

DGUE elettronico: le disposizioni ministeriali e il soccorso istruttorio

Autore: Biamonte Alessandro

In: Giurisprudenza commentata

L'introduzione del DGUE elettronico

Come noto, dal 18 aprile 2018 il **Documento di gara unico europeo** (DGUE) deve essere reso disponibile in formato elettronica, nel rispetto di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici (**art. 85, comma 1**). Per le procedure di gara bandite dal 18 aprile, le stazioni appaltanti, pertanto, sono tenute a predisporre ed accettare il DGUE in formato elettronico secondo le disposizioni del DPCM 13 novembre 2014.

I documenti di gara devono contenere le informazioni sullo specifico formato elettronico del DGUE, l'indirizzo del sito internet in cui è disponibile il servizio per la compilazione del DGUE e le modalità con le quali il DGUE elettronico deve essere trasmesso dall'operatore economico alla stazione appaltante.

Nel contesto di **semplificazione**, gli operatori economici possono riutilizzare le informazioni fornite in un DGUE già utilizzato in una procedura di appalto precedente, purché le informazioni siano ancora valide e pertinenti. Il modo più semplice di procedere è quello di inserire le informazioni nel DGUE avvalendosi delle funzionalità messe appositamente a disposizione per mezzo del servizio DGUE elettronico ed è possibile **riutilizzare le informazioni anche mediante altre forme di recupero dei dati (copia-incolla)**, ad esempio delle informazioni contenute nelle attrezzature elettroniche (PC, tablet, server ...) dell'operatore economico.

L'avvio della procedura elettronica consente agli operatori economici di compilare il DGUE in forma elettronica in **tutti i casi**, mettendoli così in grado di avvalersi pienamente delle funzionalità offerte (non ultima quella di riutilizzare le informazioni). Per l'utilizzo nelle procedure di appalto per le quali l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici è stato rinviato il servizio DGUE permette agli operatori economici di stampare il DGUE compilato elettronicamente per ottenere un documento cartaceo che può quindi essere trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore mediante mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici.

L'entrata a regime

Fino al 18 ottobre 2018 - data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche previsto dall'art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - le stazioni appaltanti che non dispongano di un proprio servizio di gestione del DGUE in formato elettronico, o che non si avvalgano di altri sistemi di gestione informatica del DGUE, richiederanno nei documenti di gara all'operatore economico di trasmettere il documento in formato elettronico, compilato secondo le modalità ivi indicate, su supporto informatico all'interno della busta amministrativa o mediante la piattaforma telematica di negoziazione eventualmente utilizzata per la presentazione delle offerte.

Dal 18 ottobre, viceversa, il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID ai sensi dell'**art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici**. Per tutte le procedure di gara bandite a partire dal 18 ottobre, eventuali DGUE di formati cosillustrativa a supporto.

I requisiti di integrità, autenticità e non ripudio del DGUE elettronico, pertanto, saranno pertanto garantiti esclusivamente secondo quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

La natura del DGUE quale documento essenziale. L'azionabilità del soccorso istruttorio

Viene poi in rilievo la questione circa la natura da attribuire al Documento di gara unico europeo (DGUE) così previsto dal Codice dei contratti pubblici: se l'**allegazione in formato elettronico**, invece che in cartaceo, debba valutarsi quale elemento connaturato alla regolarità dell'offerta e se, in quest'ultimo caso, sia possibile azionare il soccorso istruttorio onde pervenire alla regolarizzazione del deposito elettronico, in mancanza del quale l'impresa interessata vada esclusa.

Nel caso in esame la lettera di invito prevedeva la trasmissione del DGUE in formato elettronico su supporto informatico sottoscritto digitalmente e la mancanza anche di una sola delle anzidette prescrizioni, successivamente all'avviato soccorso istruttorio, è stata ritenuta sufficiente a legittimare l'esclusione di quelle imprese la cui presenza avrebbe determinato l'aggiudicazione in favore della ricorrente. Di qui l'accoglimento dell'**istanza cautelare**, attesa la non cogenza - a far data dal 18.4.2018 - delle medesime previsioni poi introdotte a regime il 18.10.2018.

E infatti, l'art. 85, comma 1, del codice dei contratti statuisce che "al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla

Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste in un'**autodichiarazione aggiornata** come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

1. a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
2. b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
3. c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91”.

La formulazione, ambigua, utilizzata dalla norma contempla che l'esclusività attenga esclusivamente alla **“fornitura” del DGUE** e non già alla trasmissione, differita al 18.10.2018, secondo il principio generale stabilito dall'art. 40 del codice appalti, a mente del quale “le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale.

Per converso, a decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle **stazioni appaltanti** sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici”.

Qualora il termine “fornitura” vada interpretato secondo una esegesi letterale lo stesso non può che riferirsi a un obbligo a carico dell'Amministrazione e non certo delle partecipanti, le quali, semmai, avrebbero dovuto avere un obbligo di redazione, comunicazione, di deposito, o ancora più rettamente, di trasmissione.

Atteso il tenore letterale suscettibile di ondivaga interpretazione, potrebbe inferirsi che la modalità elettronica che investa non solo la formazione del documento ma anche la sua trasmissione (in ragione di una finalità di semplificazione delle procedure), in quanto fase imprescindibile del completamento dell'offerta.

Sembra tuttavia preferibile una applicazione che tenga conto della contestualità delle prescrizioni (redazione e trasmissione) dalla quale fare derivare quella cogenza ricavabile dal combinato disposto delle norme (art. 85 e 40 del codice appalti). Conseguentemente, considerato lo slittamento del termine di trasmissione è slittato al 18.10.2018, tale cogenza va riferita alla modalità di redazione, secondo il **modello “fornito” informaticamente.**

E infatti, come desumibile dal Comunicato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Linee guida

per la compilazione del modello di formulario di **Documento di gara unico europeo (DGUE)** approvato dal regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 (16°05350) in (GU n.170 del 22-7-2016), «La finalità del DGUE è semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l'adozione di un modello autodichiarativo, previsto in modo standardizzato a livello europeo, e basato sul possesso dei requisiti di carattere generale e speciale, destinato a sostituire i singoli moduli predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori per la partecipazione ad ogni singola procedura ad evidenza pubblica

Il DGUE, compilato dall'operatore economico con le informazioni richieste, accompagna l'offerta nelle procedure aperte e la richiesta di partecipazione nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nei dialoghi competitivi o nei partenariati per l'innovazione.

Esso è utilizzato anche nei casi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del Codice, comma 2, lettera a); negli altri casi previsti dal predetto art. 63 la valutazione circa l'opportunità del suo utilizzo è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante procedente.

A decorrere dal 18 aprile 2018, il **DGUE è reso disponibile esclusivamente in forma elettronica.**

Prima di tale data, il documento di gara unico europeo potrà essere compilato in forma cartacea oppure in formato elettronico, avvalendosi di sistemi nazionali informatizzati all'uopo dedicati ovvero del servizio DGUE elettronico messo, gratuitamente, a disposizione dalla Commissione in favore delle amministrazioni o enti aggiudicatori e degli operatori economici. Tale servizio consente di compilare il DGUE in forma elettronica, in caso di procedure che ammettano l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici, o di stampare il documento compilato elettronicamente per ottenerne una versione cartacea da utilizzare in tutti gli altri casi».

Dunque, la forma elettronica, è stata posta in relazione con le procedure che ammettano l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici.

Con successivo **Comunicato del 05/04/2018**, il medesimo Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha precisato ulteriormente che

«dal prossimo 18 aprile il Documento di gara unico europeo (DGUE) dovrà essere reso disponibile esclusivamente in forma elettronica, nel rispetto di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici (art. 85, comma 1).

Per le procedure di gara bandite dal 18 aprile, le stazioni appaltanti predisporranno ed accetteranno il DGUE in formato elettronico secondo le disposizioni del DPCM 13 novembre 2014.

I documenti di gara dovranno contenere le informazioni sullo specifico formato elettronico del DGUE,

l'indirizzo del sito internet in cui è disponibile il servizio per la compilazione del DGUE e le modalità con le quali il DGUE elettronico deve essere trasmesso dall'operatore economico alla stazione appaltante.

Fino al 18 ottobre 2018 - data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche ex art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - le stazioni appaltanti che non dispongano di un proprio servizio di gestione del DGUE in formato elettronico, o che non si servano di altri sistemi di gestione informatica del DGUE, richiederanno nei documenti di gara all'operatore economico di trasmettere il documento in formato elettronico, compilato secondo le modalità ivi indicate, su supporto informatico all'interno della busta amministrativa o mediante la piattaforma telematica di negoziazione eventualmente utilizzata per la presentazione delle offerte.

Dal 18 ottobre, il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID ai sensi dell'art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici. Per tutte le procedure di gara bandite a partire dal 18 ottobre, eventuali DGUE di formati diversi da quello definito dalle citate regole tecniche saranno considerati quale documentazione illustrativa a supporto.

I requisiti di integrità, autenticità e non ripudio del DGUE elettronico devono essere garantiti secondo quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

Pertanto, mentre secondo l'indicazione ministeriale originaria vi era indifferenza tra il deposito cartaceo e quello elettronico (disposizione che, secondo la interpretazione offerta dal T.A.R., è da considerarsi "prorogata" al 18.10.2018, termine alla data del quale il deposito in formati diversi da quello definito dalle regole tecniche sarà considerato quale documentazione illustrativa a supporto, circostanza, questa, non derivabile prima di tale data), in fase successiva, il medesimo Ministero ha stabilito che prima di tale data e dopo il 18.4.2018, il DGUE dovesse essere redatto in supporto informatico, ma potesse essere trasmesso nelle forme ordinarie.

La locuzione «fornitura» come discrimen dirimente ai fini dell'obbligo della stazione appaltante

La norma desumibile dal combinato disposto dell'art. 85 con l'art. 40 del codice appalti sembra di differente tenore: essa stabilisce l'accettazione del modello compilato in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea (onere ricadente sulle imprese partecipanti), mentre la "fornitura" (obbligo dell'amministrazione) va osservata esclusivamente in forma elettronica a far data 18.4.2018. Ne discende che la compilazione secondo il modello fornito in formato elettronico (non in formato cartaceo), in assenza dell'obbligo di trasmissione elettronica, è l'unico onere incombente sulle imprese partecipanti, sicché non può essere comminata l'**esclusione delle concorrenti** che si siano avvalse del modello cartaceo.

E infatti, per il Regolamento di Esecuzione (Ue) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016, «Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica, in ottemperanza all'articolo 59, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE; l'applicazione di tale disposizione può però essere rinviata al più tardi fino al 18 aprile 2018. Ciò significa che le due versioni del DGUE, quella interamente elettronica e quella su carta, possono coesistere al più tardi fino al 18 aprile 2018. Il citato servizio DGUE permetterà agli operatori economici di compilare il DGUE in forma elettronica in tutti i casi, mettendoli così in grado di avvalersi pienamente delle funzionalità offerte (non ultima quella di riutilizzare le informazioni). Per l'utilizzo nelle procedure di appalto per le quali l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici è stato rinviato (anche questo è possibile al più tardi fino al 18 aprile 2018) il servizio DGUE permette agli operatori economici di stampare il DGUE compilato elettronicamente per ottenere un documento cartaceo che può quindi essere trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore mediante mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici».

E, nella nota all'inciso riportato, è precisato che «Si potrà inoltre generare il DGUE come file in formato.pdf che può essere trasmesso elettronicamente come allegato. Per poter riutilizzare le informazioni successivamente gli operatori economici devono salvare il DGUE compilato in un formato elettronico idoneo (quale il formato.xml)».

L'utilizzo del modello in formato elettronico in forma diversa dal cartaceo, quindi, ad avviso del Collegio (con una evidente logica) è stato associato dalla norma comunitaria alla contestuale necessità di comunicazione in forma elettronica: solo la contestualità garantisce, al di là della semplificazione, l'effettiva immodificabilità di quanto prodotto, poiché solo il contestuale invio in **formato elettronico (tracciabile)** può assicurare che il file immodificabile non sia stato sostituito.

L'inserimento in una busta del supporto informatico contenente un documento immodificabile è un non senso, la cui unica utilità è quella di una **possibile acquisizione della documentazione** negli archivi informatici dell'Amministrazione.

Diversamente, secondo la procedura di derivazione ministeriale, non prevista dalla norma e/o dal combinato disposto con l'art. 40 del codice contratti, che fa slittare al 18.10.2018 l'obbligo di trasmissione in formato elettronico, la comunicazione in supporto informatico di un file immodificabile, mediante ordinaria spedizione contenuta in una busta amministrativa, non garantisce, si ribadisce, la possibilità di sostituzione e, quindi, non sembra avere alcuna effettiva logica, sussistente soltanto in presenza di contestualità della formazione del documento immodificabile (e riutilizzabile) e spedizione tracciabile e altrettanto immodificabile.

La sorte delle prescrizioni ministeriali e della lettera di invito.

Nullità

La prescrizione ministeriale dunque non trova alcun sostegno normativo, al pari delle disposizioni della lettera di invito che ne facciano applicazione, con conseguente nullità (in quanto **tamquam non esset**) di quegli atti di gara che comminino l'esclusione, in quanto previsioni non previste da alcuna disposizione e, come tali, nulle ai sensi dell'art. 83, comma 8, del codice appalti («i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»).

Pertanto, la legge di gara, che, in violazione del principio di tassatività, introduca cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali è nulla, priva di efficacia e **dunque disapplicabile** da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice (cfr. Consiglio di Stato A.P. 25.2.2014, n. 9; T.A.R. Catania, IV, 19.12.2014); invero, clausole introdotte dalla lex specialis "a pena di esclusione" ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste dal codice appalti e da altre disposizioni di legge vigenti sono nulle, ex art. 83, comma 8 ult. inciso del codice appalti, nullità rilevabile d'ufficio ex art. 31, comma 4, c.p.a. (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 19/03/2018, n.3081).

Il giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 03/01/2018, n.28) può anche d'ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 c.p.a.) se tale declaratoria risulti funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel **giudizio impugnatorio**, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento).

Il soccorso istruttorio e l'omessa apposizione della sottoscrizione digitale

Ai sensi dell'art. 3 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 novembre 2014, recante "Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi degli articoli 20, 22, 23 -bis , 23 -ter , 40, comma 1, 41, e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005", espressamente richiamato anche dalle istruzioni fornite con il sopra rappresentato Comunicato del 05/04/2018 dal Ministero, «Il **documento informatico** è formato mediante una delle seguenti principali modalità:

1. a) redazione tramite l'utilizzo di appositi strumenti software;
2. b) acquisizione di un documento informatico per via telematica o su supporto informatico,

acquisizione della copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico,
acquisizione della copia informatica di un documento analogico;

3. c)

4. Il documento informatico assume la caratteristica di immodificabilità se formato in modo che forma e contenuto non siano alterabili durante le fasi di tenuta e accesso e ne sia garantita la staticità nella fase di conservazione.

3 Il documento informatico, identificato in modo univoco e persistente, è memorizzato in un sistema di gestione informatica dei documenti o di conservazione la cui tenuta può anche essere delegata a terzi.

4. Nel caso di documento informatico formato ai sensi del comma 1, lettera a), le caratteristiche di immodificabilità e di integrità sono determinate da una o più delle seguenti operazioni:

5. a) la sottoscrizione con firma digitale ovvero con firma elettronica qualificata;

6. b) l'apposizione di una validazione temporale;

7. c) il trasferimento a soggetti terzi con posta elettronica certificata con ricevuta completa;

8. d) la memorizzazione su sistemi di gestione documentale che adottino idonee politiche di sicurezza;
e) il versamento ad un sistema di conservazione».

Nell'ipotesi in cui il documento informatico sia formato ai sensi del comma 1, lettera b), le caratteristiche di immodificabilità e di integrità sono determinate dall'operazione di **memorizzazione in un sistema di gestione informatica dei documenti** che garantisca l'inalterabilità del documento o in un sistema di conservazione.

Pertanto, solamente nell'ipotesi sub a), ovverosia redazione tramite l'utilizzo di appositi strumenti software, è richiesta la firma digitale, mentre in quella sub b), rilevante nel caso di specie, in quanto assimilabile all'«**acquisizione di un documento informatico per via telematica o su supporto informatico**, acquisizione della copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico, acquisizione della copia informatica di un documento analogico», tale firma non è prevista. Ciò vale a maggior ragione nell'ipotesi in cui, come nella specie, sia stata richiesta la trasmissione in via ordinaria di un documento acquisito in formato elettronico e lo stesso è stato stampato e sottoscritto con lo stesso valore di autenticità, non contestata dal seggio di gara, del medesimo documento firmato digitalmente e

quindi, previa scannerizzazione, trasmesso con forme ordinarie.

Orbene, è giocoforza ritenere che la mancata trasmissione per via telematica rende ultronea l'autenticità mediante firma digitale, potendosi accedere alle forme ordinarie di autenticazione (firma del documento attestata da documento di identità, la cui mancanza non è stata rilevata dal seggio di gara).

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/dgue-elettronico-le-disposizioni-ministeriali-e-il-soccorso-istruttorio/>