanda di partecipazione o nel DGUE i dati e i documenti disponibili per dimostrare i requisiti o le condizioni di partecipazione; in caso contrario, inserisce a sistema i documenti richiesti nel corso della procedura;
- d) in applicazione del principio *once only*, i dati e i documenti inseriti dall'OE sono quelli non presenti nel FVOE tramite interoperabilità con la PDND e non già in possesso della stazione appaltante;
- e) a regime, il sistema consente alla stazione appaltante di accedere

direttamente ai dati e ai documenti indicati nel DGUE e presenti nel FVOE 2.0;

- f) fino alla piena integrazione del DGUE con il FVOE 2.0, l'operatore economico autorizza singolarmente la stazione appaltante ad accedere al proprio FVOE per i documenti menzionati, previa autorizzazione dell'operatore stesso ad accedere allo specifico fascicolo predisposto nel FVOE per la procedura;
- g) i soggetti autorizzati dalla stazione appaltante visionano i documenti e i dati dell'operatore economico.

Al fine di rendere più fruibile il sistema, sia la stazione appaltante che l'operatore economico possono visualizzare e gestire gli avvisi di notifiche ricevute e attraverso una sezione dedicata sulla propria home page del FVOE 2.0.

Prendendo spunto dalla domanda tipo in esame, può quindi accadere, ad es., che un concorrente riceva una richiesta di accesso al suo FVOE per visionare la certificazione UNI EN ISO 45001, necessaria per ottenere una riduzione dell'importo della garanzia definitiva nella gara in questione. Poiché questa certificazione non è accessibile tramite interoperabilità tra i sistemi, il concorrente dovrà caricarla nel suo fascicolo virtuale e renderla disponibile alla stazione appaltante, autorizzando l'accesso al fascicolo specifico creato per questa procedura.

Una volta caricato, il certificato potrà essere riutilizzato per tutte le procedure successive, nel limite della sua validità.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

## Focus Giurisprudenza

### **Mancata aggiudicazione: dal Consiglio di Stato un riepilogo dei criteri per il risarcimento del danno**

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato (sez. V, 2 gennaio 2024, n. 26) ha ricostruito i principi formulati dalla giurisprudenza amministrativa in ordine al **risarcimento del danno** spettante alle imprese in caso di **mancata aggiudicazione dei contratti di appalto**.

Di seguito, una disamina della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

In via preliminare, i giudici amministrativi ricordano che in conseguenza dell'illegittimità dell'azione della stazione appaltante, che si sia risolta nell'annullamento della decisione di aggiudicazione, l'impresa pregiudicata ha a disposizione un duplice rimedio:

> la **tutela in forma specifica**, a carattere integralmente satisfattorio, affidata alla “domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto” (art. 124, comma 1, prima parte, c.p.a.), il cui accoglimento:

- postula, in negativo, la sterilizzazione *ope judicis*, in termini di “dichiarazione di inefficacia”, del contratto eventualmente già stipulato *inter alios*;
- richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz’altro aggiudicato la commessa;

> il **risarcimento del danno per equivalente monetario** (art. 124, comma 1, seconda parte c.p.a.), e ciò:

- sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l’assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 c.p.a., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza);
- sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione all’art. 1227 c.c.).

Nell’ambito della **tutela risarcitoria** vengono in rilievo:

> il **danno in termini di mera perdita di chances di aggiudicazione**, laddove non sia possibile accedere – in difetto di idonei elementi probatori ovvero in presenza di profili conformativi non integralmente vincolati, rimessi all’apprezzamento sequenziale della stazione appaltante – ad un giudizio di effettiva spettanza della commessa in favore dell’impresa danneggiata;

> il **danno da mancata aggiudicazione**, qualora la stessa sia invece in grado di dimostrare con certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, si sarebbe aggiudicato la commessa (e cioè che – ove il contratto fosse stato dichiarato inefficace, ricorrendone le condizioni – avrebbe senz’altro avuto diritto alla stipula o al subentro).

In relazione alla tipologia di danno da ultimo richiamata, la giurisprudenza amministrativa ha, poi, nel tempo fornito taluni **criteri da utilizzare per la dimostrazione e quantificazione del risarcimento**.

Per quanto riguarda in particolare l’**onere di allegazione dell’impresa**, è stato precisato quanto segue:

>il concorrente danneggiato non è tenuto a dimostrare la colpa della stazione appaltante, in quanto l'imputazione opera in termini obiettivi e la responsabilità assume una funzione compensativo-surrogatoria a fronte della impossibilità di conseguire l'aggiudicazione del contratto;

> è, invece, suo onere offrire compiuta dimostrazione dei relativi presupposti, sia sul piano dell'*an* che sul piano del *quantum*, atteso che, in punto di tutela risarcitoria, l'ordinario principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal c.d. metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento *ex* 64, commi 1 e 3 c.p.a., che si giustifica solo in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra Amministrazione e privato.

Per quanto concerne la **quantificazione del danno**, è stato affermato che:

> all'impresa non compete il ristoro del danno emergente, posto che i costi per la partecipazione alla gara sono destinati, di regola, a restare a carico della stessa (il quale, perciò, può pretenderne il ristoro solo allorché lamenti, in chiave di responsabilità precontrattuale, di averli inutilmente sostenuti per essere stato coinvolto, in violazione delle regole di correttezza e buona fede, in una trattativa inutile), ma le spetta, per contro, il **lucro cessante**, che si identifica con il c.d. interesse positivo e che ricomprende:

- il **mancato profitto**, vale a dire l'utile che l'impresa avrebbe ricavato, in base alla formulata proposta negoziale e alla propria struttura dei costi, dall'esecuzione del contratto;
- il **danno c.d. curricolare**, derivante dall'impossibilità di arricchimento della propria storia professionale e imprenditoriale, con conseguente potenziale perdita di competitività in relazione a future occasioni contrattuali;

> relativamente al **mancato utile**:

- deve escludersi l'ancoraggio forfettario alla misura del dieci per cento, o di altra percentuale, dell'importo a base d'asta. E ciò sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché l'art. 124 cit. va inteso nel senso della rigorosa incombenza, a carico del concorrente danneggiato, di un puntuale onere di allegazione e di dimostrazione, sicché il ricorso alla valutazione equitativa può essere riconosciuto solo in caso di impossibilità o di estrema difficoltà a fornire prova in relazione all'ammontare preciso del danno patito;
- ai fini della base di calcolo della percentuale per il mancato utile, non si può prendere a riferimento l'importo posto a base della gara, dovendo aversi riguardo al margine di utile effettivo, quale ricavabile dal ribasso offerto dall'impresa danneggiata e dalla relativa offerta;
- il valore del mancato utile può essere integralmente ristorato solo laddove il

danneggiato possa dimostrare di non aver potuto utilizzare i mezzi o le maestranze in altri lavori. E ciò perché, in assenza della suddetta prova, in virtù della presunzione per cui chi partecipa alle gare non tiene ferme le proprie risorse ma le impiega in altri appalti, lavori o servizi, l'utile così calcolato andrà decurtato in ragione dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, in una misura percentuale variabile che tenga conto della natura del contratto, del contesto operativo di riferimento, delle risorse nella ordinaria disponibilità del concorrente, della sua struttura, della sua storia professionale e del presumibile livello di operatività sul mercato, potendo, a tal fine, addivenirsi anche – nel caso di mancato assolvimento dell'onere dimostrativo ed in presenza di elementi indiziari che evidenzino l'impossibilità di ricorso cumulativo alle risorse strumentali – all'azzeramento del danno potenzialmente riconoscibile;

> quanto al **danno curricolare**, anch'esso deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata:

- alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quali conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione;
- alla mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione SOA.
- Solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'*an*, è possibile procedere alla liquidazione nel *quantum* (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante), e sempre che non debba ritenersi che, trattandosi di impresa *leader* nel settore di riferimento, la mancata aggiudicazione di un appalto non possa considerarsi idonea ad incidere negativamente sulla futura possibilità di conseguire le commesse economicamente più appetibili e, più in generale, sul posizionamento dell'impresa nello specifico settore di mercato in cui è chiamata ad operare;

> **il complessivo importo riconosciuto va incrementato**, trattandosi di debito di valore, della rivalutazione monetaria (a decorrere dalla data di stipula del contratto fino all'attualità), e degli interessi legali sulla somma di anno in anno rivalutata, fino all'effettivo soddisfo.

Facendo applicazione di tali principi, il Consiglio di Stato ha respinto la pretesa risarcitoria rimessa al suo esame, non avendo l'impresa interessata fornito alcuna prova per la stima dell'*an* e del *quantum* del risarcimento.

Per una lettura integrale della sentenza, visitare il sito ANCE [qui](#).