

Digitalizzazione, autocertificazione e diritto dell'Unione europea

Jacques Ziller*

1. Principio di attribuzione e digitalizzazione della pubblica amministrazione nello spazio amministrativo europeo

Un campo nel quale la digitalizzazione della pubblica amministrazione ha un potenziale molto importante di sviluppo sia per il cittadino, le imprese e le associazioni, sia per le pubbliche amministrazioni stesse è senza dubbio quello dell'autocertificazione. L'interconnessione di banche dati permette un controllo quasi immediato e quindi deve spingere le pubbliche amministrazioni ad estendere l'ambito dell'autocertificazione, se del caso oltre i confini di Stato, purché siano aumentate le cautele destinate ad evitare furti di dati nonché conseguenze di guasti ai sistemi informatici. Questo contributo¹ esplora qualche aspetto della problematica della digitalizzazione e dell'autocertificazione nello spazio amministrativo europeo² dal punto di vista del diritto dell'Unione europea. La riflessione si focalizza sulla tematica essenziale e spesso trascurata delle basi giuridiche per una disciplina europea della digitalizzazione della pubblica amministrazione.

L'UE non possiede un potere generale di agire; a differenza di uno Stato sovrano – le cui competenze sono limitate solo dagli obblighi assunti con accordi internazionali – le competenze dell'Unione sono circoscritte a quelle conferite dai suoi Stati membri, secondo il principio di attribuzione che si applica alle organizzazioni intergovernative e viene richiamato ne-

* Già Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pavia

¹ Il contributo è la versione scritta dell'intervento dell'A. al convegno svoltosi a Venezia il 4 novembre 2022 sul tema *La digitalizzazione e l'organizzazione della Pubblica Amministrazione*, integrato da riferimenti.

² V. per tutti M. P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012.

gli articoli 4 e 5 TUE³ nonché 7 TFUE⁴. Quando si prospetta un'iniziativa per un'azione dell'UE, il primo compito dei giuristi della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo è quindi verificare se esiste una base giuridica per tale azione nei trattati. In ipotesi negativa, c'è il forte rischio che gli atti adottati vengano impugnati e, prima o poi, annullati dalla Corte di giustizia. Una base giuridica consiste in una o più disposizioni dei trattati che combinano i seguenti elementi. In primo luogo, l'azione prevista deve rientrare in un settore per il quale è stata conferita competenza all'Unione. Ciò avviene di solito attraverso una menzione specifica – ad esempio, il mercato interno (artt. 26, 27 TFUE nonché 114 e 115), la politica monetaria (artt. 127 ss. TFUE), la politica ambientale (artt. 191 ss. TFUE), ecc. In alcuni casi, la competenza è conferita in modo implicito e può essere dedotta combinando diversi elementi del «sistema dei trattati»⁵. In secondo luogo, l'azione può essere intrapresa solo per raggiungere gli obiettivi dell'Unione. Questi sono talvolta menzionati in modo specifico insieme alla disposizione che si riferisce al settore d'azione (ad es. art. 191 TFUE per la politica monetaria); in caso contrario, essi derivano dagli obiettivi più generali di cui all'art. 3 TUE. Di solito gli obiettivi sono enunciati con una stesura accuratamente scelta che pone dei limiti alle scelte politiche che possono essere fatte nell'esercizio delle competenze attribuite dagli Stati membri all'Unione. Nel controllare la legittimità degli atti di diritto derivato, la Corte di giustizia dell'Unione verifica se le loro disposizioni sono coerenti con gli obiettivi fissati nei trattati e, in caso contrario, annulla l'atto in questione. In terzo luogo, l'azione può essere intrapresa solo utilizzando il tipo di atto specificato nella disposizione pertinente. Gli articoli dei trattati specificano spesso se si tratta dell'uso di direttive, o di regolamenti o di decisioni o lasciano la scelta tra diversi atti in alternativa; in molti casi

³ Art. 5 par. 2: «In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

⁴ «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze».

⁵ Giurisprudenza AETR (Accordo europeo trasporti su strada): Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio*, Causa 22-70, ECLI:EU:C:1971:32, punto 12.

lasciano un margine di scelta più ampio con l'uso della parola «misure» (v. ad es. artt. 114 – misure – e 115 TFUE – direttive). In ogni caso, anche quando si usa la parola «misure», queste possono assumere solo la forma degli atti stabiliti dai trattati, come risulta dall'art. 288 TFUE⁶. In quarto luogo, per costituire una base giuridica, le disposizioni pertinenti devono specificare la procedura che le istituzioni devono seguire. Per l'adozione di atti legislativi, si fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria, i cui dettagli sono specificati nell'art. 294 del TFUE, oppure si indica esplicitamente una procedura legislativa speciale (v. ad es. artt. 114 e 115 TFUE). Per gli atti non legislativi, la procedura da seguire è specificata in ogni caso dalla disposizione pertinente del trattato (v. ad es. artt. 108 e 109 TFUE per il controllo degli aiuti di Stato). Se le basi giuridiche pertinenti all'azione prevista non prevedono un tipo di atto che le istituzioni vorrebbero utilizzare – ad esempio un regolamento anziché una direttiva – l'art. 352 TFUE permette di adottare tale atto con una procedura specifica che richiede una decisione all'unanimità del Consiglio e il consenso del Parlamento europeo (PE); invece, l'art. 352 non può essere utilizzato per intraprendere un'azione in un campo non attribuito all'UE. Inoltre, il diritto derivato stabilisce le basi giuridiche per ulteriori atti di applicazione da adottare dalle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione e, se del caso, dalle autorità degli Stati membri. Tali atti di applicazione devono essere conformi alle disposizioni del diritto derivato pertinente, in primo luogo agli obiettivi indicati nel corpo dell'atto dell'Unione o nei suoi considerando introduttivi.

È indispensabile tener conto di quanto appena esposto per intendere la disciplina di diritto UE applicabile alla digitalizzazione e, in modo più ampio, all'intelligenza artificiale. Infatti, visto l'importante numero di proposte di atti e di comunicazioni della Commissione riguardo all'IA

⁶ «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. – La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. – La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. – Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti».

pubblicate negli ultimi anni, si rischia di dimenticare i limiti che il principio di attribuzione impone alle istituzioni dell'UE.

Un esempio tipico è quello degli «Orientamenti etici per gli educatori sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) e dei dati nell'insegnamento e nell'apprendimento» pubblicati dalla Commissione il 25 ottobre 2022⁷. Leggendo questo documento, nonché la descrizione del cd. «Spazio europeo dell'istruzione»⁸, sembra che la Commissione europea agisca in qualche modo come un Ministero europeo dell'istruzione e delle università. Viene tra l'altro spiegato che «L'idea di creare uno spazio europeo dell'istruzione è stata per la prima volta avallata dai *leader* europei in occasione del vertice sociale tenutosi nel 2017 a Göteborg, in Svezia. I primi pacchetti di misure sono stati adottati nel 2018 e nel 2019 (...) Nel settembre 2020 la Commissione ha illustrato in una comunicazione la sua nuova visione per lo spazio europeo dell'istruzione e le azioni concrete per conseguirlo. Vi ha fatto seguito nel febbraio 2021 la risoluzione del Consiglio dell'UE su un quadro strategico per la collaborazione a livello europeo nel settore dell'istruzione e della formazione nel periodo 2021-2030». Chi non conosce il diritto UE potrebbe aspettarsi una legislazione europea riguardo, per l'appunto, l'istruzione.

Orbene, l'art. 165 TFUE, l'unica possibile base giuridica per una tale azione, specifica che si utilizza la procedura legislativa ordinaria per l'adozione di «azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri», si tratta di competenze di mero sostegno, coordinamento e completamento, il che riduce in modo drastico le competenze dell'Unione in materia. È vero che gli Stati membri rimangono liberi di dare in qualche modo una portata giuridica ai documenti di cd. *soft law* adottati dalle istituzioni, come già ha fatto la legge 30 dicembre 2010, n. 240 (legge Gelmini) con l'art. 18 par. 1 secondo cui «Le università, con proprio regolamento adot-

⁷ Commissione europea, Direzione generale dell'Istruzione, della gioventù, dello sport e della cultura, Orientamenti etici per gli educatori sull'uso dell'intelligenza artificiale (IA) e dei dati nell'insegnamento e nell'apprendimento, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2766/438>.

⁸ Commissione europea, Direzione generale dell'Istruzione, della gioventù, dello sport e della cultura, Cos'è lo spazio europeo dell'istruzione, <https://education.ec.europa.eu/it/about-eea/the-eea-explained>, consultato ad aprile 2023.

tato ai sensi della legge 9 maggio 1989, n. 168, disciplinano, nel rispetto del codice etico, la chiamata dei professori di prima e di seconda fascia nel rispetto dei principi enunciati dalla Carta europea dei ricercatori, di cui alla raccomandazione della Commissione delle Comunità europee n. 251 dell'11 marzo 2005 (...). Un tale rinvio non significa tuttavia che la chiamata dei professori universitari venga disciplinata dal diritto UE. Se esiste una base giuridica per il tema che ci interessa con questo saggio, occorre quindi verificare in maniera più precisa qual è questa base e quali vincoli pone. È particolarmente importante per evitare di cadere nella trappola delle critiche facili ma infondate, come molti dei commenti pubblicati riguardo il cd. *AI Act* dell'Unione sin dalla pubblicazione del progetto avvenuta il 21 aprile 2021⁹, le quali lamentano spesso il carattere complesso e non abbastanza ambizioso della disciplina proposta. Occorre invece tener conto del fatto che, come viene sottolineato nella proposta stessa, «La base giuridica della proposta è costituita innanzitutto dall'art. 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che prevede l'adozione di misure destinate ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno» e che «inoltre, considerando che la presente proposta contiene talune regole specifiche sulla protezione delle persone fisiche per quanto concerne il trattamento di dati personali, in particolare restrizioni sull'utilizzo di sistemi di IA per l'identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, è opportuno basare il presente regolamento, per quanto concerne tali regole specifiche, sull'art. 16 TFUE».

Succede, per l'appunto, che un atto sia collegato a più basi giuridiche diverse. La Corte accetta un riferimento a due o più basi giuridiche, solo se utilizzano la stessa procedura e gli stessi tipi di atti; nel caso di specie gli artt. 114 – sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno – e 16

⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, com/2021/206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

TFUE – sul diritto alla protezione dei dati – si riferiscono entrambi alla procedura legislativa ordinaria.

Ciò detto, malgrado l'effetto di attrazione del mercato interno su molte materie collegate – come rammentato dall'art. 3 par. 3 primo comma TFUE¹⁰ – occorre sempre trovare un collegamento tra un'azione proposta e la definizione dell'art. 26 par. 2 TFUE: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati».

Un esempio recente dell'effetto di attrazione del mercato interno è la proposta di una cd. Legge europea per la libertà dei media, pubblicata il 16 settembre 2023 con sottotitolo «La Commissione propone norme per proteggere il pluralismo e l'indipendenza dei media nell'UE». Sul sito *web* della Commissione si legge: «La proposta di regolamento prevede, tra l'altro, garanzie contro le ingerenze politiche nelle decisioni editoriali e contro la sorveglianza», e viene citato Thierry Breton, Commissario per il Mercato interno, che ha dichiarato: «L'UE è il più grande mercato unico democratico del mondo. Le imprese del settore dei media svolgono un ruolo fondamentale ma devono far fronte a un calo delle entrate, a minacce alla libertà e al pluralismo dei media, all'emergere di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e a un mosaico di norme nazionali diverse. La legge europea per la libertà dei media prevede garanzie comuni a livello dell'UE per garantire l'espressione di una pluralità di voci e la possibilità per i nostri media di operare senza ingerenze, private o pubbliche. Un nuovo garante europeo promuoverà un'applicazione efficace di queste nuove norme sulla libertà dei media e controllerà le concentrazioni dei media per garantire che non ostacolino il pluralismo»¹¹. A prima vista un lettore esigente si chiede quale potrebbe essere la base giuridica di un tale regolamento, tenendo conto che disposizioni

¹⁰ «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

¹¹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/news/european-media-freedom-act-commission-proposes-rules-protect-media-pluralism-and-independence-eu>.

come l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sulla Libertà di espressione e d'informazione non hanno i requisiti per costituire una base giuridica. E, infatti, leggendo la proposta di Regolamento, si vede che la sua base giuridica è l'art. 114 del TFUE e che «La proposta ha lo scopo di affrontare la frammentarietà degli approcci normativi nazionali relativi alla libertà e al pluralismo dei media e all'indipendenza editoriale. Ciò favorirà l'adozione di un approccio comune e il coordinamento a livello dell'UE, garantirà il funzionamento ottimale del mercato interno dei servizi di media e impedirà che in futuro emergano ostacoli alle attività dei fornitori di servizi di media in tutta l'UE»¹².

2. Digitalizzazione e libertà di circolazione: l'esempio del cosiddetto Greenpass (certificato Covid digitale dell'UE)

La libera circolazione dei cittadini degli Stati membri delle Comunità e poi dell'Unione è sempre stata garantita dai trattati, prima con il trattato CECA di Parigi del 1951 per i lavoratori dell'industria del carbone e dell'acciaio, poi con il trattato CEE di Roma del 1957 per i lavoratori dipendenti e autonomi nonché per i fornitori e destinatari di servizi, poi con le integrazioni al trattato CE dovute al trattato di Maastricht del 1992 per tutti i cittadini dell'Unione (art. 21 TFUE, ex art. 18 TCE)¹³.

Durante l'epidemia di Covid-19, il legislatore dell'Unione, su proposta della Commissione, ha adottato il 14 giugno 2021 la disciplina riguardo il certificato digitale Covid, conosciuto in Italia come *Greenpass*, e in Francia come *Pass sanitaire*. Il titolo stesso del Regolamento pone l'accento sulla verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione, per agevolare la libera circolazione delle persone¹⁴.

¹² *Ibid.*

¹³ «1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi.

2. Quando un'azione dell'Unione risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1».

¹⁴ Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione al Covid-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per

Nonostante le critiche mosse alla Commissione europea sui *social network* dagli oppositori che la accusano di aver imposto illegalmente la vaccinazione obbligatoria, il Regolamento non imponeva la vaccinazione ma solo il mutuo riconoscimento dei certificati, lasciando per l'appunto ad ogni Stato membro la scelta di imporre o meno vaccinazioni a talune categorie di persone. È vero che l'art. 168 par. 1, secondo comma indica «la lotta contro i grandi flagelli» come uno degli obiettivi dell'Unione in materia di sanità pubblica, ma la stesura della disposizione non permetterebbe all'UE di imporre un obbligo di vaccinazione. Ciò è già implicito nella stesura di questo comma: «L'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale. Tale azione comprende la lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero». Per di più il par. 4 specifica che si utilizza la procedura legislativa ordinaria per l'adozione di misure «che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati», «misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica» e «misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico»; un obbligo di vaccinazione per gli esseri umani – a differenza di un obbligo di vaccinazione per gli animali – non potrebbe quindi risultare da un atto dell'Unione.

Il passaporto digitale è stato un successo, perché ha permesso in grande parte di contrastare le misure individuali degli Stati membri le quali, senza una disciplina europea, erano giustificabili su base degli artt. 36 e 45 par. 3 TFUE. Il diritto alla libera circolazione delle merci e delle persone è effettivamente garantito dai trattati «fatte salve le restrizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica», come recita, ad esempio, l'art. 45 par. 3 per la libera circolazione

dei lavoratori. È da sottolineare che questo successo è stato possibile solo perché la Commissione aveva già lavorato da circa dieci anni per costruire un sistema di certificati di vaccinazione comune a tutti gli Stati membri che possa integrare e, se necessario, sostituire i tradizionali certificati cartacei. Infatti, esistono da tempo norme sanitarie internazionali emanate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), come il certificato di vaccinazione contro la febbre gialla, che si richiedono per l'ingresso in alcuni Paesi o aree tropicali, anche all'interno del territorio dell'UE come, ad esempio, per la Guyana francese¹⁵. La Commissione pensava che sostituire i certificati cartacei con un sistema possibilmente adatto all'uso di *smartphones* sarebbe stato un progresso per agevolare la circolazione, tra l'altro, dei trasportatori di merci, e quindi una misura desinata non solo alla libera circolazione dei lavoratori, ma anche delle merci. Il Regolamento del 14 giugno indica come base giuridica l'art. 21 par. 2 TFUE riguardo il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e precisa che «tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi», il che rinvia, per l'appunto, alle disposizioni relative al controllo sulle frontiere interne – art. 77, par. 2, e)¹⁶, nonché alle già citate disposizioni relative alle possibili restrizioni alla libera circolazione per motivi di sanità pubblica.

Di particolare interesse per il nostro argomento sono gli articoli 3 e 4 del Regolamento. Secondo l'art. 3 relativo al «Certificato COVID digitale UE», la disciplina stabilita dal regolamento «consente il rilascio, la verifica e l'accettazione transfrontaliere» di una serie di certificati come il certificato di vaccinazione. Viene specificato anche che i potenziali titolari hanno il diritto di ricevere i certificati nel formato di loro scelta, cioè cartaceo o digitale, e che essi contengono un codice a barre interoperabile che consente di verificarne l'autenticità, la validità e l'integrità. L'art. 4 «Quadro di fiducia per il certificato digitale COVID dell'UE» specifica che esso

¹⁵ V. il Regolamento Sanitario internazionale del 2005 disponibile sotto <https://www.who.int/fr/publications-detail/9789241580496>.

¹⁶ «Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure riguardanti: (...) e) l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne».

«si basa su un'infrastruttura a chiave pubblica e consente il rilascio e la verifica affidabili e sicuri dell'autenticità, della validità e dell'integrità dei certificati» e «cerca di garantire l'interoperabilità con i sistemi tecnologici istituiti a livello internazionale». Si vede che il Regolamento è nello stesso tempo ambizioso riguardo gli obiettivi, ma realistico riguardo la fattibilità in tempo breve dell'interoperabilità. In ogni caso, viste le sfide in materia di sanità pubblica e visti i limiti imposti dall'art. 168 TFUE, non era possibile raccomandare un'autocertificazione da parte dei vaccinati, a differenza di ciò che accade per altre fattispecie.

3. Autocertificazione dei partecipanti alle gare d'appalto

Il concetto di autocertificazione, ben noto in Italia dal cittadino comune, lo è molto meno in altri paesi dell'Unione, come Francia o Germania, dove è soprattutto noto ai produttori di quei beni la cui composizione è regolamentata da discipline specifiche europee o nazionali. L'esempio tipico è quello del marchio CE necessario per la commercializzazione di prodotti creato per garantire che soddisfino requisiti che offrano un grado elevato di protezione di interessi pubblici, come la salute e la sicurezza in generale, la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, la protezione dei consumatori, la protezione dell'ambiente e la sicurezza pubblica¹⁷. L'esempio dell'autocertificazione dei partecipanti alle gare d'appalto verrà spiegato in questo saggio perché si tratta di un caso paradigmatico delle difficoltà da superare per garantire sia la praticabilità tecnica della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, sia il rispetto dei diritti delle persone fisiche e giuridiche coinvolte negli appalti pubblici.

Sin dagli anni Settanta del secolo scorso, l'Unione europea ha adottato delle direttive relative agli appalti pubblici con l'obiettivo di garantire l'assenza di discriminazione in ragione dell'origine nazionale (art. 18

¹⁷ Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti e che abroga il regolamento (CEE) n. 339/93 (Testo rilevante ai fini del SEE), GUUEL 218, 13.8.2008, p. 30-47; Decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE (Testo rilevante ai fini del SEE), GUUEL 218, 13.8.2008, p. 82-128.

TFUE)¹⁸ delle imprese e dei soggetti partecipanti agli appalti pubblici in materia di contratti per la costruzione e la manutenzione di edifici, forniture di beni e servizi, quindi nell'ambito della libera circolazione delle merci, dei lavoratori e dei servizi. Le basi giuridiche di queste direttive sono l'art. 53, par. 1 riguardo il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste, l'art. 62 riguardo l'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste, nonché l'art. 114, riguardo il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri «che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». La direttiva vigente, del 2014¹⁹, trasposta in Italia dal Codice dei contratti pubblici, è di particolare interesse per la tematica dell'autocertificazione e della digitalizzazione.

Con l'art. 59 della direttiva viene introdotto il concetto di documento di gara unico europeo (DGUE). Il DGUE deve essere accettato dalle amministrazioni aggiudicatrici in modo da evitare discriminazioni indirette tra i partecipanti alle gare d'appalto dovute a regolamentazioni e prassi amministrative diverse da uno Stato membro all'altro. Il DGUE «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 in questione soddisfa» una serie di condizioni indicate da questa disposizione. Secondo il par. 2 dell'art. 59 «Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica» e il par. 6 prevede che «Gli Stati membri mettono a disposizione e aggiornano su e-Certis un elenco completo di banche dati contenenti informazioni pertinenti sugli operatori economici che possono essere consultate dalle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri. Su richiesta, gli Stati membri comunicano agli altri Stati membri le informazioni relative alle

¹⁸ «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

¹⁹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE Testo rilevante ai fini del SEE, GUUE L 94, 28.3.2014, p. 65-242.

banche dati di cui al presente articolo». La disciplina relativa al Registro *online* dei certificati (e-Certis) viene stabilita dall'art. 61 della direttiva²⁰. Non trattiamo qui dei soliti problemi tecnici da risolvere per garantire l'effettivo funzionamento di e-Certis, in particolare l'interoperabilità delle banche dati e la possibilità derivante dall'uso del sistema d'informazione del mercato interno (IMI), menzionato all'art. 86 par. 3 della direttiva, con avvio di un progetto pilota entro il 18 aprile 2015²¹. Ci concentriamo su un problema giuridico importante riguardo il modello di dichiarazione da utilizzare dall'operatore economico, che rimanda alla problematica delle basi giuridiche nel diritto derivato dell'Unione.

Secondo l'art. 59, par. 1, 3° comma, della direttiva, «Il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico, in cui si attesta che il pertinente motivo di esclusione non si applica e/o che il pertinente criterio di selezione è soddisfatto, e fornisce le informazioni rilevanti come richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice. Il DGUE indica inoltre l'autorità pubblica o il terzo responsabile per determinare il documento complementare e include una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico sarà in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti complementari». Il par. 2 precisa che la Commissione stabilisce il modello di formulario per la dichiarazione formale mediante atti d'esecuzione. Essa ha adottato, per l'appunto, una serie di atti di esecuzione con tale scopo²². La Corte di giustizia è stata

²⁰ «1. Al fine di facilitare la presentazione di offerte transfrontaliere, gli Stati membri garantiscono che le informazioni concernenti i certificati e altre forme di prove documentali introdotte in e-Certis e stabilite dalla Commissione siano costantemente aggiornate. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono a e-Certis ed esigono in primo luogo i tipi di certificati o le forme di prove documentali che sono contemplati da e-Certis. 3. La Commissione mette a disposizione su e-Certis il DGUE in tutte le versioni linguistiche».

²¹ V. per tutti G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 321-341.

²² Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione, del 5 gennaio 2016, che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo), GU L 3 del 6.1.2016, pagg. 16-34; Regolamento di Esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 (formulari elettronici), GU L 272 del 25.10.2019, pagg. 7-73; Regolamento di esecuzione (UE) 2022/2303 della Commissione del 24 novembre 2022 recante modifica del regolamento di esecuzione (UE)

chiamata ad interpretare la direttiva e uno degli atti di esecuzione²³. Si trattava di sapere se un'impresa comune, la quale, senza essere una persona giuridica, assume la forma di una società disciplinata dalla normativa nazionale di uno Stato membro, deve fornire all'amministrazione aggiudicatrice soltanto il proprio DGUE. Nel caso di specie la Corte ha dovuto integrare il contenuto della direttiva e del relativo Regolamento di esecuzione 2016/7 con una distinzione tra il caso in cui tale impresa intende partecipare individualmente ad una procedura e dimostra di poter eseguire l'appalto di cui trattasi utilizzando unicamente il proprio personale e il proprio materiale, e il caso in cui tale impresa comune considera di dover fare appello alle risorse proprie di taluni soci. Nel primo caso basta che presenti il proprio DGUE, mentre nel secondo caso deve presentare il DGUE di ciascuno dei soci. Si può chiedere perché non sia previsto un sistema in cui basterebbe un elenco preciso dei soci, soluzione più conforme all'obiettivo dell'autocertificazione. Tale esempio dimostra che, anche se il sistema della direttiva è adatto a semplificare e ridurre gli oneri dei partecipanti a gare d'appalto, la semplificazione non è necessariamente tale da essere davvero utile per le piccole imprese. La Corte, tuttavia, ha notato²⁴ che l'«obiettivo di riduzione degli oneri amministrativi costituisce tuttavia solo uno degli obiettivi delle direttive summenzionate. In tale prospettiva, esso deve segnatamente essere conciliato con lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, che rientra nell'essenza stessa delle norme di diritto dell'Unione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ed è segnatamente tutelato dal principio della parità di trattamento degli offerenti. (...) L'obbligo per un'impresa comune quale una società in nome collettivo (...) di presentare all'amministrazione aggiudicatrice un DGUE per sé stessa nonché un DGUE per ciascun soggetto del complesso dei soci (...) non può neppure essere in contrasto con il

2019/1780 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici, GU L 305 del 25.11.2022, pp. 12-50.

²³ CGUE, 8° Sezione, 10 novembre 2022, *Taxi Horn Tours*, Causa C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869; V. J. TRIBOUT, «*Marchés publics - Document unique de marché européen*», *Europe* 2023, 1, pp. 25-26.

²⁴ Par. 57-59.

principio di proporzionalità (...) tanto più che, come emerge sia (...) della direttiva 2014/24 sia dall'allegato 1 del regolamento di esecuzione 2016/7, gli operatori economici possono fornire un DGUE utilizzato in una procedura d'appalto precedente purché confermino che le informazioni ivi contenute sono tuttora valide e rimangono pertinenti. (...) Infine, l'obbligo per un'impresa comune, quale una società in nome collettivo, ai sensi del diritto dei Paesi Bassi, di presentare il proprio DGUE, nonché un DGUE per ciascuno dei soci sulle capacità dei quali intende fare affidamento, costituisce certamente un onere amministrativo, ma non può, in nessun caso, essere assimilato ad un obbligo di modificare il suo regime giuridico».

Con la giurisprudenza recente relativa alla direttiva del 2014 sono anche apparsi problemi giuridici più seri, anzitutto per quanto riguarda il rapporto tra il DGUE e i motivi di esclusione di cui all'art. 57 della direttiva. In estrema sintesi, la Corte ha messo in luce, tra l'altro, che le stazioni appaltanti devono procedere alla loro autonoma valutazione poiché «un'amministrazione aggiudicatrice non può automaticamente desumere dalla decisione di un'altra amministrazione aggiudicatrice di risolvere un precedente contratto di appalto pubblico, per il fatto che l'aggiudicatario avrebbe affidato in subappalto una parte dei lavori senza la previa autorizzazione dell'amministrazione medesima, che tale aggiudicatario si sia reso colpevole di significative o persistenti carenze, ai sensi dell'art. 57, par. 4, lettera g), della direttiva 2014/24, in riferimento all'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa a tale appalto pubblico»²⁵. Risulta da tale giurisprudenza che lo scopo del DGUE, cioè semplificare l'applicazione delle procedure di gara non solo per le imprese, ma anche per le amministrazioni aggiudicatrici, è in qualche modo contraddetto in una fase della valutazione anteriore alla verifica del DGUE, cioè nella valutazione dei motivi di esclusione.

²⁵ Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 3 ottobre 2019, *Delta Antrepriză de Construcții*, Causa C-267/18, par. 28. V. S. DE LA ROSA, *The appraisal of mandatory and optional grounds of exclusion and the use of digital platforms for tendering – To what extent the contracting authority enjoy a leeway?*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (eds.), *Public procurement and digitalization Information*, Bruxelles, Bruylant, di prossima pubblicazione.

4. *Per concludere: il portale digitale centrale per l'accesso alle informazioni, si va davvero verso un'amministrazione snella?*

Anche con l'aiuto della digitalizzazione, la semplificazione amministrativa è un'opera di Sisifo per il diritto UE come lo è per il diritto degli Stati membri. Un progetto bello in apparenza e che meriterebbe un ulteriore esame, è il Portale digitale centrale per l'accesso alle informazioni, istituito dal relativo Regolamento²⁶. I considerando contengono già di per sé qualche dichiarazione velleitaria, come ad esempio il n° 31: «Diverse reti e servizi sono stati istituiti a livello dell'Unione e nazionale per fornire assistenza ai cittadini e alle imprese nelle loro attività transfrontaliere. È importante che tali servizi, compresi i servizi di assistenza o di risoluzione dei problemi esistenti istituiti a livello dell'Unione, quali i centri europei dei consumatori, La tua Europa – Consulenza, SOLVIT, l'*helpdesk* sui diritti di proprietà intellettuale, *Europe Direct* e la rete *Enterprise Europe*, facciano parte dello sportello al fine di garantire che tutti i potenziali utenti possano reperirli. I servizi elencati nell'allegato III sono stati istituiti con atti vincolanti dell'Unione, mentre altri servizi operano su base facoltativa. I servizi istituiti tramite atti vincolanti dell'Unione dovrebbero essere tenuti a rispettare i requisiti di qualità stabiliti nel presente regolamento. I servizi che operano su base facoltativa dovrebbero conformarsi a tali requisiti di qualità se l'intento è quello di renderli accessibili mediante lo sportello. La portata e la natura di tali servizi, le loro modalità di gestione, le scadenze esistenti e le basi volontarie, contrattuali o di altro tipo su cui operano non dovrebbero essere modificati dal presente regolamento. Ad esempio, qualora l'assistenza che forniscono sia di natura informale, il presente regolamento non dovrebbe avere l'effetto di mutare tale assistenza in consulenza legale a carattere vincolante». Colpisce l'uso della parola «dovrebbero». Infatti, il Regolamento pubblicato il 21 novembre 2018 prevede all'art. 39 diverse date per la sua entrata in vigore, cioè, a seconda delle disposizioni elencate, il 12 dicembre 2020, il 12 dicembre 2022 e il 12 dicembre 2023. L'art. 32 riguardo i costi dispone che «Il

²⁶ Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 ottobre 2018, che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, GUUE L 295, 21.11.2018, pp. 1-38.

bilancio generale dell'Unione europea copre le spese per lo sviluppo e la manutenzione degli strumenti TIC a sostegno dell'attuazione a livello dell'Unione; la promozione dello sportello a livello dell'Unione; la traduzione di informazioni, spiegazioni e istruzioni, entro un volume annuale massimo per Stato membro» e che, invece, i costi relativi ai portali *web* nazionali, alle piattaforme di informazione, ai servizi di assistenza e alle procedure stabiliti a livello di Stato membro sono a carico dei rispettivi bilanci degli Stati membri. L'art. 36 del Regolamento dispone che entro il 12 dicembre 2022, e successivamente ogni due anni, la Commissione presenta una relazione di valutazione sul funzionamento dello sportello e sul funzionamento del mercato interno basata sulle statistiche e sulle informazioni raccolte conformemente agli articoli 24, 25 e 26. Il riesame riguarda, in particolare, la valutazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 14 – Sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove e applicazione del principio «*una tantum*». Al 1° maggio 2023 non era reperibile una tale relazione né sul sito della Commissione, né su quello del Parlamento europeo.

In una relazione pubblicata il 6 dicembre 2022, invece, la Corte dei conti dell'UE è stata piuttosto critica, come risulta anche dalla sua sintesi²⁷:

«V. La Corte è giunta alla conclusione che le azioni della Commissione si sono rivelate efficaci soltanto in parte nel promuovere sia l'attuazione che l'adozione di soluzioni di *e-government* da parte degli Stati membri. La Commissione ha completato le azioni del piano d'azione per l'*e-government* 2016-2020 oggetto dell'audit. Tuttavia, non tutti i servizi pubblici digitali di nuova concezione sono disponibili in tutta l'UE a causa del ritardo con cui le azioni sono state attuate negli Stati membri. (...) VII. Inoltre, la Commissione non ha verificato in modo completo l'attuazione del piano d'azione nel suo insieme. Gli indicatori esistenti relativi all'*e-government* (l'analisi comparativa in materia di *e-government* e l'indice di digitalizzazione dell'economia e della società) non erano direttamente collegati a nessuna delle azioni attuate nell'ambito del piano

²⁷ Relazione speciale Azioni di *e-government* rivolte alle imprese. Le azioni della Commissione sono state attuate, ma la disponibilità di servizi amministrativi elettronici nell'UE non è ancora uniforme, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR22_24/SR_e-Government_IT.pdf, pp. 4-5.

d'azione e non erano pertanto idonei a misurarne l'impatto complessivo. (...) IX. Non esisteva una strategia globale per promuovere le soluzioni di *e-government* disponibili a livello dell'UE tra i principali utenti. La promozione delle soluzioni di *e-government* da parte della Commissione è stata limitata e non esisteva una visione d'insieme delle azioni intraprese a tale riguardo dagli Stati membri, sebbene sforzi coordinati avrebbero potuto produrre risultati migliori. X. La Commissione non ha valutato quanto le imprese fossero a conoscenza dei servizi amministrativi in rete disponibili e in generale non ha analizzato le esigenze in tale ambito, sebbene si tratti di un passo fondamentale per l'adozione dei servizi di *e-government*. L'unica eccezione è rappresentata da uno studio e un programma di conoscenza e apprendimento tra le piccole e medie imprese nel settore dell'identificazione elettronica e del mercato dei servizi fiduciari».

Vi sono quindi due reazioni possibili riguardo al Regolamento del 2018, quella di Shakespeare: *Polonius: What do you read, my lord? – Hamlet: Words, words, words*; o quella, da me preferita, di Guglielmo il Taciturno: *Point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer*.

Digitalization, Self-Certification and EU Law

Jacques Ziller

Abstract: Il contributo esplora qualche aspetto della problematica della digitalizzazione e dell'autocertificazione nello spazio amministrativo europeo dal punto di vista del diritto dell'Unione europea. La riflessione si focalizza sulla tematica essenziale e spesso trascurata delle basi giuridiche per una disciplina europea della digitalizzazione della pubblica amministrazione. Mentre l'introduzione del cd. certificato Covid digitale dell'UE è stato un successo, c'è ancora molto da fare per rendere agibile il sistema dell'autocertificazione dei partecipanti alle gare d'appalto e per mettere davvero in opera il portale digitale centrale per l'accesso alle informazioni.

Abstract: This contribution explores some aspects of the issue of digitalization and self-certification in the European administrative space from

the perspective of EU law. It focuses on the essential and often neglected issue of the legal basis for a European regulation of the digitalization of public administration. While the introduction of the so-called EU digital Covid certificate was a success, there is still much to be done to make the system of self-certification of participants in tenders viable and to really put in place the central digital portal for access to information.

Parole chiave: digitalizzazione; basi giuridiche nel diritto comunitario; contratti pubblici; Green Pass; Digital Single Gateway

Keywords: Digitisation; Legal bases in EU Law; Public procurement; Green Pass; Digital Single Gateway