



## **Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Diretta da**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento Editoriale**

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,  
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

# FASCICOLO N. 1-2/2018

## estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

## Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

## Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Tagliantetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

## La nuova disciplina dei contratti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza

di Donato Vese\*

### Sommario

Sommario: 1. Introduzione. Il regime derogatorio previsto dal diritto comunitario per gli appalti del settore di difesa e sicurezza dello Stato. – 2. La direttiva 2009/81/CE e il nuovo regime degli appalti in materia di difesa e sicurezza. – 3. Il recepimento della normativa comunitaria e la sistematizzazione della disciplina dei contratti pubblici in materia di difesa e sicurezza ad opera del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 e del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. – 4. La disciplina codicistica dei contratti pubblici del settore di difesa e sicurezza. Ambito di applicazione e legislazione comunitaria di riferimento. – 4.1. L'estensione della disciplina codicistica ai contratti di concessione di lavori e servizi e le speciali disposizioni sul responsabile del procedimento in ambito militare. – 4.2. Le direttive generali per il Ministero della difesa. – 4.3. La disciplina delle anticipazioni di pagamento secondo il c.d. *down payment*. – 5. I contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza. La legislazione comunitaria di riferimento e le diverse ipotesi disciplinate dalla normativa codicistica di riferimento. – 5.1. Il concetto di contratti misti nel settore della difesa e sicurezza. – 5.2. Il regime giuridico applicabile ai contratti misti separabili. – 5.3. Il regime applicabile ai contratti misti non separabili. – 6. I contratti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali e la ricostruzione sistematica della loro disciplina nella legislazione comunitaria di riferimento. – 6.1. La nuova disciplina codicistica dell'art. 161 e il raffronto con l'art. 18, d.lgs. n. 163/2006. – 6.2. La logica del regime giuridico unico delle esclusioni per i contratti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali.

### Abstract

Il *public procurement* in materia di difesa e sicurezza è divenuto nel corso del tempo un argomento di particolare importanza e purtuttavia esso risulta terreno ancora poco esplorato da parte della dottrina giuspubblicistica e amministrativistica. La legislazione di riferimento si presenta alquanto frammentaria e disordinata, soprattutto a causa delle "stratificazioni normative" esito del recepimento delle diverse disposizioni comunitarie che sono intervenute nei settori della difesa e della sicurezza. Il presente scritto – il quale ha ad oggetto la disciplina dei contratti pubblici nei settori della difesa e della

---

\* Il presente lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

sicurezza dello Stato – intende offrire un contributo all’opera di sistematizzazione e interpretazione delle varie disposizioni che interessano il settore degli appalti militari. In questa prospettiva è parso necessario coordinare la disciplina del diritto amministrativo interno con le varie disposizioni comunitarie che sono state emanate per regolare il settore della difesa e della sicurezza, prestando specifica attenzione ai delicati profili di deroga dell’evidenza pubblica e della concorrenza richiesti da tale settore per garantire particolari interessi pubblici.

### 1. Introduzione. Il regime derogatorio previsto dal diritto comunitario per gli appalti del settore di difesa e sicurezza dello Stato

Nel recente passato, come è noto, ogni Stato membro dell’Unione europea disponeva di una normativa interna<sup>1</sup> in ambito di produzione, approvvigionamento, esportazione, importazione e transito dei materiali d’armamento, che era indirizzata alla tutela dei rispettivi mercati nazionali<sup>2</sup>. In attuazione dell’art. 296 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (già art. 223 TCE e ora art. 346 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea<sup>3</sup>), ad ogni Stato membro era consentito derogare all’applicazione delle regole generali in tema di concorrenza e pubblica evidenza al sussistere di almeno uno dei presupposti previsti dal comma 1, lett. a), in base al quale «nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della

propria sicurezza»; dal comma 1, lett. b), che dispone che «ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico<sup>4</sup>; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari».

In virtù dell’art. 296 TCE, oltre alla possibilità di ricorrere al segreto militare per consentire all’amministrazione di non dare pubblicità per quanto concerne l’approvvigionamento di opere, servizi o forniture qualora ciò comporti la divulgazione di notizie pregiudizievoli agli interessi essenziali della sicurezza, gli Stati membri sono anche legittimati ad adottare ogni altra misura ritenuta necessaria alla tutela di tali interessi, a condizione che tali misure, ai sensi dell’art. 296 TCE, comma 1, lett. b), ultimo periodo, non alterino le condizioni di concorrenza nel mercato

<sup>1</sup> Cfr. S.W. SCHILL, *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*, in Riv. trim. dir. pub., 2014, 1 ss.

<sup>2</sup> Sull’argomento, in dottrina, si v. A. BELLAL, *Arms Transfers and International Human Rights Law*, in S. CASEY-MASLEN (ed. by), *Weapons Under International Human Rights Law*, Cambridge, 2015, 448 ss.; J.L. ERICKSON, *Market imperative meets normative power: human rights and European arms transfer policy*, in *Eur. Jour. Int. Rel.*, 2013, 2, 209 ss.; M. BREHM, *The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law*, in *Jour. Conf. Sec. Law*, 2008, 2, 359 ss.; G. BASTID-BURDEAU, *Le commerce International des armes: de la sécurité à la défense de l’éthique et des droits de l’homme*, in *Jour. dr. Int.*, 2007, 413 ss.

<sup>3</sup> Cfr. CGCE 26 ottobre 1999, C-273/97; CGCE 11 gennaio 2000, C285/98; CGCE 11 marzo 2003, C-186/01.

<sup>4</sup> Sull’argomento si v. J.-B. MARIS, *La structuration du marché européen de l’armement*, Paris, 2012; A. PIETROBON, *I mercati delle armi in Europa. Una sfida al diritto dell’Unione*, Padova, 2009; L. LUSTGARTEN, *The European Union, the member states and the arms trade: a study in law and policy*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, 4, 521 ss.; I. MARRERO ROCHA, *El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea*, in *Rev. der. com. eur.*, 2011, 40, 669 ss.; Z. YIHDEGO, *The EU’s Role in Restraining the Unrestraining Trade in Conventional Weapons*, in *Germ. Law Jour.*, 2009, 3, 281 ss.

comune<sup>5</sup> per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari<sup>6</sup>.

In tale contesto va osservato come la giurisprudenza comunitaria abbia da tempo ribadito l'obbligo di interpretazione restrittiva degli ambiti di applicazione della disciplina derogatoria dell'art. 296 TCE<sup>7</sup>, in conformità del principio

<sup>5</sup> Cfr. M. MENSI, *Appalti pubblici e concessioni: procedure di gara, tutela amministrativa e processuale a livello comunitario e nazionale*, Padova, 1999, 400 ss.; B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2004, 359 e ss.

<sup>6</sup> Per la determinazione dei prodotti destinati a fini specificamente militari l'art. 296 TCE, comma 2, rinvia all'individuazione fatta dal Consiglio nell'elenco approvato con decisione del 5 aprile 1958, n. 255.

Sul punto in dottrina R. PALLADINO, *Il controllo sulle esportazioni di armi in zone di conflitto: regole e responsabilità dell'Unione Europea*, in *Ordine Internazionale e diritti Umani* 2015, 1183 ss., secondo la quale «il regime di deroga previsto dall'articolo 346 del TFUE è sottoposto ad un triplice limite finalizzato ad evitare l'uso abusivo dei poteri sanciti nell'articolo 346 stesso». Infatti, sempre secondo l'A., «l'art. 347 del TFUE prevede un meccanismo di consultazione politica con gli Stati membri che può condurre ad un comune accordo sulle disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato interno abbia a risentire delle misure adottate da uno Stato membro; il successivo art. 348 del TFUE prevede, inoltre, una consultazione con la Commissione quando le misure adottate abbiano per effetto di alterare le condizioni di concorrenza del mercato interno, nonché la possibilità che la Commissione stessa (oppure qualunque altro Stato membro) ricorra innanzi alla Corte di giustizia in ipotesi di presunto abuso».

La Commissione europea ha spiegato che la natura dei prodotti che figurano nell'elenco del 1958 e il riferimento esplicito dell'articolo 296 ai 'fini specificamente militari' confermano che solo gli appalti per la fornitura di attrezzature concepite, sviluppate e prodotte a fini specificamente militari possono essere esentati dalle norme comunitarie ai sensi dell'art. 296, par. 1, lett. b), del trattato CE.

Cfr. anche Comunicazione interpretativa della Commissione europea sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato CE agli appalti pubblici della difesa, COM/2006/0779 def., par. 3. Sul punto, si veda anche Tribunale di primo grado, sentenza del 20 settembre 2003, causa T-26/01, Fiocchi Munizioni c. Commissione, in *Raccolta*, p. II-3951 ss., punti 59 e 61.

<sup>7</sup> Cfr. CGCE 15 dicembre 2009, C-284/05.

generale di interpretazione restrittiva da riservare alle eccezioni alle norme volte a garantire l'effettività dei diritti riconosciuti dal Trattato nel settore dei pubblici appalti di lavori e di forniture<sup>8</sup>.

In tal senso la Corte di Giustizia aveva già stabilito che la mera presenza di una disposizione derogatoria prevista per specifici settori non comportasse un'esclusione generalizzata e a priori dell'ordinaria disciplina dell'assegnazione degli appalti pubblici<sup>9</sup> e in particolare laddove non ricorressero «cumulativamente tutti i presupposti enunciati dalla disposizione stessa»<sup>10</sup>.

In tale prospettiva la Corte aveva affermato che le deroghe alla disciplina sul mercato interno basate su motivi di sicurezza rappresentavano ipotesi eccezionali e delimitate, dalle quali era «lecito dedurre una riserva generale, inerente al Trattato, che esclud[esse] dall'ambito d'applicazione del diritto comunitario qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza»<sup>11</sup>.

Va osservato, tuttavia, come l'orientamento della Corte di Giustizia non avesse sortito l'effetto sperato. Difatti, gli Stati membri nel corso del tempo hanno fatto largo ricorso alle deroghe previste dall'art. 296 TCE sottraendo quasi sistematicamente le attività di *public procurement* nel settore della difesa e della sicurezza<sup>12</sup> alla generale disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Questo comportamento degli Stati può essere spiegato in virtù di due ragioni: i) la prima può rintracciarsi nella scarsa attenzione riservata dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici nel settore civile agli appalti della difesa e della sicurezza, ambito che per sua natura è connotato dal-

<sup>8</sup> Cfr. CGCE 10 marzo 1987, n. 199/85.

<sup>9</sup> Cfr. CGCE 17 novembre 1993, n. 71/92.

<sup>10</sup> Cfr. CGCE 3 maggio 1994, n. 328/92.

<sup>11</sup> Cfr. CGCE 16 settembre 1999, n. C-414/97.

<sup>12</sup> Cfr. M. TRYBUS, *European Defence Procurement: Towards a Comprehensive Approach*, in *European Public Law*, 1998, 4, 1, 111 ss.

la presenza di dati e informazioni sensibili e dal segreto militare; *ii*) la seconda può rinvenirsi nella logica di convenienza che deriverebbe dalla disapplicazione della normativa comunitaria, in virtù della quale gli Stati membri possono più facilmente proteggere – se non anche avvantaggiare – l'industria bellica nazionale in un'ottica, invero non remota, di tutela della sovranità, ma anche degli equilibri economici.

Se si tiene per fermo il fatto che la giurisprudenza comunitaria non era riuscita a porre un argine al sistematico uso dello strumento derogatorio, in quanto vincolata da un sistema che riconosceva agli Stati membri un ampio potere discrezionale, al fine di dare ordine al settore, si comprenderà la poderosa opera messa in atto dalla Commissione europea per arginare tale fenomeno.

D'altra parte le varie Comunicazioni<sup>13</sup> da parte della Commissione europea rivelano anche un generale orientamento teso ad inquadrare le questioni del commercio e della produzione delle armi in un contesto industriale<sup>14</sup>, tale per cui si affermi un'industria europea del settore della difesa e della sicurezza che renda effettivamente efficiente l'impiego delle risorse militari<sup>15</sup>, favo-

rendo così la creazione di un mercato europeo degli equipaggiamenti bellici<sup>16</sup> (c.d. *European Defence Equipment Market*).

---

Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Grecia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovacchia e Slovenia).

<sup>16</sup> In dottrina per quanto riguarda la politica europea sulla difesa e sicurezza (con particolare riferimento al Trattato di Lisbona) si v. P. PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di revisione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 539 ss.; R. WHITMAN, A. JUNCOS, *The Lisbon Treaty and the Foreign, Security and Defence Policy: Reforms, Implementation and the Consequences of (non-) Ratification*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, 25 ss.; A.A. HERRERO DE LA FUENTE, *Alcune considerazioni sulla politica estera e di sicurezza comune nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007*, in L.S. ROSSI, E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, 2010, 117 ss.; L. PANELLA, *La politica estera, di sicurezza e di difesa comune nel Trattato di Lisbona*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, 341 ss.; F. MUNARI, *La politica estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 941 ss.; D. THYM, *The Intergovernmental Constitution of the EU's Foreign, Security & Defence Executive*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, 453 ss.; U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 9 ss.; P. EECKHOUT, *The UE's Common Foreign and Security Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, 265 ss.; K. RADTKE, *The EU Common Foreign and Security Policy (CFSP) after the Lisbon Treaty: Supranational Revolution or Adherence to Intergovernmental Pattern?*, in F. LAURSEN (ed. by), *The EU's Lisbon Treaty: Institutional Choices and Implementation*, Farnham, 2012, 41 ss.; R. WESSEL, *Initiative and Voting in Common Foreign and Security Policy: The New Lisbon Rules in Historical Perspective*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Heidelberg 2012, 495 ss.; M.P. CHITI, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. CHITI, A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, 19 ss.; M. MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come "questione di interesse comune"*, *ivi*, 87 ss.; V. PETRALIA, *La politica estera e di sicurezza comune e la politica europea di sicurezza e difesa*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Il diritto sostanziale*, Milano, 2014, 348 ss.

<sup>13</sup> Tra molte si v. COM 2002/714 "La politica industriale in un'Europa allargata", dell'11 dicembre 2002; COM 2003/113, "Verso una politica comunitaria in materia di attrezzature militari", 11 marzo 2003.

<sup>14</sup> Sull'argomento sono molto interessanti i vari lavori di A. GEORGIOPOULOS, *The New European Defence Agency: Major Development or Fig Leaf*, in *Public Procurement Law Review*, 2005, 14 ss. ID., *The European Defence Agency's Code of Conduct for Armament Acquisitions: A Case of Paramnesia?*, *ivi*, 2006, 51-61; ID., *European Armaments Policy: A sine qua non for Security and Defence?* in M. TRYBUS, D. WHITE, (eds.), *European Security Law*, Oxford, 2007.

<sup>15</sup> Nel suo studio dal titolo *The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy* del 2013, il Parlamento europeo ritiene che il costo della "non-Europa" nel settore della difesa potrebbe oscillare, secondo le stime, da un minimo di 26 miliardi di euro, in base ai calcoli più prudenti, a un massimo di 130 miliardi di euro. È importante osservare che la cifra di 26 miliardi di euro all'anno corrisponde al bilancio della difesa complessivo di 15 Stati membri dell'UE (Belgio,



In questa prospettiva si pone anche la comunicazione del 23 settembre 2004 (COM 2004/608) con cui la Commissione ha pubblicato il libro verde degli appalti pubblici<sup>17</sup> della difesa tramite il quale, in virtù delle caratteristiche, della strategicità e della complessità del mercato della difesa europea, nonché dei limiti di efficienza del sistema giuridico esistente, viene disincentivato il sistema derogatorio alla disciplina degli appalti comunitari – la cui disciplina era stata nel frattempo aggiornata dalla dir. 2004/18/CE – attraverso due strumenti normativi complementari: *i*) il primo rivolto a «rendere più chiaro il quadro regolamentare comunitario vigente» tramite «uno strumento non legislativo, quale una Comunicazione interpretativa della Commissione»; *ii*) il secondo rivolto a «completare il quadro regolamentare comunitario con un nuovo strumento specifico» costituito da una «direttiva mirante a coordinare le procedure di aggiudicazione» degli appalti della difesa, con specifica indicazione di quali rientrassero nella deroga offerta dall'art. 296 TCE e di quali invece non giustificassero tale ricorso<sup>18</sup>.

Il libro verde riceveva impulso da parte del Parlamento europeo che, con la risoluzione adottata il 17 novembre 2005, faceva propri gli obiettivi della Commissione, suggerendo di affidare all'Agenzia Europea di Difesa (EDA) la predisposizione di un Codice di condotta per gli appalti della Difesa al fine di individuare una disciplina in grado di orientare l'aggiudicazione degli appalti ricompresi nell'esenzione di cui all'art. 296 TCE a criteri di maggiore concorrenza

e trasparenza<sup>19</sup>, da recepire in una vera e propria direttiva sull'approvvigionamento del materiale bellico.

Il 7 dicembre 2006 la Commissione emanava l'attesa comunicazione interpretativa (COM 2006/779) sull'art. 296 TCE, senza tuttavia introdurre alcun elemento di novità rispetto a quanto già rappresentato dalle istituzioni europee e dalla giurisprudenza comunitaria. Pur rimarcando come il sistematico uso della deroga di cui all'art. 296 TCE per gli appalti militari costituisse fattore di oggettivo depotenziamento della trasparenza e della libera concorrenza<sup>20</sup>, per la Commissione la comunicazione non poteva comunque dare né un'interpretazione della nozione di interessi essenziali di sicurezza degli Stati membri, né stabilire *ex ante* a quali appalti pubblici si applicava la deroga di cui all'art. 296 TCE. La Commissione dichiarava, pertanto, di volersi limitare a fornire alle amministrazioni aggiudicatrici degli orientamenti di ausilio alle valutazioni in merito alla giustificazione della deroga, richiamando l'obbligo di interpretazione restrittiva da attribuire alle norme derogatorie dei diritti conferiti

<sup>17</sup> R. DE NICTOLIS, *Il libro verde sugli appalti pubblici della difesa: verso una nuova direttiva per gli appalti di attrezzature militari*, in ID. (a cura di) *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano 2007, 136 ss.

<sup>18</sup> Cfr. R. BARATTA, *L'eccezione di sicurezza nazionale e i defence procurement nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea* 2008, 1, 76 ss.

<sup>19</sup> Cfr. R. CAVALLO PERIN, M.G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 703 ss.

<sup>20</sup> Cfr. A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, 1994; R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, 1995; W. HAHN, *Regulatory impact analysis: a cross-country comparison*, in P. NEWMAN (ed. by), *The New Palgrave dictionary of Economics and the Law*, III, London, 1998, 276 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 79 ss.; RF. JENNY, *The Economic and Financial Crisis, Regulation and Competition*, in *World Competition*, 2009, 32, 4, 449 ss.; F. LÉVÊQUE, H. SHELANSKI (eds), *Review of Antitrust and Regulation in the EU and US: Legal and Economic Perspectives*, Cheltenham Gros, 2009; I. GLINAVOS, *Regulation and the Role of Law in Economic Crisis*, in *European Business Law Review*, 2010, 21, 4, 539 ss.

dal TCE, così come affermato dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>21</sup>.

Ribadito il principio in base al quale le attrezzature militari incluse nell'elenco del 1958 non sono esentate in modo automatico dalle regole del mercato interno, la comunicazione spiega che l'interesse legittimo degli Stati membri ad avvalersi per tali attrezzature dell'esenzione dell'art. 296 TCE sussiste solo se sono rispettate tutte le condizioni previste da tale norma, sulla base di valutazioni da compiersi volta per volta. La portata di tale chiarimento, tuttavia, in ragione della volontaria ed esplicita omissione di qualsiasi interpretazione del concetto stesso di interessi essenziali di sicurezza, finiva per provocare un effetto distorsivo, limitandosi in sostanza a eliminare solo ogni possibile equivoco in merito al fatto che il ricorso alla disciplina derogatoria potesse avvenire per qualsiasi altro interesse, di natura industriale o economica, connesso alla produzione o alla commercializzazione di materiale bellico<sup>22</sup>.

## 2. La direttiva 2009/81/CE e il nuovo regime degli appalti in materia di difesa e sicurezza

Dal momento che la Comunicazione interpretativa non rappresentava per sua stessa natura uno strumento idoneo ad assicurare l'efficienza di un quadro normativo basato, da un lato, sulla dir.

<sup>21</sup> Tra tante si v. CGCE 4 ottobre 1991, n. 3767/89; CGCE 3 maggio 1994, n. 328/92; CGCE 28 marzo 1995, n. 324/93; CGCE 16 settembre 1999, n. 414/97; CGCE 15 maggio 1986, n. 222/84.

<sup>22</sup> Sul piano dell'adeguamento delle prassi nazionali ai contenuti della Comunicazione interpretativa si segnala l'adozione, da parte del Governo italiano, di una direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri recante "Orientamenti e criteri per il ricorso all'art. 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea". Tale direttiva (emanata nel 2009 e aggiornata nel 2014 alla luce del d.lgs. n. 208/2011) è stata riconosciuta come una buona pratica nell'ambito delle attività di coordinamento e omogeneizzazione delle prassi nazionali svolte dall'Agenzia Europea di Difesa (EDA).

2004/18/CE, applicabile agli appalti pubblici aggiudicati dalle amministrazioni nel settore della difesa e, dall'altro, sull'art. 296 TCE<sup>23</sup>, portava la Commissione europea ad assumere una più consistente iniziativa per regolare il mercato nei settori della difesa e della sicurezza, elaborando il c.d. *Defence package*.

Il 5 dicembre 2007 la Commissione pubblicava tre comunicazioni: la prima è quella inerente ad "Una strategia per un'industria europea della difesa più forte e competitiva" (COM 2007/764); la seconda è quella attinente alla "Proposta di direttiva concernente la semplificazione delle modalità e delle condizioni dei trasferimenti all'interno della Comunità di prodotto destinati alla difesa" (COM 2007/765); la terza è quella riguardante la "Proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di taluni appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dei settori della difesa e della sicurezza" (COM 2007/766).

Quest'ultima proposta, in ragione dell'impulso ricevuto dal Parlamento europeo per effetto della citata risoluzione del 17 novembre 2005, tendeva a permettere la realizzazione di un unico mercato europeo delle attrezzature militari concorrenziale, in un quadro normativo comunitario condiviso e stabile, ancorché ispirato a basi di libera concorrenza, tramite l'ausilio di un nuovo strumento legislativo adeguato alla specificità degli approvvigionamenti nei settori sensibili e capace di circoscrivere a casi eccezionali il ricorso alle deroghe previste dal TCE, dalla dir. 2004/198/CE, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 336 ss.



Tale intervento normativo rappresentava il “nucleo embrionale” di quella fonte normativa destinata a tradursi nella vigente dir. 2009/81/CE<sup>24</sup>.

Il procedimento di elaborazione della nuova direttiva fu lungo e complesso; e ciò in quanto il rinnovamento della normativa degli appalti militari poteva avvenire solo dall’incontro fra gli interessi sovranazionali, testimoniati dalla Commissione europea, e gli interessi nazionali dei singoli Stati membri.

La normativa in parola doveva, inoltre, tenere conto del nuovo approccio dell’UE in materia di sicurezza, che, nel mutato quadro geostrategico, prendeva atto dell’emergere di nuove minacce, asimmetriche e transazionali in cui il confine fra sicurezza interna ed esterna e militare e non militare diveniva labile e comunque non rilevante a fronte della necessità di istituire un regime comunitario in materia di sicurezza delle informazioni tale da consentire lo scambio e la protezione dei dati sensibili, il riconoscimento reciproco dei nullaosta nazionali di sicurezza e l’istituzione di un comune sistema di garanzie appropriate. Solo dopo un lungo lasso di tempo, la proposta della Commissione veniva sostanzialmente recepita dal Parlamento e dal Consiglio europeo con la dir. 2009/81/CE del 13 luglio 2009.

La portata del provvedimento del 2009 può dirsi di grande importanza; ciò soprattutto per il fatto che permette di transitare da un regime in cui gli appalti pubblici aggiudicati nel settore della difesa rientravano nella generale disciplina della dir. 2004/18/CE, salvo sempre le eccezioni derivanti dall’esenzione *ex art.* 296 TCE, ad un regime in cui tali appalti sono regolati da una disciplina au-

tonoma che non esclude, ma limita in modo sostanziale il ricorso al regime di deroga.

Va osservato come con la dir. 2009/81/CE venga raggiunto l’obiettivo di fornire una disciplina adeguata alle specificità degli acquisti nei settori della difesa e della sicurezza, sottraendo questi ultimi alla disciplina generale prevista per gli altri settori, la cui genericità e inadeguatezza aveva prodotto l’eccessivo ricorso al regime derogatorio da parte dei singoli Stati membri.

Vi è da sottolineare come, pur poggiando sulla intelaiatura della previgente direttiva del 2004 la dir. 2009/81/CE presenti non pochi elementi di innovazione. Il primo consiste nella definizione del suo ambito (art. 2), al cui interno viene ricondotto, oltre al *procurement* per il settore della difesa anche quello per il settore della sicurezza non militare; ciò dovrebbe contribuire a ridurre il ricorso al regime derogatorio previsto dall’art. 296 TCE ai soli casi in cui la disciplina specifica della direttiva in esame risultasse inadeguata a proteggere gli interessi essenziali di sicurezza. Va detto che tale estensione di ambito e il conseguente effetto è stato oggetto di opinioni assai discordanti sia durante i lavori che avevano preceduto l’approvazione della direttiva, sia nel corso dei lavori parlamentari che portarono al suo recepimento all’interno dell’ordinamento italiano<sup>25</sup>. Per quanto riguarda la disciplina degli appalti misti (art. 3), la direttiva prevede che i contratti pubblici rientranti in parte nell’ambito di applicazione delle direttive generali 2004/17/CE e 2004/18/CE e in parte in quello della direttiva stessa saranno disciplinati da quest’ultima. Per

<sup>24</sup> Direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure per l’aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori (GU L 216 del 20 agosto 2009, pag. 76).

<sup>25</sup> A tal riguardo si v. lo schema di decreto legislativo recante disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e della sicurezza, in attuazione della dir. 2009/81/CE. Atto del Governo n. 389 – Audizione informale del Presidente dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – Uffici di Presidenza delle Commissioni congiunte 4<sup>a</sup> Difesa Senato e IV Difesa Camera dei Deputati – 22 settembre 2011 – in [www.esternalizzazioni.it](http://www.esternalizzazioni.it).

quanto concerne invece gli appalti che, pur rientrando in parte nell'ambito di applicazione della direttiva, ma che per altra parte non rientrano nella disciplina né della direttiva, né delle direttive generali, non saranno soggetti alla direttiva del 2009, sempre che il ricorso all'appalto unico risulti giustificato e non sia esclusivamente finalizzato all'esclusione dall'applicazione della disciplina comunitaria in materia.

Un altro elemento di innovazione è rappresentato dall'attenzione al tema della sicurezza delle informazioni "sensibili". In quest'ottica nel 20° considerando della direttiva il legislatore europeo pone enfasi dell'argomento della segretezza degli appalti e delle concessioni nel settore di difesa e sicurezza dello Stato, rilevando come in essi siano spesso contenute informazioni per le quali le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in vigore nello Stato membro interessato, per motivi di sicurezza, richiedano la protezione da accessi non autorizzati. Nel settore militare, come è noto, gli Stati membri dispongono di sistemi di classificazione di tali informazioni per scopi militari. Tuttavia, nel settore della sicurezza civile, esiste maggiore diversità tra le prassi degli Stati membri quando altre informazioni devono essere protette in modo simile. Occorre dunque ricorrere ad un concetto che tenga conto della diversità delle prassi degli Stati membri e che permetta di includere sia il settore militare che quello civile.

Va detto, ad ogni modo, che l'aggiudicazione degli appalti in questi settori non deve porsi in pregiudizio agli obblighi derivanti dalla decisione 2001/844/CE, CECA, Euratom della Commissione del 29 novembre 2001 che modifica il suo regolamento interno, o della decisione 2001/264/CE del Consiglio del 19 marzo 2001 che adotta le norme di sicurezza del Consiglio. Nell'ambito della dir. 2009/81/CE le informazioni sensibili rientrano nella definizione di informazioni classificate (art. 1, n. 8) ed è previsto che in caso di ap-

palti che contengono informazioni classificate, l'amministrazione aggiudicatrice precisi nella documentazione di appalto le misure e i requisiti necessari per garantire la sicurezza di tali informazioni (art. 22). Sono contemplati anche specifici elementi a presidio della sicurezza degli approvvigionamenti durante l'intera durata del ciclo di vita del programma cui l'appalto è associato (art. 23), sicché le condizioni di gara devono prevedere la presenza di determinati requisiti. È prevista una pluralità di procedure di aggiudicazione degli appalti al fine di consentire il superamento della procedura aperta comunemente prevista dalla disciplina ordinaria degli appalti, garantendo al contempo il rispetto dei principi di trasparenza nell'assegnazione consentita dalla specificità del settore mediante l'utilizzo di specifici strumenti quali la procedura ristretta, la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, il dialogo competitivo o la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara (art. 25 ss.).

Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione dell'appalto che le amministrazioni sono tenute a rendere noti, la dir. 2009/81/CE prevede che, oltre a quello del prezzo più basso, la pubblica amministrazione possa utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa definita come risultante dalla valutazione di vari elementi quali la: qualità, il prezzo, il pregio tecnico, la funzionalità, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzazione, la redditività, il servizio *post* vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione, la sicurezza dell'approvvigionamento, l'interoperabilità e le caratteristiche operative (art. 47).

La dir. 2009/81/CE all'art. 73, par. 2, stabilisce che la Commissione presenti al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della direttiva. Tale relazione (SWD 2016 407 FINAL) è stata presentata a novembre del 2016. Il documento, pur tracciando un quadro da cui

emerge la necessità di innalzare il livello di efficacia, efficienza e omogeneità dell'attuazione della direttiva pone enfasi sul fatto che il testo di quest'ultima è idoneo allo scopo, che «la direttiva è in linea di massima sulla buona strada verso il raggiungimento dei suoi obiettivi» e che non è necessario emendarla ma, piuttosto, occorre contribuire a meglio interpretarla (si v. riferimento alle esclusioni di cui al successivo par. IV) e attuarla anche attraverso azioni di stimolo (*nudge*) come l'avvio di procedure d'infrazione nei casi in cui siano individuate gravi violazioni delle sue disposizioni e gravi distorsioni del mercato di settore.

### **3. Il recepimento della normativa comunitaria e la sistematizzazione della disciplina dei contratti pubblici in materia di difesa e sicurezza ad opera del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 e del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50**

In attuazione della dir. 2009/81/CE la normativa nazionale in materia di appalti nei settori della difesa e della sicurezza subisce un'opera di sistematizzazione con l'emanazione del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208, recante la «Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza».

In forza del principio di carattere generale stabilito dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 208/2011 «l'affidamento e l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture avviene nel rispetto dei principi di cui all'art. 2 del codice (l'allora vigente codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 163/2006) tenuto conto della specificità dell'approvvigionamento dei materiali nei settori della difesa e della sicurezza». Anche all'interno della normativa nazionale viene pertanto introdotto il concetto della specifica natura della materia trattata, pur affiancato (art. 3, comma 2) al rispetto delle norme del codice che con tale specificità siano compatibili e non derogate. L'art. 4 del d.lgs. n. 208/2011 fa espresso rinvio a due successivi decreti del Pre-

sidente della Repubblica per la disciplina esecutiva e attuativa delle disposizioni concernenti, da una parte, le forniture e i lavori strettamente definibili militari e, dall'altra, le forniture ed i lavori definibili sensibili. Ad oggi solo il primo dei due è stato adottato con il d.P.R. 13 marzo 2013, n. 49. Tra le particolarità più significative del d.lgs. n. 208/2011 vanno rilevati alcuni ulteriori aspetti che interessano la presente trattazione. L'art. 6, d.lgs. n. 208/2011, in particolare, stabilisce le tipologie dei contratti esclusi dall'applicazione del decreto: tra di essi figurano i contratti disciplinati da *i)* norme procedurali stabilite dall'Italia nell'ambito di accordi bilaterali o multilaterali con altri paesi membri; *ii)* norme procedurali specifiche in base a contratti stipulati in relazione alla presenza di truppe o imprese stabilite in Italia o in un paese terzo; *iii)* norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o ai contratti aggiudicati da una stazione appaltante appartenente allo Stato italiano in conformità a tali norme.

Sempre l'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 208/2011, reca la deroga all'applicazione del decreto relativamente: *i)* ai contratti nel settore della difesa, relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico di cui all'elenco adottato dal Consiglio della comunità europea con la decisione 255/58, che siano destinati a fini specificamente militari e per i quali lo Stato ritiene di adottare misure necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza; *ii)* ai contratti per i quali l'applicazione delle disposizioni del decreto obbligherebbe lo Stato italiano a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza, previa adozione del provvedimento di segretezza; *iii)* ai contratti per attività di *intelligence*; *iv)* ai contratti aggiudicati nel quadro di un programma di cooperazione basato su ricerca e sviluppo, condotto congiuntamente dall'Italia e

almeno uno Stato membro per lo sviluppo di un nuovo prodotto e, ove possibile, nelle fasi successive di tutto o parte del ciclo di vita di tale prodotto; *v*) ai contratti aggiudicati in un paese terzo, anche per commesse civili, quando le forze operano al di fuori dell'Unione, se le esigenze operative richiedono che siano conclusi con operatori economici localizzati nell'area delle operazioni; *vi*) ai contratti di servizi aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; *vii*) ai contratti aggiudicati dal governo italiano a un altro governo e concernenti la fornitura di materiale militare o di materiale sensibile, lavori e servizi direttamente collegati a tale materiale, lavori e servizi per fini specificamente militari, o lavori e servizi sensibili; *viii*) ai servizi di arbitrato e conciliazione; *ix*) ai servizi finanziari, ad eccezione dei servizi assicurativi; *x*) ai contratti di impiego; *xi*) ai servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui benefici appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

Va segnalata, sempre con riferimento al citato art. 6, l'ampiezza della casistica di esclusioni dall'applicazione del d.lgs. n. 208/2011, che, riprendendo puntualmente i contenuti delle corrispondenti disposizioni della dir. 2009/81/CE, evidenzia il fatto che la condivisione di un testo di disposizioni europee per la disciplina degli appalti nel settore della difesa e della sicurezza si è potuta raggiungere solo prevedendo che ampie parti dei *budgets* nazionali fossero escluse dall'applicazione delle disposizioni stesse. In quest'ottica la Commissione europea, consapevole della circostanza che le esclusioni rappresentano un elemento su cui si misura la tenuta com-

plexiva della normativa europea di settore, ha intrapreso azioni interpretative di alcune ipotesi specifiche – come ad es. l'art. 6, comma 1, lett. *c*) e l'art. 6, comma 2, lett. *g*) – identificate come particolarmente controverse.

Il d.lgs. n. 208/2011 detta anche principi relativi ai contratti esclusi (art. 8), gli importi delle soglie dei contratti di rilevanza comunitaria (art. 10), cui si ricollega la revisione periodica delle soglie e modifiche degli allegati (art. 32) e la capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 12). In quanto vengono richiamati importanti principi sanciti dalla dir. 2009/81/CE, vanno menzionate alcune norme quali: l'art. 13 riguardante la materia della «sicurezza dell'informazione»; l'art. 14 inerente alla «sicurezza dell'approvvigionamento»; l'art. 27 che disciplina i procedimenti riguardanti i «subappalti». Quest'ultima norma, in specie, rinvia alla disciplina di dettaglio prevista dal regolamento di attuazione di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 49/2013.

Va poi detto come, per effetto dell'art. 33, d.lgs. n. 208/2011, siano state introdotte significative modifiche già nella previgente disciplina del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006. In dettaglio, veniva inserita nell'art. 1, d.lgs. n. 163/2006, la previsione in base alla quale il codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza ad eccezione dei contratti per i quali si applica il decreto di attuazione della dir. 2009/81/CE e dei contratti di cui all'art. 6 dello stesso decreto legislativo di attuazione. Veniva altresì abrogato l'art. 16, che, nel rispetto dell'art. 296 TCE, sottraeva alla disciplina del codice i contratti del settore della difesa relativi ai materiali di armamento di cui all'elenco approvato dal Consiglio europeo con decisione n. 255/1958. Erano modificati anche gli artt. 17 (Contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza), 195 (Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore del-



la difesa) e 196 (Disciplina speciale per gli appalti nel settore della difesa) in modo da allineare tali disposizioni alla nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 208/2011.

Dall'esame della legislazione, come appena visto, l'introduzione nel nostro ordinamento del d.lgs. n. 208/2011 segna un deciso passo in avanti nell'opera di sistematizzazione della disciplina degli appalti inerenti ai settori della difesa e sicurezza. In questo particolare ramo delle commesse pubbliche l'ordinamento può disporre ora di una disciplina *ad hoc*, contraddistinta da regole appropriate alle peculiarità che connota questo speciale settore. Ma è soprattutto in relazione al corretto uso della disciplina derogatoria, come detto prevista dall'art. 346 TFUE (già art. 296 TCE), che la nuova disciplina sancisce un netto miglioramento della regolamentazione in materia di appalti militari.

La novella del 2011 ha certamente contribuito a creare un sistema che fornisca validi e oggettivi riferimenti che fossero in grado di distinguere il *procurement* militare dal *procurement* civile. In questa prospettiva si colloca il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale, attraverso un'articolata disciplina, mira a fornire un sistema delle commesse pubbliche in ambito militare più efficiente<sup>26</sup> e flessibile. Vale la pena di osservare, a tal riguardo, come la normativa degli appalti nel settore della difesa e della sicurezza contenuta nel nuovo codice degli contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, rappresenti la proiezione della normativa contenuta nel d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208, che, come visto, ha recepito la dir. 2009/81/UE per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e della sicurezza. Tale proie-

zione risulta chiara dalla formulazione dell'art. 1, comma 6, del nuovo codice dei contratti pubblici, che ne sancisce la valenza residuale, prevedendone l'applicazione per i contratti pubblici aggiudicati nei settori di difesa e sicurezza con esclusione di quelli direttamente disciplinati dal d.lgs. n. 208/2011, nonché di quelli espressamente sottratti alla disciplina dello stesso decreto per effetto dell'esclusione ivi contenuta all'art. 6.

Va rilevato che con l'emanazione del d.lgs. n. 208/2011 erano state già introdotte importanti modifiche al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in materia di appalti nel settore della difesa. Ciò non sta a significare che la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 50/2016<sup>27</sup> rappresenti un mero aggiornamento della precedente normativa<sup>28</sup>, ma costituisce una

<sup>27</sup> Sul nuovo Codice dei contratti pubblici cfr. *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436-522 e i fascicoli speciale nn. 8-9 in *Urb. e app.*, 2016. Per la manualistica si v. F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016; F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, 2017.

<sup>28</sup> Sulla normativa dei contratti pubblici per la manualistica si v. S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014; F. FRACCHIA, L. GILL, *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2013; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, II ed., Padova, 2012; G.A. BENACCHIO, M. COZZIO, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012; F.G. SCOCA, *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, II ed., Roma, 2012; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, V ed., Roma, 2012; S.A. ROMANO, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011; M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; F. SAIITA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e e forniture*, Padova, 2008; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; M. SANINO, *Commento*

<sup>26</sup> Sul punto si v. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente», COM (2013) 542 final.



vera e propria evoluzione sistematica che mira a coordinare e attuare un quadro normativo complesso<sup>29</sup>, frutto della recente attenzione del legislatore comunitario e di quello nazionale per il settore economico della difesa e della sicurezza.

A tal riguardo va osservato come la progressiva condivisione da parte degli Stati membri dell'Unione europea dell'obiettivo della creazione di un sistema integrato di difesa europeo ha da tempo avviato un processo di sottrazione della materia del *public procurement* dei servizi destinati al settore della difesa e della sicurezza alle considerazioni di natura politica, per affermare l'esigenza di introdurre concreti riferimenti normativi che concorrano al suo perseguimento. Ed è in questa prospettiva che si pongono alcune importanti disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici cui ora occorre rivolgere particolarmente l'attenzione.

#### **4. La disciplina codicistica dei contratti pubblici del settore di difesa e sicurezza. Ambito di applicazione e legislazione comunitaria di riferimento**

Un'esigenza di ordine sistematico impone di prendere in esame l'art. 159, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici. Questa norma, che apre il capo VI rubricato «Appalti e procedure in specifici settori», dove si inserisce l'apposita sezione I sulla «Difesa e sicurezza», rappresenta, a ben vedere, la trasposizione di parte delle disposizioni di cui agli artt. 15, dir. 2014/24/UE, 24 dir. 2014/25/UE e 10, dir. 2014/23/UE.

La dir. 24/2014/UE sugli appalti nei settori ordinari e la dir. 25/2014/UE sugli appalti nei settori

---

al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, Padova, 2006.

<sup>29</sup> Sul punto cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss; E. D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.

speciali<sup>30</sup> abrogano rispettivamente le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, lasciando in vita la direttiva sugli appalti nei settori di difesa e sicurezza<sup>31</sup>, ponendo il tema della necessità di raccordo tra le rispettive disposizioni nazionali di recepimento.

In tal senso l'art. 159 del d.lgs. n. 50/2016 va letto e coordinato con l'art. 1, comma 6, dello stesso decreto, il quale, nel definire oggetto e ambito di applicazione del nuovo codice, prevede, come anticipato, che le sue disposizioni non si applicano ai contratti che rientrano nell'ambito del d.lgs. n. 208/2011 (con cui, come visto, il legislatore italiano ha dato attuazione alla dir. 2009/81/CE recante la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza) e ai contratti per i quali l'art. 6, d.lgs. n. 208/2011, prevede specifiche fattispecie di esclusione delle regole comunitarie. Da questa angolazione può affermarsi che il d.lgs. n. 208/2011 ha introdotto nell'ordinamento una specifica disciplina di settore, applicabile ai contratti pubblici relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture nei settori della difesa e sicurezza<sup>32</sup>. Nell'ambito di tale disciplina sono previste fattispecie espressamente escluse in virtù della disciplina derogatoria riconducibile alle previsioni di cui all'art. 346 TFUE (già 296 TCE).

In particolare, l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 208/2011 prevede la non applicabilità del decreto in parola ai contratti disciplinati da norme procedurali specifiche in base a un accordo o a un'intesa in-

---

<sup>30</sup> Cfr. S. ARROSMITH, *An Assessment Of The New Legislative Package On Public Procurement*, in *Common Market Law Review*, 2004, 1277 ss.; ID., *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, *ivi*, 2000, 709 ss.

<sup>31</sup> Sul punto si v. R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1107.

<sup>32</sup> Si v. Camera dei Deputati - XVII legislatura - Documentazione per l'esame di Atti del governo - nuovo codice dei contratti pubblici - Schema di d.lgs. n. 283 - art. 1, l. 28 gennaio 2016, n. 11, 169.

ternazionale conclusi tra l'Italia e uno o più Paesi terzi o tra l'Italia e uno o più Stati membri e uno o più Paesi terzi; in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernenti imprese stabilite nello Stato italiano o in un Paese terzo; con riferimento ad un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità. L'ultimo periodo dell'art. 6, comma 1, specifica che il decreto in parola non si applichi neppure ai contratti che devono essere aggiudicati da una stazione appaltante appartenente allo Stato italiano quando l'aggiudicazione debba avvenire in conformità a tali norme. In base all'art. 6, comma 2, l'inapplicabilità del d.lgs. n. 208/2011 ai contratti del settore della difesa, inerenti alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, che, in base all'elenco adottato dal Consiglio della Comunità europea con la decisione 255/58, siano destinati a fini specificatamente militari e per i quali lo Stato ritiene di adottare misure necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza.

Allo stesso modo l'inapplicabilità del decreto del 2011 è sancita per quei contratti per i quali l'applicazione<sup>33</sup> delle disposizioni del decreto in parola obbligherebbe lo Stato italiano a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza. Il decreto *de quo* non si applica neppure ai contratti per attività c.d. *d'intelligence* e per quelli aggiudicati dal governo italiano a un altro governo e che sono attinenti alla fornitura di materiale militare o di materiale sensibile ovvero di lavori e servizi direttamente collegati a tale materiale, ovvero ancora di lavori e servizi per fini

specificatamente militari o lavori e servizi sensibili.

In particolare, la lettura dell'art. 159, comma 1, d.lgs. n. 208/2011, evidenzia come quest'ultimo, nel riprendere una parte delle disposizioni che nelle tre direttive<sup>34</sup> tracciano il rispettivo perimetro di applicazione e integrazione delle previsioni di cui al richiamato art. 1, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, afferma il principio secondo il quale agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione in materia di difesa e sicurezza non si applicano le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici se non nella misura in cui la salvaguardia degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita tramite misure meno invasive, come ad esempio l'imposizione di condizioni intese a proteggere la riservatezza delle informazioni che gli enti aggiudicatori rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto<sup>35</sup>.

#### **4.1. L'estensione della disciplina codicistica ai contratti di concessione di lavori e servizi e le speciali disposizioni sul responsabile del procedimento in ambito militare**

L'art. 159, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, rappresenta un'ulteriore conferma della sopra richiamata necessità di raccordo tra le disposizioni nazionali di recepimento delle tre direttive e le disposizioni nazionali di recepimento della dir. 2009/81/CE. Infatti, il d.lgs. n. 208/2011 prevede che le sue disposizioni si applichino ai soli contratti pubblici

<sup>34</sup> Cfr. S. GALLO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Rimini, 2014, 28 ss.

<sup>35</sup> Tale previsione, nelle direttive europee n. 24 e n. 25 del 2014 è da collocarsi nella parte in cui è previsto il richiamo dell'esclusione dall'applicazione derivante dall'invocazione dell'art. 346, comma 1, lett. a), TFUE e, nella misura in cui richiede una gradualità nel ricorso agli strumenti di tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, è da collocarsi nel solco tracciato in materia dalla Commissione europea a partire dalla Comunicazione interpretativa dell'art. 296 TCE (ora art. 346 TFUE).

<sup>33</sup> Sull'argomento già in passato cfr. M.A. SANDULLI, *Sull'applicazione del Codice contratti pubblici. Parte I: ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Foro amm.-TAR.*, 2008, 91 ss.; ID., *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 77 ss.

relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza; sicché tale normativa nulla prevede in materia di concessioni nel settore difesa e sicurezza. La lacuna è ora colmata dall'art. 159, comma 2, il quale dispone che la parte terza (artt. 164 ss.) del nuovo codice dei contratti pubblici trovi applicazione anche per i contratti di concessione di lavori e di servizi ricadenti nell'oggetto del d.lgs. n. 208/2011, ad eccezione di quelli esclusi dal suo ambito di applicazione ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 159, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, riproducendo analoga disposizione contenuta nell'art. 196 del previgente codice dei contratti del 2006, si apre con una disposizione che stabilisce l'inapplicabilità dell'art. 31 del nuovo codice, disciplinante il ruolo e le funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni del *procurement* civile, al settore degli appalti militari, dove vigono speciali disposizioni che derogano alla disciplina comune. Ciò è dovuto alla particolare struttura organizzativa del Ministero della difesa che prevede due aree responsabili delle funzioni tecnico-operative e di quelle tecnico-amministrative con al vertice, rispettivamente, il Capo di stato maggiore della difesa e il Segretario generale della difesa e Direttore nazionale degli armamenti. In ragione di questa articolazione, e della conseguente collocazione delle responsabilità sulle differenti fasi del procedimento all'interno di una o dell'altra area, la norma in esame prevede che l'amministrazione della difesa possa nominare di volta in volta un responsabile per la fase di programmazione, uno per quella di progettazione, un altro per quella di affidamento, un altro ancora per quella di esecuzione.

La previsione di più responsabili del procedimento se da un lato si adatta meglio alla conformazione dell'apparato dell'amministrazione militare, dall'altro lato potrebbe rendere meno efficiente lo svolgimento del procedimento ammini-

strativo. Ciò perché con la previsione di più responsabili del procedimento si avrebbero maggiori costi di transazione rispetto alla previsione del responsabile unico del procedimento, il quale, essendo appunto unico, non va incontro neppure a quei costi di adattamento cui, invece, sarebbe destinato il responsabile che di volta in volta prende parte ad una delle fasi del procedimento amministrativo.

È bene osservare, sul punto, che la norma lascia alla discrezionalità dell'amministrazione decidere se valersi o meno della deroga e che, comunque, l'effettiva possibilità di previsione di un responsabile unico richiederebbe interventi di riorganizzazione e redistribuzione interna di alcune funzioni. Nell'ultima parte, l'art. 159, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici prevede che i responsabili del procedimento siano tecnici appartenenti al Ministero della difesa e, in ragione dell'*expertise* che la relativa fase richiede, che il responsabile della fase di affidamento sia individuato, a discrezione della pubblica amministrazione, tra i dipendenti specializzati in materie giuridico-amministrative.

#### **4.2. Le direttive generali per il Ministero della difesa**

Particolari previsioni normative sono quelle introdotte dall'art. 159, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede l'emanazione di un decreto del Ministro della difesa, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, per la formulazione di direttive generali inerenti alla disciplina delle attività della difesa e sicurezza e relative a contratti diversi da quelli che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 208/2011. A ben vedere, la norma di cui all'art. 159, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici per la materia della difesa e sicurezza supera il tradizionale strumento del regolamento di attuazione adottato con decreto del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 17,

comma 1, l. n. 400/1988, e prevede invece una via preferenziale per l'emanazione di dd.mm., linee guida ANAC ecc. In quest'ottica, la previsione di un decreto ministeriale per la materia di difesa e sicurezza riproduce, nel nuovo modello codicistico, la funzione di disciplina speciale che, nel modello precedente, aveva il regolamento speciale del Ministero della difesa (d.P.R. n. 236/2012), rispetto al regolamento generale di attuazione del codice dei contratti (d.P.R. n. 207/2010).

Va osservato che tali direttive generali non risultano ancora emanate anche se il termine, non perentorio, per la loro adozione è scaduto alla fine di luglio del 2016. Probabilmente le ragioni di tale ritardo sono da ascrivere alle medesime cause che hanno ritardato l'adozione dei vari strumenti di attuazione *soft* previsti dal nuovo codice: da un lato l'oggettiva difficoltà a fornire una regolamentazione di dettaglio a disposizioni primarie sconta la ristrettissima tempistica che ha connotato i lavori di recepimento delle tre direttive del 2014 e di scrittura del testo del nuovo codice; dall'altro la tendenza delle singole amministrazioni a considerare, a fronte di una oggettiva complessità di elaborazione, anche l'opportunità di attendere l'emanazione delle disposizioni integrative e correttive che la legge delega per il recepimento delle direttive del 2014 e la revisione del vecchio codice (l. n. 11/2016) prevedeva entro un anno dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

Per quel che concerne il contenuto del d.m. difesa può tentarsi una ricostruzione che tiene conto sia degli istituti e delle procedure che erano disciplinati dal d.P.R. n. 236/2012 e che, quindi, è presumibile che richiedano una analoga specialità di disciplina fondata sulle specificità organizzative ed operative della difesa, sia degli istituti e delle procedure per le quali il nuovo codice dei contratti pubblici prevede emanazione di disciplina di attuazione attraverso i citati strumenti *soft*. In questa sede può ipotizzarsi che le direttive gene-

rali del Ministero della difesa andranno a disciplinare sia ambiti del tutto peculiari, come quelli dei lavori del genio militare o quelli degli interventi infrastrutturali discendenti da accordi internazionali e realizzati sia in Italia sia nei c.d. teatri operativi, sia istituti o procedure comuni, come quelli del responsabile del procedimento, delle procedure di affidamento o di esecuzione, delle procedure sotto-soglia, della programmazione che richiedono comunque una disciplina speciale in considerazione di elementi contingenti, legati al concretizzarsi di circostanze di estrema urgenza operativa, e in considerazione di elementi strutturali, legati alla già richiamata complessità organizzativa.

#### **4.3. La disciplina delle anticipazioni di pagamento secondo il c.d. *down payment***

Con l'introduzione della nuova disciplina codicistica è consentito all'amministrazione della difesa di corrispondere anticipazioni di pagamento, per importi non superiori ad un terzo del prezzo contrattuale e previa costituzione di idonea garanzia, nei confronti di operatori economici stranieri e in relazione alla fornitura di macchinari, strumenti e oggetti di precisione o ad elevato contenuto tecnologico.

Si tratta di una novità prevista espressamente dall'art. 159, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, la quale solo in parte può dirsi la riproposizione della disposizione già contenuta nell'art. 196 del precedente codice del 2006.

Per quanto riguarda i presupposti per la corresponsione di tali anticipazioni, va detto come si tratti degli stessi requisiti previsti per la procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara di cui all'art. 63, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016. La ragione della disposizione va ravvisata nell'esistenza di differenti modelli e schemi contrattuali che, soprattutto in sistemi amministrativi di *common law*, consentono agli operatori economici di compensare alcuni rischi legati alla

complessità della realizzazione tecnica e al peso economico dell'investimento iniziale attraverso il riconoscimento del c.d. *down payment* che assicura, per contro, al committente pubblico un maggiore contenimento del prezzo finale.

### **5. I contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza. La legislazione comunitaria di riferimento e le diverse ipotesi disciplinate dalla normativa codicistica di riferimento**

I contratti cc.dd. misti<sup>36</sup> in materia di difesa e sicurezza, sono disciplinati dall'art. 160 del nuovo codice dei contratti pubblici. Tale norma riprende la disciplina dettata dall'art. 28 del d.lgs. n. 50/2016 all'interno del titolo IV, parte I del nuovo codice, che regola appunto le fattispecie dei contratti misti, estendendola così allo speciale settore della difesa e della sicurezza.

Per quanto concerne la legislazione comunitaria di riferimento, l'art. 160 del nuovo codice dei contratti pubblici recepisce quanto disposto dagli artt. 16, dir. 2014/24/UE, 25 e 26, dir. 2014/25/UE e 23, dir. 2014/23/UE, disciplinando la fattispecie dei contratti misti aventi ad oggetto appalti o concessioni di servizi e forniture che solo in parte rientrano nell'ambito di applicazione del nuovo codice, mentre per l'altra parte tali contratti restano assoggettati alla disciplina del d.lgs. n. 208/2011 oppure a quella derogatoria di cui all'art. 346 TFUE (già 296 TCE). È bene sottolineare che il previgente d.lgs. n. 163/2006 non conteneva una disposizione analoga e, comunque, non ne conteneva una espressamente riferita

<sup>36</sup> Cfr. G. GRECO, *Contratti «misti» e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 1262 ss.; G. TERRACCIANO, *Appalti di servizi e appalti di forniture: individuazione dell'oggetto del contratto e i contratti misti nella disciplina nazionale e comunitaria* in *Cons. Stato*, 1996, II, 147 ss.; A. BERTOLDINI, *La qualificazione degli appalti pubblici a causa mista fra diritto interno e diritto comunitario: verso un sindacato giurisdizionale sulla funzionalità prevalente del contratto*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005; R. GAROFOLI, *La disciplina degli appalti misti*, in M.A. SANDULLI e V. GAROFOLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 33.

ai contratti misti nel settore della difesa e sicurezza.

Nonostante ciò, va osservato che il contenuto della norma di cui all'art. 160 del d.lgs. n. 50/2016 non può essere considerata di portata assolutamente innovativa nell'ambito dell'ordinamento; e ciò perché già il d.lgs. n. 208/2011 all'art. 5 conteneva una disciplina in materia di aggiudicazione di contratti misti, la quale, peraltro, era a sua volta attuativa dell'art. 3, dir. 2009/81/CE. Tale norma proiettava la sua efficacia anche sulla disciplina del precedente codice.

Per via della "stratificazione normativa" venutasi a creare in tema di contratti misti aventi per oggetto appalti o concessioni rientranti nell'ambito di applicazione del nuovo codice nonché degli appalti disciplinati dall'articolo 346 TFUE o dal d.lgs. n. 208/2011, va seguito il principio in virtù del quale:

- i) se le diverse parti di un determinato appalto o di una concessione sono oggettivamente separabili, si applicano le disposizioni di cui all'art. 160, commi 3, 4 e 5, d.lgs. n. 50/2016;
- ii) se non sono separabili, si applica l'art. 160, comma 6, stesso decreto.
- iii) se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di aggiudicare un appalto o una concessione distinti per le parti separate, il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali contratti distinti è determinato in base alle caratteristiche della parte separata.
- iv) se le amministrazioni aggiudicatrici scelgono di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica, il relativo regime giuridico si determina sulla base dei seguenti criteri: a) se una parte dell'appalto o della concessione è disciplinata dall'art. 346 TFUE, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati senza applicare il d.lgs. n. 50/2016, né il d.lgs. n. 208/2011, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive; b) se una parte di un appalto o una concessione è disciplinata dal



d.lgs. n. 208/2011, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati conformemente a tale decreto, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive, e con la precisazione che sono fatte salve le soglie e le esclusioni previste dallo stesso decreto.

Va aggiunto che l'art. 160, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, dispone che la decisione di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica non può essere adottata allo scopo di escludere l'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici o del d.lgs. n. 208/2011. Così anche viene stabilito all'art. 160, comma 6, che se le diverse parti di un appalto o di una concessione sono oggettivamente non separabili, l'appalto o la concessione possono essere aggiudicati senza applicare il nuovo codice dei contratti pubblici ove includa elementi cui si applica l'art. 346 TFUE; altrimenti, in base all'ultimo inciso del comma 6 dell'art. 160, può essere aggiudicato conformemente al d.lgs. n. 208/2011.

### 5.1. Il concetto di contratti misti nel settore della difesa e sicurezza

Se si pone attenzione all'art. 28 del d.lgs. n. 50/2016 – posto, per così dire, nella parte generale del codice – questa norma disciplina due modelli di contratti misti, ossia quelli che hanno ad oggetto due o più tipi di prestazioni e quelli che hanno ad oggetto sia appalti nei settori ordinari, sia appalti nei settori speciali. I contratti misti disciplinati dall'art. 160 – norma che, per restare ad una ideale bipartizione del codice, è posta nella parte speciale – sono individuati come quelli aventi ad oggetto, a prescindere dal tipo di prestazione in essi contemplata, *i*) appalti o concessioni che rientrano nell'ambito di applicazione del nuovo codice e al tempo stesso *ii*) appalti disciplinati dall'art. 346 TFUE o dal d.lgs. n. 208/2011.

Va notato, poi, come l'uso dell'espressione «appalti disciplinati dall'art. 346 TFUE» difetti per

certi versi di rigore terminologico. L'art. 346 TFUE (già art. 296 TCE) non contiene difatti alcuna disciplina in materia di appalti, bensì sancisce il principio in virtù del quale non è possibile imporre allo Stato membro di fornire informazioni la cui divulgazione fosse contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza, consentendogli di adottare le misure ritenute necessarie alla tutela di tali interessi.

Sulla base di questo principio sembra poggiare il regime derogatorio all'applicazione della disciplina contenuta nel nuovo codice (o nel d.lgs. n. 208/2011) per gli appalti nei settori della difesa e della sicurezza che prevedono tali informazioni, cui la norma in commento intende far riferimento utilizzando l'espressione appalti disciplinati dall'art. 346 TFUE.

L'art. 160, d.lgs. n. 50/2016, prevede che la disciplina applicabile ai contratti si differenzi a seconda che le diverse parti di un determinato appalto o di una concessione siano o meno oggettivamente separabili: nel primo caso, come detto, troveranno applicazione le previsioni dei commi 3, 4 e 5 della norma *de qua*, mentre nel secondo si farà riferimento al comma 6 della stessa norma.

Il criterio della oggettiva separabilità, del resto previsto anche dall'art. 28 del d.lgs. n. 50/2016, ha natura innovativa ai fini dell'individuazione della disciplina cui i contratti misti debbono essere sottoposti. Si assiste infatti, al superamento di altri criteri, quali quello della prevalenza e della accessorietà in precedenza largamente utilizzati su impulso e indicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>37</sup>.

Per quanto attiene all'utilizzo di tale criterio, con riferimento ai contratti misti al fine di individuare la disciplina applicabile nel settore della difesa

<sup>37</sup> Si v., tra le tante, CGCE 21 febbraio 2008, n. C-412/04 e relative conclusioni dell'avvocato generale in data 8 novembre 2006; CGCE 6 maggio 2010, n. C-145/08 e n. C-149/08 riunite e relative conclusioni dell'avvocato generale in data 29 ottobre 2009.

e della sicurezza, va notato come tale criterio certamente appaia più adeguato di altri allo scopo di preservare gli aspetti di specificità che sono stati riconosciuti per l'assegnazione dei contratti pubblici in tale settore, al punto da arrivare a giustificare la sopra citata esenzione *ex art. 346 TFUE*, ma soprattutto l'introduzione della disciplina specifica del d. lgs. n. 208/2011.

## **5.2. Il regime giuridico applicabile ai contratti misti separabili**

Nel caso di contratti misti oggettivamente separabili, l'art. 160, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di considerare distinti gli appalti o le concessioni, aggiudicando tanti appalti o concessioni quante sono le parti separate; in tal caso a ciascun contratto si applicherà il regime giuridico determinato sulla base delle caratteristiche della rispettiva parte separata.

Qualora invece le amministrazioni aggiudicatrici scelgano di aggiudicare un unico appalto o concessione, sempre l'art. 160, comma 4, prevede due criteri in forza dei quali determinarne il regime giuridico: *i)* qualora una parte dell'appalto o della concessione sia disciplinato dall'art. 346 TFUE allora l'aggiudicazione dell'appalto unico o della concessione unica potranno avvenire in deroga alle previsioni sia del nuovo codice, sia del d.lgs. n. 208/2011, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni obiettive. In tal modo viene ripresa nel nuovo codice la previsione di cui all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 208/2011; *ii)* qualora una parte dell'appalto o della concessione sia disciplinato dal d.lgs. n. 208/2011, allora l'aggiudicazione dell'appalto unico o della concessione unica potranno avvenire conformemente a tale decreto, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni obiettive. In tal modo viene ripresa nel nuovo codice la previsione di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 208/2011.

Per entrambi i casi l'art. 160, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 introduce il principio antielusivo per cui la decisione di aggiudicare un unico appalto o un'unica concessione non potrà essere adottata allo scopo di eludere l'applicazione del nuovo codice o del d.lgs. n. 208/2011. Anche questa previsione riprende la corrispondente disposizione di cui all'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 208/2011.

## **5.3. Il regime applicabile ai contratti misti non separabili**

Nel caso di contratti misti oggettivamente non separabili, come accennato, l'art. 160, comma 6, d.lgs. n. 50/2011, dispone che ove l'appalto o la concessione includano elementi cui si applica l'art. 346 TFUE potranno essere aggiudicati senza applicare il nuovo codice. Negli altri casi, invece, potranno essere aggiudicati conformemente al d.lgs. n. 208/2011.

Malgrado la portata della disciplina nell'art. 160, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, sia meramente residuale, va rilevato che l'attenta lettura del testo evidenzia una lacuna: nel caso in cui l'appalto o la concessione includano elementi che giustificano il ricorso al regime derogatorio di cui all'art. 346 TFUE, tale deroga comprenderebbe non soltanto la disciplina di aggiudicazione del nuovo codice, ma anche quella del d.lgs. n. 208/2011, aspetto questo non preso in considerazione dalla norma di cui all'art. 160 del nuovo codice.

## **6. I contratti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali e la ricostruzione sistematica della loro disciplina nella legislazione comunitaria di riferimento**

Una particolare materia attinente alla materia della difesa e sicurezza dello Stato è quella prevista per i contratti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali.

La disciplina viene interamente regolata dall'art. 161 del nuovo codice dei contratti pubblici all'interno del quale viene ricondotta, con alcune modifiche, la disciplina dell'art. 18, d.lgs. n. 163/2006, riprendendo in parte il disposto dell'art. 6, d.lgs. n. 208/2011. Con questa norma viene data attuazione alle previsioni dell'art. 17, dir. 2014/24/UE, sugli appalti nei settori ordinari<sup>38</sup> (che abroga la dir. 2004/18/CE), dell'art. 27, dir. 2014/25/UE, sugli appalti nei settori speciali (che abroga la dir. 2004/18/CE), nonché dell'art. 10, parr. 5, 6 e 7, dir. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, ferma restando la disciplina della dir. 2009/81/CE, relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi nei settori della difesa e della sicurezza<sup>39</sup>.

La ricostruzione sistematica dell'art. 161 muove dall'art. 12, dir. 2009/81/CE, rubricato «Appalti aggiudicati in base a norme internazionali», collocato nel titolo II, capo II, sezione II, che stabilisce l'inapplicabilità della direttiva medesima agli appalti che sono disciplinati da norme procedurali in base ad un accordo o intesa internazionale conclusi tra uno o più Stati membri e uno o più Paesi terzi, o agli appalti regolati da norme procedurali in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernenti imprese di uno Stato membro o di un Paese terzo, o ancora da norme procedurali con riguardo ad un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o ad appalti che devono essere aggiudica-

ti da uno Stato membro in conformità di tali norme.

L'art. 10, dir. 2014/23/UE, rileva per le concessioni nella materia della difesa e sicurezza e al par. 5 viene riproposto il testo della dir. 2009/81/CE, ribadendo i medesimi ambiti di esclusione previsti dall'art. 12 di tale provvedimento; mentre al par. 6 ne vengono aggiunti altri, completando lo schema che la legislazione europea ha pensato per le concessioni in ambito militare.

In quest'ordine di idee il par. 6, dir. 2014/23/UE, esclude dall'ambito della dir. 2009/81/CE:

- i) le concessioni per le quali l'applicazione della dir. 23 citata obbligherebbe lo Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione sia ritenuta contraria a interessi essenziali di sicurezza;
- ii) le concessioni per le quali l'aggiudicazione e l'esecuzione siano dichiarate segrete e debbano essere accompagnate da speciali misure di sicurezza, secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti in uno Stato membro e sempre che lo Stato membro abbia stabilito che non è possibile garantire la tutela degli interessi essenziali in esame mediante misure meno invasive;
- iii) le concessioni aggiudicate nel quadro di un programma di cooperazione<sup>40</sup> di cui all'art. 13, lett. c), dir. 2009/81/CE;
- iv) le concessioni aggiudicate da un governo a un altro governo per lavori e servizi direttamente collegati a materiale militare o sensibile, o lavori e servizi a fini specificatamente militari oppure lavori sensibili e servizi sensibili;
- v) le concessioni aggiudicate in un paese terzo, quando le forze operano al di fuori del territorio dell'Unione, se le esigenze operative richiedono

<sup>38</sup> Su cui cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 413 ss.

<sup>39</sup> R. DE NICOLIS, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice*, in ID. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, vol. I, Milano, 2007, 152 ss.

<sup>40</sup> Sull'argomento della cooperazione da ultimo si v. R. CAVALLI PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1457 ss.

che tali concessioni siano concluse con operatori economici localizzati nell'area delle operazioni<sup>41</sup>. Va osservato, inoltre, come anche l'art. 9 della dir. 2014/24/UE, si occupi di appalti pubblici aggiudicati e concorsi di progettazione organizzati in base a norme internazionali, prevedendo ai parr. 1, 2 e 3, una serie di ipotesi per le quali è esclusa l'applicazione della direttiva medesima. L'art. 9, par. 1, dispone la non applicabilità della dir. 2014/24/UE, per gli appalti pubblici e i concorsi di progettazione che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad aggiudicare o a organizzare nel rispetto di procedure d'appalto diverse da quelle previste dalla stessa direttiva e stabilite secondo particolari modalità quali, ad esempio, un accordo internazionale concluso in conformità dei trattati tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi o relative articolazioni e riguardanti lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione congiunta o alla gestione congiunta di un progetto da parte dei loro firmatari oppure un'organizzazione internazionale.

L'art. 9, par. 2, prevede che la dir. 2014/24/UE non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione che l'amministrazione aggiudicatrice aggiudica o organizza in base a norme sugli appalti previste da un'organizzazione o da un'istituzione internazionale di finanziamento quando gli appalti e i concorsi di progettazione in questione sono interamente finanziati da tale organizzazione o istituzione.

Nel caso, poi, di appalti pubblici e concorsi di progettazione cofinanziati prevalentemente da un'organizzazione o da un'istituzione internazionale di finanziamento, l'ultimo periodo del par. 2 dell'art. 9 citato prevede che le parti si accordino sulle procedure di aggiudicazione applicabili. L'art. 9, par. 3, dir. 2014/24/UE, infine, rin-

via all'art. 17 della stessa direttiva, che disciplina gli appalti e i concorsi di progettazione concernenti aspetti di difesa o di sicurezza che sono aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali, stabilendo, dunque, che per tali appalti e concorsi, non si applicano i parr. 1 e 2 del medesimo art. 9.

Da ultimo il richiamo all'art. 27, par. 1, dir. 2014/25/UE, che, sempre con riferimento al settore della difesa e della sicurezza, prevede l'inapplicabilità della direttiva medesima alle procedure d'appalto stabilite secondo una delle seguenti modalità: *i)* accordo o intesa internazionale, conclusi in conformità dei trattati, tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi o relative articolazioni e riguardanti lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione comune o alla gestione comune di un progetto da parte dei loro firmatari; *ii)* accordo o intesa internazionale in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un paese terzo; *iii)* organizzazione internazionale.

Per le modalità di cui alla lett. *a)*, l'art. 27, par. 1, ultimo periodo, dispone che gli accordi o le intese siano comunicati alla Commissione, che può interpellare il comitato consultivo per gli appalti pubblici. L'art. 27, par. 2, dettaglia ulteriormente l'ambito di esclusione della dir. 2014/25/UE sancendo che essa non si applica agli appalti e ai concorsi di progettazione che l'ente ottiene in virtù di norme previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, quando gli appalti e i concorsi di progettazione in questione vengano interamente finanziati da tale organizzazione o istituzione. In quest'ultimo caso, l'ultimo periodo dell'art. 27, par. 2, fissa la regola secondo cui, nel caso di appalti pubblici o concorsi di progettazione cofinanziati prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, le parti si accordano sulle procedure d'appalto applicabili.

<sup>41</sup> N. PARISI, N.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2015, 419 ss.

### 6.1. La nuova disciplina codicistica dell'art. 161 e il raffronto con l'art. 18, d.lgs. n. 163/2006

La disciplina riguardante i contratti pubblici regolati da norme internazionali era già contenuta nel previgente codice il quale, a sua volta, recepiva la precedente legislazione comunitaria in materia rappresentata dagli artt. 15 e 57 della dir. 2004/18/CE e dall'art. 22 della dir. 2004/17/CE<sup>42</sup>.

Il d.lgs. n. 163/2006 contemplava già – nella parte I, titolo II (rubricato «Contratti esclusi in tutto in parte dall'ambito di applicazione del codice») – un'apposita norma, ossia l'art. 18 (rubricato «Contratti aggiudicati in base a norme internazionali») il quale si occupava delle regole di esclusione del codice dall'ambito di particolari norme procedurali che si inserivano in un contesto internazionale<sup>43</sup>.

L'art. 18 del precedente codice non si occupava, però, dei concorsi di progettazione, così come fa l'art. 161 dell'attuale codice, che, sin dalla dizione della rubrica, lascia intendere che oggetto della sua applicazione sono anche i «concorsi di progettazione organizzati in base a norme internazionali».

Dalla lettura dell'art. 161, comma 1, nuovo codice dei contratti pubblici, emerge, inoltre, che ad essere interessate dalla disciplina di esclusione delle regole del d.lgs. n. 50/2016 sono pure le concessioni, le quali, contrariamente a quanto accadeva sotto la vigenza dell'art. 18, d.lgs. 163/2006, ora sono testualmente menzionate dalla normativa vigente. Allo stesso modo l'art. 18, d.lgs. n. 163/2006, collocato com'era nella parte dei principi generali di cui alla parte I del previgente co-

dice, non faceva alcuna menzione dell'ambito di riferimento delle regole di esclusione, ossia i settori della difesa e della sicurezza dello Stato<sup>44</sup>.

Il d.lgs. n. 50/2016, invece, pone in risalto questa circostanza, collocando l'art. 161 nel titolo VI, rubricato «Regimi particolari di appalto» e in una sezione – la prima del capo V – appositamente dedicata al settore «Difesa e sicurezza». A tal proposito va sottolineato che l'art. 161 del nuovo codice fa riferimento al d.lgs. n. 208/2011, con cui, come si è visto più volte, il legislatore italiano ha dato attuazione alla dir. 2009/81/CE, recante la disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e della sicurezza.

Addentrando nella lettura del testo dell'art. 161 del nuovo codice dei contratti pubblici, oltre alle summenzionate novità, emergono alcune importanti differenze rispetto al corrispondente testo dell'art. 18 del previgente codice. La norma, in particolare, prevede al comma 1, lett. a), che oggetto di esclusione dall'applicazione delle regole di cui al d.lgs. n. 50/2016 siano anche le intese e non solo gli accordi internazionali tra l'Italia e un Paese terzo. Va detto che sul punto la norma recepisce la prassi in uso nelle cooperazioni internazionali tra l'Italia e i Paesi terzi nel settore della difesa e della sicurezza, giacché le disposizioni che disciplinano gli aspetti procedurali in materia di *procurement* sono normalmente previste da specifiche intese non governative che si basano sempre e comunque su accordi internazionali (bilaterali o multilaterali) di tipo governativo e, quindi, ratificati secondo le procedure previste dalla Costituzione repubblicana. Non solo, ma diversamente dal passato, ora l'art. 161 citato, estendendo in questo modo l'ambito soggettivo di applicazione della sua disciplina, specifica che parte dell'accordo o dell'intesa, oltre allo Stato, possono essere anche le sue articolazioni, doven-

<sup>42</sup> TAR Veneto, Venezia, sez. I, 18 giugno 2008, n. 435; Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992.

In dottrina cfr. S. GUARINO, *Aeroporto Dal Molin: dubbi e incertezze tra interpretazioni antitetiche, valutazioni politiche e approfondimenti giuridici*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 1032 ss.

<sup>43</sup> A. MAZZILLI, *Contratti aggiudicati in base a norme internazionali*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008, 424 ss.

<sup>44</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 15 aprile 2009, n. 692.



dosi intendere per queste ultime anche gli enti territoriali che ne fanno parte e *in primis* le Regioni. Si corregge così un errore della precedente codificazione, allorché viene specificato che gli accordi e le intese internazionali possono concludersi in conformità di tutti i trattati dell'Unione europea e non di un unico trattato del quale, peraltro, il precedente codice non dava indicazioni. Potrà ben accadere, pertanto, che gli Stati concludano intese o accordi in relazione a più trattati, con l'unico limite della conformità di tali accordi e intese ad almeno uno dei trattati dell'Unione.

Per quanto riguarda il riferimento a intese e accordi, in dottrina è stato rilevato che si deve trattare di atti in senso tecnico<sup>45</sup>, vale a dire trattati, dichiarazioni, convenzioni, patti e protocolli, mentre per quanto riguarda il requisito della conformità dei trattati comunitari, sempre in dottrina è stato evidenziato che ciò si spiega in ragione del fatto che gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle gare bandite dal Paese terzo solo alle proprie imprese, con esclusione di quelle degli altri Stati membri. In questo modo, come è stato opportunamente notato<sup>46</sup>, si creano i presupposti per una forma di aiuto di Stato, come tale inammissibile. Sempre alla lett. a), comma 1, l'art. 161, diversamente che nella corrispondente lettera dell'art. 18 del precedente codice dei contratti pubblici, viene meno la distinzione tra lavori e forniture – prevalentemente riferiti alla realizzazione o allo sfruttamento congiunti di un'opera – da una parte, e servizi dall'altra, riferendosi ora tutte e tre le voci alla

realizzazione o alla gestione comune di un progetto<sup>47</sup>.

Come si può notare ancora dall'esame dell'art. 161, comma 1, lett. a), si tratta di importanti novità, giacché il d.lgs. n. 50/2016 tocca in più punti la previgente normativa, estendendo non poco, per questa via, l'ambito di esclusione della disciplina codicistica per gli appalti, le concessioni e i concorsi di progettazione regolati da norme internazionali. Resta in piedi l'obbligo di comunicazione, previsto ora dall'art. 161, comma 1, lett. d), degli accordi e delle intese alla Commissione europea, ma non anche la consultazione del comitato per gli appalti pubblici di cui all'art. 89, dir. 2014/24/UE.

Cade pure rispetto al passato, per ovvie ragioni, il riferimento all'organo che aveva l'obbligo di fare la predetta comunicazione e che, nell'art. 18 del previgente codice veniva individuato nel Ministero degli Affari esteri. Attualmente, con l'estensione della competenza a stipulare accordi e intese anche alle articolazioni territoriali dello Stato non sarà più solo l'organo ministeriale a dover fare la comunicazione, ma anche gli altri organi apicali delle amministrazioni periferiche. Il testo dell'art. 161, d.lgs. n. 50/2016, non prevede più la disposizione, inserita nel vecchio codice dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, all'art. 18, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui in sede di aggiudicazione degli appalti da parte degli enti aggiudicatori, gli stessi enti applicano condizioni favorevoli quanto quelle che sono concesse dai Paesi terzi agli operatori economici italiani in applicazione dell'accordo che istituisce l'OMS.

Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, l'art. 161 del d.lgs. n. 50/2016, amplia l'ambito di disapplicazione delle regole codicistiche nella materia della difesa e della sicurezza, con

<sup>45</sup> U. REALFONZO, C. GALTIERI, I. DEL CASTILLO, *Appalti pubblici di forniture. Commento analitico al d.lgs. n. 358/1992 dopo la direttiva 2004/18/CE. Profili sistematici operativi e negoziali dei differenti tipi di procedure di aggiudicazione*, Milano, 2004, 68, 1064.

<sup>46</sup> N. BASSI, *Appalti pubblici comunitari (Gli accordi internazionali in materia di)*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano 2007, 551.

<sup>47</sup> TAR Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 13 febbraio 2008, n. 11, in *Foro amm.- TAR*, 2008, 385 ss.

l'inserimento di un nuovo comma, il secondo, che, recependo le direttive comunitarie nn. 23, 24 e 25 del 2014, prevede ulteriori ipotesi di esclusione in base alle fonti internazionali.

## **6.2. La logica del regime giuridico unico delle esclusioni per i contratti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali**

L'art. 161 del nuovo codice si propone di raccogliere in un'unica norma tutte le tipologie di esclusione che sono disseminate nelle direttive comunitarie nn. 23-24-25 del 2014.

Nell'intento di dare una sistemazione delle regole di disapplicazione previste dal d.lgs. n. 50/2016, ora si procederà all'esame delle varie disposizioni contenute nell'art. 161 e poi si cercherà di estrapolare una *ratio communis* in grado di spiegare il regime delle esclusioni ideato dal legislatore comunitario per il settore della difesa e della sicurezza e recepito dall'ordinamento italiano.

Una prima lettura delle disposizioni sembra suddividere il regime delle esclusioni in due categorie a seconda che si riferiscano agli appalti e ai concorsi di progettazione nonché alle concessioni di cui al d.lgs. n. 208/2011 o a quelli concernenti aspetti di difesa e sicurezza. Per la prima categoria, i contratti di cui al d.lgs. n. 208/2011, sono individuati due principali casi: *i)* esclusioni che operano in base a norme procedurali specifiche inerenti a un accordo o a un'intesa internazionale; *ii)* esclusioni che operano in base a norme procedurali specifiche inerenti a un'organizzazione internazionale.

Nel primo caso rientrano tutti gli appalti pubblici, i concorsi di progettazione e le concessioni in materia di difesa e di sicurezza che siano stipulati tra l'Italia e uno o più Paesi terzi conformemente alle norme dei trattati comunitari, nonché quelli relativi alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di

un Paese terzo. L'esclusione delle norme del nuovo codice si riferisce, dunque, agli appalti, alle concessioni e ai concorsi conclusi e/o aggiudicati nell'ambito di cooperazioni internazionali con Paesi extra UE (principalmente in ambito NATO) oppure per garantire beni e servizi alle forze armate italiane impiegate in operazioni militari o in missioni internazionali di pace stabilite dalle risoluzioni ONU.

Nel secondo caso rientrano gli appalti aggiudicati in applicazione delle regole procedurali di un'organizzazione internazionale e gli approvvigionamenti di un'organizzazione internazionale per le proprie finalità – anche se non è chiara, al netto della parte relativa alle concessioni, la reale differenza tra le ipotesi di cui alla lett. *c)* e alla lett. *d)* – e le concessioni aggiudicate da uno Stato membro in conformità di tali regole procedurali.

Nella seconda categoria, i contratti concernenti aspetti di difesa e sicurezza, rientrano le esclusioni che operano in base a norme inerenti a un'organizzazione o a un'istituzione internazionale di finanziamento. Occorre precisare che in caso di appalti pubblici e di concorsi di progettazione cofinanziati prevalentemente dalle organizzazioni internazionali o dalle istituzioni internazionali di finanziamento, le parti sono tenute ad accordarsi sulle procedure d'appalto applicabili. In questa categoria la ragione dell'esclusione della disciplina codicistica risiederebbe nel fatto che le commesse pubbliche vengono aggiudicate secondo le norme procedurali proprie di un'organizzazione o di un'istituzione internazionale di finanziamento, motivo per cui trovano applicazione regole di pubblicità e di concorrenzialità predisposte dalle predette organizzazioni/istituzioni.

La logica comune alle diverse fattispecie di esclusione deve ravvisarsi nel principio di specialità che così trova attuazione anche in relazione alle fonti internazionali e in virtù del quale, la norma speciale viene applicata al posto di quella genera-

le<sup>48</sup>. In questa prospettiva, in dottrina è stato osservato come il principio di specialità vale anche per gli appalti, per i quali l'inapplicabilità delle norme codicistiche si rifà ai limiti scaturenti da specifiche norme procedurali previste dalle fonti internazionali, ivi incluse quelle inerenti alle organizzazioni internazionali<sup>49</sup>. Tuttavia, a mio modo di vedere, l'art. 161 del nuovo codice dei contratti pubblici preso in esame, nel tentativo di raggruppare gli elementi comuni di disciplina presenti nelle tre direttive, rischia di generare incertezze applicative per gli operatori del diritto soprattutto con riferimento alla ricostruzione del quadro complessivo delle esclusioni relative ai contratti pubblici ricadenti nell'ambito di applicazione della dir. 2009/81 e quindi del d.lgs. n. 208/2011. In particolare l'intero comma 1 dell'art. 161, d.lgs. n. 50/2016, si aggiunge alle previsioni dell'art. 6, d.lgs. n. 208/2011, andando a dettare le regole e le ipotesi per l'esclusione del nuovo codice nel caso dei concorsi di progettazione e delle concessioni ricadenti nell'ambito di applicazione dello stesso d.lgs. n. 208/2011, e ciò in considerazione del fatto che la citata normativa nazionale di recepimento della direttiva 2009/81/CE si riferisce solo agli appalti di lavori, servizi e forniture. Tale sovrapposizione di fonti di disciplina dei contratti ricadenti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 208/2011 è ancor più problematica se si pensa che alcune delle ipotesi considerate da entrambi i testi normativi (ad esempio il *procurement* attraverso organizzazioni internazionali) sono attualmente oggetto di particolare attenzione da parte della Commissione europea nel quadro della propria azione interpretativa delle previsioni della direttiva 2009/81/UE.

---

<sup>48</sup> S. FASANO, *Contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 18)*, in M. BALDI, R. TOMEI (a cura di) *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, Milano 2009, 227.

<sup>49</sup> M. BALDI, *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice*, in *Urb. app.*, 2006, 758 ss.