

---

COMMENTARI IPSOA

# CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI COMMENTATO

---

a cura di Luca R. Perfetti

---

II Edizione



Wolters Kluwer

Consultabile su [lamiabiblioteca.com](http://lamiabiblioteca.com)



€ 150,00 I.V.A. INCLUSA

## INDICE PER AUTORI

- PROF.SSA CARLA ACOCELLA  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi Suor Orsola  
Benincasa di Napoli  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 37-38-39-41-42-121*)
- PROF. AVV. FABIO ANGELINI  
Straordinario di Diritto amministrativo –  
Università Telematica Internazionale  
Uninettuno Roma  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 178-187-205-206*)
- PROF. AVV. MARCO ANTONIOLI  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Milano Bicocca  
(*d.lgs. 50/2016 art. 34*)
- AVV. GIUSY BACCARI  
Dottore di ricerca in Diritto civile –  
Università degli Studi del Sannio  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 145 § II-149*)
- PROF. AVV. ANTONIO BARONE  
Ordinario di Diritto amministrativo –  
Università Lum Jean Monnet di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 art. 54 §§ I, II, III*)
- AVV. CHIARA BARONE  
Specialista in Professioni Legali –  
Università Lum Jean Monnet di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 art. 55*)
- PROF. AVV. MASSIMILIANO BELLAVISTA  
Professore aggregato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Siena  
(*d.lgs. 50/2016 art. 77*)
- DOTT. LORENZO BIMBI  
Dottore in giurisprudenza  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 35-72-73-74*)
- AVV. LORENZO CARUCCIO  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 87-88*)
- AVV. CARLO CATARISANO  
Avvocato in Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 18-20-40-43-51-58-65-136-137-138-150*)
- PROF.SSA MARIA CRISTINA CAVALLARO  
Ordinario di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Palermo  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 32-33*)
- AVV. BENEDETTA CIFERNI  
Avvocato in Pescara  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 97 §§ I, IV, V, VI-98*)
- DOTT.SSA FABIOLA CIMBALI  
Ricercatrice di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Catania  
(*d.lgs. 50/2016 art. 54 §§ IV, V, VI*)
- PROF. AVV. SALVATORE CIMINI  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Teramo  
(*d.lgs. 104/2010 artt. 123-124*)
- PROF. AVV. ALBERTO CLINI  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Urbino  
“Carlo Bo”  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 19-120*)
- PROF. AVV. ANTONIO COLAVECCHIO  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Foggia  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 2-115-116*)
- AVV. MONICA COLOMBERA  
Avvocato in Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 165-182-184-185-186-193*)
- AVV. DANIELA CORSETTI  
Avvocato in Roma  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 113-126*)
- PROF. AVV. ANDREA CRISMANI  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Trieste  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 152-153-154-155-156-157-190*)
- AVV. ANTONELLA CUPICCIA  
Avvocato in Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 212-213-214-215*)

- DOTT.SSA RAFFAELLA DAGOSTINO  
Dottoranda di ricerca in Teoria generale del Processo: civile, penale, amministrativo, costituzionale e tributario – Università Lum Jean Monnet di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 45 §§ I, II, III, VII-48 §§ IV, V, VI, VIII*)
- AVV. LORENZO DE GREGORIIS  
Dottore di ricerca in Tutela dei diritti fondamentali – Università degli Studi di Teramo  
(*d.lgs. 104/2010 art. 123*)
- DOTT.SSA ROSA LUCIA DE MONACO  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale  
(*d.lgs. 50/2016 art. 57*)
- AVV. CRISTINA DE VITO  
Avvocato in Roma  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 127-128*)
- PROF. AVV. SALVATORE DETTORI  
Associato di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Teramo  
(*d.lgs. 50/2016 art. 30*)
- AVV. SARA DI CUNZOLO  
Avvocato in Roma  
(*d.lgs. 50/2016 art. 76*)
- AVV. MAURO DI PACE  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo e Cultore della materia – Università degli Studi di Catania  
(*d.lgs. 50/2016 art. 45 §§ IV, V, VI*)
- AVV. MICHELE DIONIGI  
Ricercatore di Diritto costituzionale – Università degli Studi Aldo Mori di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 22-29-76*)
- AVV. ENRICO ESPOSITO  
Avvocato in Roma  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 106-175*)
- DOTT. LUIGI FERRARA  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi Federico II di Napoli  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 16-50-140-141-142-143-144-189*)
- AVV. FRANCESCO FOLLIERI  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi Aldo Moro di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 107-108-109*)
- AVV. MANLIO FORMICA  
Professore a contratto di Diritto amministrativo presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali – Dipartimento di giurisprudenza Università degli Studi Federico II di Napoli, Brescia, e Campobasso  
(*d.lgs. 50/2016 art. 44*)
- PROF. PIERPAOLO FORTE  
Associato di Diritto amministrativo – Università degli Studi del Sannio  
(*d.lgs. 50/2016 art. 151 §§ I.1, V.1, V.3*)
- PROF. AVV. LUCA GENINATTI SATÈ  
Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi del Piemonte Orientale  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 4-5-60-61-62-63-64-70-71-75-164-166-167-168-169-174-177-179-180-181-188-192*)
- AVV. PIERLUIGI GIAMMARRIA  
Dottore di ricerca in diritto civile – Università Roma I La Sapienza  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 78-79-80-81-82-83-84-85-86-90-91-92-93-100-101-194-195-196-197-198-199*)
- AVV. MAURO GIGANTE  
Avvocato in Roma  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 159-160-161-162-163*)
- PROF. AVV. BIAGIO GILIBERTI  
Straordinario di Diritto amministrativo – Università telematica Pegaso  
(*d.lgs. 50/2016 art. 105*)
- PROF. AVV. MICHELE GIOVANNINI  
Associato di Diritto amministrativo – Politecnico di Milano  
(*d.lgs. 50/2016 art. 69*)
- AVV. PAOLO GIUGLIANO  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo. – Università degli Studi del Sannio  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 146-151 § V.2*)

- AVV. ILARIA GOBBATO  
Avvocato in Venezia  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 170-171-172-173*)
- AVV. AMBRA IACUONE  
Avvocato in Teramo  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 97 §§ II, III, VII-99*)
- AVV. DOMENICO IELO  
Dottore di ricerca in Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 6-118-119-134; d.lgs. 104/2010 art. 125*)
- PROF.SSA MARGHERITA INTERLANDI  
Associato di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Cassino  
(*d.lgs. 50/2016 art. 56*)
- AVV. IGNAZIO LAGROTTA  
Aggregato di Diritto pubblico – Università degli Studi di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 204-207-208*)
- DOTT. LAMBERTI CESARE  
Magistrato amministrativista  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 95-96; d.lgs. 104/2010 artt. 119-120-121-122*)
- PROF. AVV. PAOLO LAZZARA  
Straordinario di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Roma Tre  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 59 §§ I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII-66 §§ I, II*)
- PROF. AVV. LORIANO MACCARI  
Professore a contratto di Governo del Territorio e dei contratti pubblici – Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 135-139*)
- PROF. AVV. GIUSEPPE MANFREDI  
Ordinario di Diritto amministrativo – Università Cattolica del Sacro Cuore  
(*d.lgs. 50/2016 art. 183*)
- AVV. ALBERTO MARCOVECCHIO  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi di Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 102-103-104*)
- AVV. ELISABETTA MARINO  
Dottore di ricerca in Teoria generale del Processo: civile, penale, amministrativo, costituzionale e tributario – Università Lum Jean Monnet di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 art. 52*)
- AVV. ALESSANDRA MARTIN  
Avvocato in Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 7-8-9-10-11*)
- AVV. MARCO MARTINELLI  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo – Università di Roma Tre  
(*d.lgs. 50/2016 art. 89 §§ IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI*)
- AVV. PROF. MASSIMO MONTEDURO  
Associato di Diritto amministrativo – Università del Salento  
(*d.lgs. 50/2016 art. 28*)
- AVV. GIOVANNI PARISI  
Dottore di ricerca in Diritto amministrativo e Cultore della materia – Università degli Studi di Catania  
(*d.lgs. 50/2016 art. 48 §§ I, II, III, VII*)
- AVV. CARMINE PEPE  
Avvocato in Roma  
(*d.lgs. 50/2016 art. 89 §§ I, II, III, X, XII, XIII*)
- PROF. AVV. LUCA PERFETTI  
Ordinario di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Bari  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 1-3-17-17 bis-113 bis-114-117-132-176*)
- AVV. NICOLETTA PICA  
Dottore di ricerca in Persona, Mercato, Istituzioni – Università degli Studi del Sannio  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 147-151 § 1.2, II, III, IV*)
- PROF. AVV. ARISTIDE POLICE  
Ordinario di Diritto amministrativo – Università di Roma “Tor Vergata”  
(*d.lgs. 104/2010 art. 124*)

- AVV. SILVESTRO PRENNA  
Avvocato in Bari  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 129-130-131*)
- DOTT. GIUSEPPE PUGLISI  
Dirigente pubblico, Dottore di ricerca in  
Diritto amministrativo – Università degli  
Studi di Catania  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 47-49*)
- DOTT. FRANCESCO RAMMAIRONE  
Dirigente dello Stato  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 159-160-161-162-  
163*)
- AVV. VINCENZO RENNA  
Avvocato in Lecce  
(*d.lgs. 50/2016 art. 133*)
- AVV. ROBERTA RINALDI  
Dottore di ricerca in Istituzioni,  
Mercati e Tutele: indirizzo Diritto  
Amministrativo – Alma Mater Studiorum  
Università di Bologna  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 31-110-112*)
- AVV. FEDERICO ROMOLI  
Dottore di ricerca in Diritto pubblico –  
Università degli Studi di Pavia  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 122-123-124-125*)
- AVV. ALESSANDRO ROSI  
Avvocato in Milano  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 12-13-14-15*)
- DOTT. FRANCESCO ROTA  
Dottore di ricerca in Diritto  
amministrativo – Università degli Studi  
del Sannio  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 145 § I-148*)
- PROF. AVV. STEFANO COCA  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università per stranieri “Dante Ali-  
ghieri” di Reggio Calabria  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 209-210*)
- AVV. MICHELE TRIMARCHI  
Ricercatore in Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Foggia  
(*d.lgs. 50/2016 art. 53*)
- PROF. GIUSEPPE TROPEA  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi “Mediterranea” di  
Reggio Calabria  
(*d.lgs. 50/2016 art. 211*)
- PROF.SSA AVV. STEFANIA VASTA  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Parma  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 200-201-202-203*)
- DOTT. DONATO VESE  
Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo -  
Scuola Universitaria Superiore IUSS  
Pavia  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 159-160-161-162-  
163*)
- PROF. AVV. STEFANO VILLAMENA  
Associato di Diritto amministrativo –  
Università degli Studi di Macerata  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 21-23-24-25-26-  
27-46*)
- AVV. ALICE VILLARI  
Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico –  
Università di Roma “La Sapienza”  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 36-67-68-94-191*)
- DOTT.SSA SERENA VINCENTI  
Cultrice della materia presso la cattedra di  
diritto amministrativo progredito  
dell’Università del Salento  
(*d.lgs. 50/2016 art. 158*)
- AVV. VANESSA VITI  
Dottore di ricerca in diritto amministra-  
tivo – Università degli Studi di Roma  
“La Sapienza”  
(*d.lgs. 50/2016 artt. 59 §§ IX, X, XI-66  
§§ I, III-111*)

forniture, a cura di De Nictolis, I, Milano 2007, 152 ss.; (4) FASANO, *Contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 18)*, in *La disciplina dei contratti pubblici - Commentario al Codice appalti*, a cura di Baldi-Tomei, Milano 2009, 227; (5) GUARINO, *Aeroporto Dal Molin: dubbi e incertezze tra interpretazioni antitetiche, valutazioni politiche e approfondimenti giuridici*, RGA 2008, 1032 ss.; (6) MAZZILLI, *Contratti aggiudicati in base a norme internazionali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli-De Nictolis-Garofoli, I, Milano 2008, 424; (7) PARISI-CHIMENTI, *Il ruolo dell'a.n.ac. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, DCI 2015, 419 ss.; (8) REALFONZO-GALTIERI-DEL CASTILLO, *Appalti pubblici di forniture. Commento analitico del d.lgs. n. 358/1992 dopo la dir. 2004/18/CE. Profili sistematici, operativi e negoziali dei differenti tipi di procedure di aggiudicazione*, Milano 2004, 68.

## 162. Contratti secretati

[1] Le disposizioni del presente codice relative alle procedure di affidamento possono essere derogate:

a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza;

b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.

[2] Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera a), le amministrazioni e gli enti utenti attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, ovvero di altre norme vigenti. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera b), le amministrazioni e gli enti utenti dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento.

[3] I contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal presente decreto e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1-bis, della legge n. 124 del 2007.

[4] L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza.

[5] La Corte dei conti, tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza, esercita il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti di cui al presente articolo, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione. Dell'attività di cui al

**presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Parlamento.**

**SOMMARIO:** I. La normativa comunitaria e il binomio sicurezza/segretezza - II. La disciplina codicistica: la secretazione come deroga all'evidenza pubblica III. La gara informale e il (nuovo) controllo della Corte dei Conti.

### **I. La normativa comunitaria e il binomio sicurezza/segretezza**

Come anticipato nel commento in premessa a questa sezione prima del capo IV della parte II del nuovo codice, cui si fa rinvio, la questione della **segretezza**, quale misura attraverso cui salvaguardare la sicurezza degli Stati membri, costituisce un elemento cardine della legislazione europea riaffermato sia dal Trattato istitutivo della Comunità Europea sia dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in ciascuno dei quali (art. 296 TCE e art. 346 TFUE) è previsto che le discipline non possano imporre allo Stato membro di fornire informazioni la cui divulgazione sia contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza, consentendogli di adottare le misure ritenute necessarie alla tutela di tali interessi. Inoltre, nel coordinare le procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza, la **dir. 2009/81/CE** - con il suo **20° considerando** - dà conto dell'argomento della segretezza, riconoscendo come gli appalti della difesa e della sicurezza contengono spesso informazioni per le quali le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in vigore nello Stato membro interessato, per motivi di sicurezza, richiedono la protezione da un accesso non autorizzato. 1

Nel settore militare, in particolare, gli Stati membri dispongono di **sistemi di classificazione** di tali informazioni per scopi militari. Tuttavia, nel settore della sicurezza non militare, esiste maggiore difformità 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 consenta di inglobare sia il settore militare che quello non militare. In ogni caso, l'aggiudicazione degli appalti in questi settori non dovrebbe pregiudicare gli 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. La materia è trattata all'interno del nuovo Codice dall'**art. 162** che, pur non costituendo una norma di recepimento di specifiche previsioni di direttive comunitarie in materia di contratti pubblici, tuttavia consente di rinvenire un collegamento con la normativa europea contenuta in alcune disposizioni delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. 2

La prima di queste, la **dir. 2014/23/UE**, all'art. 10, par. 6, c. 1, lett. a) - collocato appositamente nel titolo I, capo I, sezione II rubricata "Esclusioni" - prevede, con riferimento all'aggiudicazione di concessioni nei settori della difesa e della sicurezza, che tra le varie eccezioni all'applicazione della direttiva stessa vi sia anche quella 3



inerente al **profilo della segretezza**. Il citato art. 10 lo rende esplicito in due punti del par. 6, lett. a), ossia quando afferma che l'applicazione della dir. 2014/23/UE obbligherebbe lo Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione sia ritenuta contraria agli interessi essenziali per i profili di sicurezza ovvero quando l'aggiudicazione e l'esecuzione della concessione siano dichiarate segrete e debbano, per questo motivo, essere accompagnate da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti in Italia. Sul secondo punto, poi, va precisato che l'art. 10 condiziona l'operatività della disposizione in parola sul presupposto che non sia possibile garantire la tutela degli interessi essenziali mediante misure meno invasive, quali l'imposizione di condizioni intese a proteggere la riservatezza delle informazioni che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore rende disponibili. In modo pressoché analogo all'art. 10 della dir. 2014/23/UE, anche l'art. 15, dir. 2014/24/UE - collocato nel titolo I, capo I, sezione IV, sottosezione II rubricata "Appalti concernenti aspetti di difesa o di sicurezza" - prevede, in conformità dell'art. 346, par. 1, lett. a) TFUE, l'**inapplicabilità** della dir. 2014/24/UE all'aggiudicazione di appalti pubblici e ai concorsi di progettazione, indetti nei settori della difesa e della sicurezza, qualora l'attribuzione e l'esecuzione dell'appalto pubblico o del concorso di progettazione siano dichiarate segrete o debbano essere accompagnate da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti in uno Stato membro.

- 4 Anche per l'art. 15 la **disapplicazione della direttiva in parola** è da considerarsi **l'extrema ratio**, giacché può aversi a condizione che lo Stato membro abbia stabilito che gli interessi essenziali in questione non possano essere tutelati da misure meno invasive come, ad esempio, l'imposizione di condizioni intese a proteggere la riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto e che sono contemplate al par. 2, comma 1 dello stesso art. 10. Il riferimento alla segretezza, quale caratteristica che esclude l'assoggettabilità dei contratti all'evidenza pubblica, è contenuto, infine, nell'art. 24, dir. 2014/25/UE. L'art. 24 dir. 2014/25/UE è collocato nel titolo I, capo III, sezione II, sottosezione II rubricata "Appalti concernenti aspetti di difesa e sicurezza" e, come per gli altri articoli esaminati, prevede che la direttiva in questione non si applichi agli appalti e ai concorsi di progettazione che sono dichiarati segreti dallo Stato membro, sempre con la garanzia che lo Stato adotti siffatta misura dopo aver valutato che altre misure meno incisive risultano pressoché impercorribili.

## II. La disciplina codicistica: la segretezza come deroga all'evidenza pubblica

- 1 La disciplina dell'art. 162 del nuovo codice era precedentemente contenuta nell'art. 17, d.lgs. n. 163/2006 così come integralmente modificato dall'art. 33, c. 3, d.lgs. n. 208/2011 recante la "Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza" in attuazione della dir. 2009/81/CE. La portata innovativa della riforma del 2011 era stata viepiù limitata, tant'è che sul versante dei principi non si era registrato alcun mutamento rilevante della previgente normativa. Tuttavia rispetto al testo del 2006 la disciplina introdotta nel 2011, poi confermata dal

testo dell'attuale codice, rendeva generale la disapplicazione dell'evidenza pubblica sulla scorta del binomio **segretezza/sicurezza**, elevando, per questa via, questi ultimi due criteri a **canoni ermeneutici** di riferimento nella ricerca sull'assoggettabilità o non assoggettabilità di un appalto alle regole codicistiche. Il testo in vigore sotto il d.lgs. n. 163/2006, invece, si limitava a derogare all'applicazione delle norme codicistiche sull'evidenza pubblica - sempre che vi fossero "speciali misure di sicurezza o di segretezza" previste "in conformità a (...) specifiche disposizioni legislative, regolamentari e amministrative" oppure quando ad esigerlo fosse "la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato" - per i soli contratti di "opere, servizi e forniture destinati ad attività della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa dello Stato o per i compiti di istituto nonché dell'amministrazione della giustizia e dell'amministrazione finanziaria".

Il testo dell'art. 162, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 stabilisce dunque una **deroga generale** all'applicazione delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, e lo fa assoggettando i contratti e la loro esecuzione a tale deroga sulla base del binomio **segretezza/sicurezza**. Così, tanto per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione, è attribuita una **classifica di segretezza**, quanto per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali **misure di sicurezza**, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, non si applica la disciplina sull'evidenza pubblica prevista dal codice. È una deroga che si spiega con la specialità della materia a cui si riferisce: difesa e sicurezza, viste con le lenti del giurista, non son altro che **eccezioni ai principi generali** - trasparenza e concorrenza *in primis* - che reggono il mercato delle commesse pubbliche, giustificate dal fatto di dover assicurare interessi parimenti essenziali e non altrimenti tutelabili. Si potrebbe dire che il **principio di trasparenza** cede dinnanzi al **principio di segretezza** così come il **principio di concorrenza** cede dinnanzi al **principio di difesa nazionale**. Ed è in quest'ottica che la dottrina ha sempre sostenuto che i contratti del settore della difesa e della sicurezza sono retti da norme ampiamente derogatorie della disciplina generale, venendo in questione l'interesse pubblico alla sicurezza e alla difesa dello Stato, del suo territorio e dei suoi cittadini [BALDANZA (1), 359]. In sostanza, secondo altra dottrina, lasciando invariato il regime introdotto con il d.lgs. n. 208/2011 nell'art. 17 del precedente codice, l'art. 162, c. 1 del nuovo codice disciplina le procedure a evidenza pubblica che interessano il settore di difesa e sicurezza e, in particolare, "quelle procedure di affidamento, che, limitando la procedura aperta, affermano la possibilità di ricorrere in via generale a quella negoziata [TORANO (4), 20].

Vediamo ora meglio le due ipotesi contemplate dall'art. 162, c. 1, d.lgs. n. 50/2016. La prima disposizione, contenuta nella lett. a), c. 1, dell'art. 162, deroga all'applicazione dell'evidenza pubblica sulla base di un certo **grado di segretezza** assegnato all'oggetto, agli atti o alle modalità di esecuzione dei contratti pubblici. Ma come si stabilisce la classifica di segretezza cui allude il codice? A questo interrogativo risponde il comma 2 dell'art. 162 che richiama appositamente la l. 3.8.2007, n. 124 - recante il "Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto" - e in particolare l'art. 42 di questa legge che è significativamente rubricato "Classifiche

2

3

di sicurezza” ed è collocato nel capo V inerente alla “Disciplina del segreto”. Va detto, sul punto, che l’art. 162, c. 2, ultimo inciso, con una formulazione assai estensiva, lascia intendere che l’art. 42, l. n. 124/2007 non è l’unica norma da cui si può ricavare la classifica di segretezza, potendo ben sussistere altre leggi con la stessa funzione. Ora, consideriamo l’art. 162, c. 3, del nuovo codice, ponendolo in stretta relazione all’art. 42, l. n. 124/2007 disciplinante le cc.dd. **classifiche di sicurezza**. Anzitutto diamo contezza del testo della norma codicistica. Questa prevede che l’esecuzione dei contratti esclusi dall’evidenza pubblica, ai sensi del comma 1 dell’art. 162, sia effettuata da operatori economici, che, oltre al possesso dei requisiti previsti dal d.lgs. n. 50/2016, siano dotati anche del **nulla osta di sicurezza** (d’ora in poi N.O.S.), ai sensi e nei limiti di cui al comma 1-bis dell’art. 42 l. n. 124/2007. Lasciamo da parte per un momento il comma 1-bis recante il N.O.S. e veniamo, invece, all’analisi dell’art. 42, importante ai fini del presente commento. L’art. 42, l. n. 124/2007, al c. 1 spiega la funzione delle classifiche di segretezza. Tali classifiche sono redatte per delimitare la conoscenza di informazioni, documenti, atti, attività o cose ai soli soggetti che abbiano necessità di accedervi in ragione delle proprie funzioni istituzionali [TAR Lazio Roma II 3.5.2011, n. 3834]. Questa interpretazione è stata di recente confermata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, con un’ordinanza del Consiglio di Stato, prima [C Stato VI 7.2.2014, n. 600], e una sentenza del Tribunale amministrativo di Milano, poi [TAR Lazio Roma III 16.6.2014, n. 6332], ha stabilito che l’interesse economico del richiedente - l’esibizione di documentazione secretata - non può che restare secondario rispetto all’interesse pubblico che giustifica la non ostensione, vale a dire il segreto, connesso com’è ai beni pubblici protetti dalla tutela della sicurezza nazionale ed internazionale dello Stato.

- 4 Se ora si pone attenzione al comma 3 del citato art. 42, qui si trova la gradazione, che, mediante una **climax discendente**, fissa in **segretissime, segrete** e in **riservatissime, riservate** le classifiche di segretezza, attribuibili, peraltro, in base a criteri internazionalmente riconosciuti. Va detto, ed è ciò che prevede il precedente comma 2 della norma *de qua*, che la classifica di segretezza può essere elevata dall’autorità che forma il documento, l’atto o che acquisisce per prima la notizia, ovvero è responsabile della cosa, o acquisisce dall’estero documenti, atti, notizie o cose. Peraltro, ai sensi del successivo comma 4, l’autorità che appone la classifica di segretezza individua all’interno di ogni atto o documento le parti che devono essere classificate, e fissa specificamente il grado di classifica corrispondente ad ogni singola parte. Spetta, poi, al Presidente del Consiglio dei ministri verificare il rispetto delle norme in materia di classifiche di segretezza. Tant’è che l’art. 42, c. 7, l. n. 124/2007 prescrive che siano determinati con apposito regolamento (si v. da ultimo il d.p.c.m. 6.11.2015, n. 5 e il d.p.c.m. 12.6.2009, n. 7) l’ambito dei singoli livelli di segretezza, i soggetti cui è conferito il potere di classifica e gli uffici, che, nell’ambito della pubblica amministrazione, sono collegati all’esercizio delle funzioni di informazione per la sicurezza della Repubblica, nonché i criteri per l’individuazione delle materie oggetto di classifica e i modi di accesso nei luoghi militari o in quelli definiti di interesse per la sicurezza della Repubblica. Il livello di segretezza dipende anche dalla **variabile temporale**; sicché scende col passare del tempo ed è declassificato di *default* quando siano trascorsi cinque anni dalla data di apposizione.

Inoltre, per effetto della disposizione di cui all'art. 42, c. 5, decorso un ulteriore periodo di cinque anni, cessa ogni vincolo di classifica. Un'eccezione alla regola della **declassificazione automatica** è costituita dal successivo comma 6 dell'art. 42 citato che stabilisce la non applicazione di tale regola quando, con provvedimento motivato, i termini di efficacia del vincolo sono prorogati dal soggetto che ha proceduto alla classifica o, nel caso di proroga oltre il termine di quindici anni, dal Presidente del Consiglio dei ministri. Successivamente sul testo dell'art. 42 in parola è intervenuto il d.l. 1.7.2009, n. 78 (conv. con modif. dalla l. 3.8.2009, n. 102) che ha inserito in seno all'art. 42 il comma 1-bis, concernente il nulla osta di sicurezza cui abbiamo fatto riferimento poco sopra e che ora riprendiamo.

Il N.O.S. rappresenta una particolare abilitazione **al trattamento di informazioni**, 5  
documenti o materiali classificati. La tipologia di tale nullaosta è correlata al tipo di classifica di segretezza della notizia o del documento. In particolare, per quel che concerne la conoscibilità di informazioni classificate nell'ambito delle procedure di appalto, il recente d.p.c.m. n. 5/2015 ha introdotto alcune distinzioni a seconda dell'attività svolta dall'operatore economico interessato: si distingue, infatti, tra "Nulla Osta di Sicurezza Industriale Strategico" (NOSIS), che abilita l'operatore economico, la cui attività assume rilevanza strategica per gli interessi nazionali, e "Nulla Osta di Sicurezza Industriale" (NOSI), il provvedimento che abilita l'operatore economico alla trattazione e gestione di informazioni classificate nei settori non strategici; si disciplina più chiaramente la "Abilitazione Preventiva" (AP), che consente all'operatore economico la partecipazione a gare d'appalto o a procedure finalizzate all'affidamento di contratti classificati "riservatissimo e segreto" ovvero qualificati in attesa del rilascio del Nulla Osta definitivo. Il N.O.S. serve, dunque, per accedere a informazioni, che, ai sensi dello stesso art. 42, sono classificate come segretissime, segrete o riservatissime sulla base dei criteri seguiti nelle relazioni internazionali. Ne discende che tanto i contratti secretati, quanto quelli che esigono particolari misure di sicurezza possono essere eseguiti solo da operatori economici in possesso dello specifico N.O.S. oltre che degli altri requisiti previsti dal codice [TAR Lombardia Milano IV 15.11.2015, n. 2175]. Diverso il discorso per ciò che concerne la partecipazione alle gare che, come chiarito dal citato d.p.c.m. n. 5 del 6.11.2015, richiede il possesso della sola Abilitazione Preventiva (AP) con ciò risolvendo un contrasto giurisprudenziale e recependo le evoluzioni di alcuna giurisprudenza che ritiene che il N.O.S. sia indispensabile per l'esecuzione di un contratto mentre, ai fini della partecipazione alle gare, sarebbe sufficiente l'attestazione di possesso della semplice abilitazione preventiva [C Stato IV 21.12.2012, n. 6658]. Detto ciò, in considerazione della specificità della previsione dell'art. 162, c. 3, del nuovo codice, il N.O.S. (o per la sola partecipazione alle gare la "Abilitazione Preventiva") va a configurarsi come un **requisito speciale** di capacità tecnica in accordo con quanto sostenuto dal prevalente orientamento giurisprudenziale, che lo qualifica alla stregua di un "**requisito soggettivo speciale**" di partecipazione o di esecuzione del contratto. Per altro verso, in base a quanto appena detto, non sembra convincente la tesi che pure è stata avanzata da una giurisprudenza [TAR Sicilia Catania I 11.5.2012, n. 1236], secondo cui l'art. 42, c. 1-bis, esigendo il N.O.S. per l'elaborazione di informazioni classificate

“segretissimo, segreto e riservatissimo” e non per l’elaborazione di informazioni solo riservate, non sarebbe applicabile a quest’ultime. La tesi, invero, non considera che l’art. 162, c. 2, d.lgs. n. 60/2016 estende espressamente, in materia di appalti pubblici, l’obbligo del possesso del N.O.S. agli appalti che esigono misure di sicurezza, al di là della presenza di una delle specifiche classificazioni appena menzionate. In tal senso il comma 1 dell’art. 162 enuclea due ipotesi, la prima, relativa ai contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione, è attribuita una classifica di segretezza rispetto alla quale il comma 2 in parola obbliga le amministrazioni e gli enti usuari ad assegnare, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell’art. 42, l. n. 124/2007; la seconda, relativa ai contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, rispetto alla quale il comma 2 obbliga le amministrazioni e gli enti usuari a dichiarare, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento. A ben vedere, il riferimento alle classifiche di sicurezza inerisce solo alla prima ipotesi e non alla seconda, per la quale l’art. 162 non richiede l’assegnazione di alcun grado di segretezza; eppure, il comma 3 dell’art. 162 contempla espressamente entrambe le tipologie contrattuali tra quelle che richiedono il possesso del N.O.S., così prescrivendone l’obbligatorietà anche per gli appalti che non si accompagnano ad una specifica classificazione di sicurezza, ma che purtuttavia esigono misure di sicurezza. Da ciò, in linea con la recente giurisprudenza amministrativa, deriva che non è corretto riferire «il limite previsto dall’art. 42, c. 1-bis, l. n. 124/2007, alle situazioni che, in base all’art. 162 del nuovo codice, necessitano del N.O.S. perché richiedono speciali misure di sicurezza, pur in assenza di specifiche classificazioni di sicurezza» [TAR Lombardia Milano IV 15.11.2015, n. 2175 *contra* TAR Lazio Roma II 3.5.2011, n. 3834].

- 6 Veniamo alla seconda disposizione, ovverosia a quella contenuta nella lett. b) dell’art. 162, c. 1, la quale, diversamente dalla lett. a), prevede che la deroga si applica ai contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative. Con riferimento al precedente codice, anche questa disposizione è rimasta inalterata nel corso del tempo, non essendo stata toccata neppure dalla novella del d.lgs. n. 208/2011. Qui giova soffermarsi sull’interpretazione delle “speciali misure di sicurezza” cui la norma allude per dar corso alla **disapplicazione della disciplina comune**. Anzitutto è bene osservare che si tratta di una deroga ulteriore e differente dalla disposizione prevista dalla lett. a) dal momento che non la si può far genericamente rientrare nelle classificazioni previste dalla predetta disposizione. Il fatto, poi, di aver reso collegabile tale requisito alla conformità di leggi, regolamenti o altri atti amministrativi, depone a favore di questa lettura della norma, non senza, a dir il vero, qualche inconveniente dal punto di vista della **tassatività della fattispecie**. E ciò in quanto, per questa via e pur in presenza dell’obbligo di adozione di provvedimento motivato, si rischia di ampliare a dismisura la possibilità da parte delle autorità amministrative e degli enti usuari di far ricorso alla secretazione dei contratti. Il che, per fare riferimento all’analisi giuseconomica, ingenera una **perdita secca di benessere per la collettività** [VESE (6), 555], dal momento

che l'applicazione della deroga e la conseguente secretazione dei procedimenti di affidamento delle commesse pubbliche, eliminando la contendibilità delle stesse a favore di operatori del mercato **più efficienti**, fanno aumentare i costi, che, in questo modo, verranno inevitabilmente scaricati sulla generalità dei consociati. La stessa cosa vale per l'estensione del N.O.S. oltre i casi tassativamente previsti dalla legge, tant'è che la stessa ANAC ha dovuto precisare che tale nullastato non può essere previsto come requisito di partecipazione alla procedura di gara se non per i casi espressamente stabiliti dalla normativa di riferimento, in quanto esso finirebbe per determinare "una restrizione all'accesso alla gara e, conseguentemente, una limitazione della concorrenza" [ANAC (ex AVCP) pareri n. 133 del 7.7.2010 e n. 41 del 2.4.2009].

L'apertura che la formula "speciali misure di sicurezza" porta con sé per l'estensione della disciplina derogatoria è sintomatica anche in giurisprudenza dove, già da tempo, si è cominciato a interpretare in questa direzione la disposizione di cui alla lett. b), c. 1, dell'art. 162. In quest'ordine di idee si colloca, difatti, l'orientamento del Consiglio di Stato che già con riguardo all'art. 17, d.lgs. n. 163/2006 sottolineava come tale norma, pur essendo stata oggetto di diverse modifiche ad opera del legislatore, ha consentito (sia prima che dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 208/2011), che le opere in essa ricadenti, possano essere eseguite in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento. Anche il testo attualmente vigente di cui all'art. 162, sia pure senza alcun riferimento a specifiche amministrazioni pubbliche, consente la deroga alle disposizioni del nuovo codice relative alla procedura di affidamento sia per quei contratti al cui oggetto è attribuita una classifica di segretezza, sia a quelli «la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative» [C Stato IV 6.3.2013 n. 1380]. Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, non è possibile restringere l'area di applicazione della secretazione dei contratti ai soli casi di «compromissione della difesa e della sicurezza nazionale (concretamente accertate), posto che il dato normativo (pur nel succedersi delle modifiche) fa riferimento anche ad ipotesi di particolari o speciali misure di sicurezza, che certamente non si iscrivono nel più alto e generale concetto di sicurezza nazionale, ma, più limitatamente, richiamano quella sicurezza che deve presiedere allo svolgimento di taluni servizi e funzioni pubbliche e nell'approntamento dei mezzi necessari al loro svolgimento» [C Stato IV 6.3.2013, n. 1380]. È anche vero che, seppur in un *obiter dictum* della citata pronuncia, la IV sezione del Consiglio di Stato afferma che «non vi è certamente una **generale disapplicazione** delle regole (...) ma solo la necessità di espressa indicazione - da parte dell'amministrazione con gli atti di disciplina della gara - delle regole cui si intende derogare».

Resta impregiudicato che ogni qualvolta un'amministrazione o un ente usuario intendono ricorrere alla deroga prevista dalle lette. a) o b) dell'art. 162, c. 1, devono motivare compiutamente le ragioni che hanno indotto gli stessi a invocare la disapplicazione della disciplina codicistica per procedere all'affidamento del contratto mediante trattativa privata, essendo il provvedimento delle autorità amministrative assoggettato all'ordinario sindacato giurisdizionale, anche per ciò che concerne il

7

8

**profilo della ragionevolezza.** Tant'è vero che sia per l'ipotesi della lett. a) sia per l'ipotesi della lett. b), l'art. 162, c. 2, del nuovo codice richiede alle amministrazioni e agli enti utenti [ossia l'ente che usa l'opera secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale e su cui, per una prima interpretazione in tal senso cfr. C Stato III 14.7.1987, n. 884, *CdS* 1991, I, 323] un apposito **provvedimento motivato** con cui assegnare le classifiche di segretezza, non essendo, peraltro, tale classificazione attribuibile *ex lege*. Il provvedimento che conclude l'*iter* amministrativo di assegnazione del grado di segretezza - che secondo un consolidato orientamento dottrinario deve intervenire **prima** - dell'aggiudicazione è essenziale per la **validità** della relativa classifica e deve avere le seguenti caratteristiche: riferirsi a fattispecie tassative legalmente previste ed essere riconducibile a interessi essenziali per lo Stato allo scopo di non indebolire la disciplina limitativa introdotta a livello comunitario; costituire il riconoscimento ufficiale idoneo a far rientrare lo specifico appalto in una categoria speciale e limitata; prevedere la titolarità in capo al vertice amministrativo del dicastero usuario delle opere da realizzare (si v. art. 16, d.lgs. n. 165/2001 in tema di "Funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali"). Essendo in una zona grigia, ampiamente derogatoria dei principi cardine che reggono l'azione amministrativa a livello comunitario, tra i quali il principio della concorrenza e della trasparenza, un adeguato controbilanciamento è rappresentato dal controllo della discrezionalità delle amministrazioni e degli enti utenti da parte del giudice amministrativo, il quale potrà sindacare l'operato delle predette autorità attraverso la valutazione del provvedimento con cui le stesse hanno attribuito il vincolo di segretezza per le commesse pubbliche nei settori di difesa e sicurezza.

### III. La gara informale e il (nuovo) controllo della Corte dei Conti

- 1 Al fine di non azzerare la concorrenza in un settore che ha notevole incidenza sul bilancio economico dello Stato, l'art. 162, c. 4, del nuovo codice ribadisce la regola, già presente nell'art. 17 d.lgs. n. 163/2006, della gara informale con la riserva di una quota minima di cinque partecipanti per procedere all'affidamento dei contratti dichiarati segreti o eseguibili con speciali misure di sicurezza. La regola della gara informale, pur lasciando un ampio margine di discrezionalità in capo alle pubbliche amministrazioni e agli enti utenti per la determinazione dei criteri selettivi [REALE (5), 947-953], rappresenta un **requisito di legittimità infettibile** per l'affidamento dei contratti in questa materia al fine di preservare quel minimo di concorrenzialità tra imprese che è principio cardine dell'Unione europea [C Stato V 31.5.2011, n. 3250, *FA CDS* 2011, 1561]. La regola della gara con il limite minimo dei cinque operatori economici è tuttavia derogabile, per espressa previsione dello stesso art. 162, c. 4, in presenza di due ordini di motivi. Il primo attiene all'evenienza che non vi siano operatori del mercato in grado di soddisfare i requisiti tecnici e/o di professionalità (i cc.dd. soggetti qualificati) che l'oggetto del contratto richiede per il proficuo adempimento dell'appalto. Evenienza non del tutto estranea alla realtà del *defence procurement*, dal momento che risulta difficile reperire imprese che operano in questo settore, dove non agiscono **economie di scala** e dove, nonostante l'intento della dir. 2009/89/CE e gli sforzi della Commissione - soprattutto con la comunicazione "Verso un settore della

difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente” [comunicazione COM (2013) 542] - non si è ancora giunti alla creazione di un **mercato europeo della difesa** (*European Defence Equipment Market - Edem*). La Commissione, nella citata comunicazione, ha infatti sottolineato come gli effetti della crisi della spesa pubblica sui bilanci degli Stati membri e le criticità inerenti al trend di crescita dei costi dei moderni equipaggiamenti bellici, basati su sofisticate tecnologie, potrebbero essere affrontati solo con l’instaurazione di un mercato unico degli armamenti militari. Il secondo motivo attiene all’impossibilità di procedere al confronto tra operatori economici quando appare plausibile che dalla negoziazione possa derivare un pregiudizio alle esigenze di segretezza e di sicurezza. Vale la pena di notare come questa ipotesi di limitazione della gara differisce dalla precedente, in quanto, mentre nel caso dell’**irreperibilità** di soggetti idonei ad adempiere proficuamente l’appalto la norma non stabilisce che l’affidamento avvenga in modo diretto, residuando la possibilità della gara informale, nel caso del **pregiudizio alla segretezza/sicurezza**, invece, la norma dispone che si proceda all’affidamento ad un determinato soggetto, dovendosi interpretare in questo modo il dato letterale che specifica l’impossibilità di procedere alla negoziazione con più di un operatore economico.

Veniamo ora all’esame del comma 5 dell’art. 162 che disciplina il **controllo contabile** della Corte dei Conti sui contratti secretati. Prima di rivolgere l’attenzione al regime dei controlli del giudice contabile preme dire che il nuovo codice, in distonia con il vecchio, ha sottoposto i contratti secretati all’attività di vigilanza dell’ANAC. A differenza del d.lgs. n. 163/2006, il quale all’art. 6, c. 7, lett. b) recitava che “non sono soggetti (...) a vigilanza dell’Autorità i contratti di cui agli articoli 16, 17, 18”, il d.lgs. n. 50/2016 al c. 3, lett. a) stabilisce che l’Autorità, nell’ambito dei poteri ad essa attribuiti, “vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza”. Si tratta di un’importante novità che colma una manchevolezza che presentava la materia dei contratti pubblici sin dalla legge Merloni del 1994, e che si giustificava in virtù della particolare protezione che l’ordinamento accordava alla segretezza nei settori della difesa e della sicurezza [DE NICTOLIS (3), 146]. Pure va detto, e non può che essere un retaggio della precedente legislazione, che gli **obblighi informativi** nei confronti di ANAC per i contratti aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza sussistono **limitatamente** ai contratti diversi da quelli inclusi nell’ambito del d.lgs. n. 208/2011. I contratti disciplinati nell’art. 2, d.lgs. n. 208/2011 non sono difatti sottoposti a tali obblighi informativi. Passiamo ora, come promesso, a vedere quella che costituisce, almeno sulla carta, la maggiore novità che il d.lgs. n. 50/2016 ha apportato al testo dell’art. 162. Si tratta del **nuovo controllo** che la Corte dei Conti esercita sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti secretati, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione. Vi è subito da notare che il giudice contabile, anche dopo la novella del 2016, continua ad esercitare un duplice controllo: di **legittimità** e di **gestione**. Innovando rispetto ad una lunga tradizione, esistente sin dalla legge Merloni e consolidatasi poi anche grazie alla codificazione del 2006, che prevedeva il controllo di legittimità del giudice contabile come successivo alla procedura di

2



affidamento dei contratti secretati, il nuovo codice, invertendo decisamente rotta rispetto al passato, decide che il vaglio della Corte dei Conti debba essere di tipo **preventivo**. Viene meno, a seguito del mutato regime apportato dal nuovo codice, il dubbio circa l'esatto momento in cui deve intervenire il controllo contabile. Sotto la vigenza del precedente codice la dottrina si era interrogata sul se il controllo dovesse avvenire prima o dopo la dichiarazione di segretezza del contratto. La questione non era di poco conto, e non lo è neppure ora nonostante l'introduzione, anche per la materia dei contratti secretati, del controllo preventivo di legittimità e di gestione; e ciò perché, ove si interpreti la disposizione in modo coerente con il nuovo regime di controlli, si dovrebbe propendere verso una lettura della norma che preveda il controllo contabile come precedente alla dichiarazione di segretezza e non come precedente alla fase di affidamento. In passato la questione era risolta dalla dottrina in modo coerente con la previsione di un controllo *ex post*, che, dunque, doveva essere svolto subito dopo il provvedimento di segretezza dell'opera, prescindendo, poi, dal fatto che l'amministrazione avesse affidato l'opera in base all'ordinaria procedura di evidenza pubblica, piuttosto che a mezzo di trattativa privata [DE NICTOLIS (3), 147]. Questa lettura della disposizione in parola era già confermata dalla giurisprudenza della Corte dei Conti, secondo la quale la segretezza del contratto «va intesa in quanto contenente un riferimento al solo dato formale della esistenza di una espressa dichiarazione in tal senso», ragion per cui si riteneva che il controllo di legittimità si dovesse collocare immediatamente dopo l'emanazione dell'atto di segretezza, e ciò anche «nel caso in cui l'amministrazione, nella propria discrezionalità, non avesse inteso avvalersi delle previste procedure derogatorie» [C Conti sez. contr. 24.4.2002, n. 11, *RCC* 2002, 2, 12].

- 3 L'interrogativo che ora sorge spontaneo è perché il nuovo codice, dopo una lunga tradizione che ha previsto il controllo della Corte dei Conti come successivo, ha stabilito un controllo di tipo preventivo. È stato sostenuto, tra i primi commentatori dell'art. 162, c. 5, che con la disposizione in parola il legislatore abbia voluto rendere **più efficiente** il sistema dei controlli attraverso "il rafforzamento proprio del ruolo del giudice contabile in funzione preventiva" [BRUNO (2), 2016]. Tale assunto sembra essere avallato quanto meno dalla prassi. In tal senso depono il primo Protocollo d'intesa siglato il 1.2.2017 tra la Corte dei Conti e l'ANAC. Dalla lettura del Protocollo emerge come la Corte dei Conti e l'ANAC collaborano, nell'ambito delle proprie autonome e distinte funzioni sui contratti secretati o che esigono particolari misure sicurezza, mediante **scambio di informazioni e dati**. Tant'è che per assolvere all'esecuzione delle attività oggetto del Protocollo d'intesa viene istituito un "tavolo di consultazione permanente" tra il Presidente della Corte e il Presidente dell'Autorità (o uno o più soggetti da loro delegati), con il compito di definire le linee programmatiche della collaborazione. L'assunto, secondo cui l'introduzione del vaglio preventivo della Corte dei Conti rende più efficiente il regime dei controlli sui contratti secretati va sottoposto a critica, e rivalutato anche alla luce delle ragioni giuridiche che avevano fatto propendere storicamente il legislatore a orientarsi verso un controllo di legittimità e di gestione di tipo successivo. La previsione di un controllo successivo alla segretezza del contratto si dimostrava, difatti, coerente con

la stessa *ratio* posta alla base della disciplina derogatoria del settore della difesa e della sicurezza, settore per il quale un vaglio antecedente sarebbe risultato non solo **inefficiente**, ma anche e soprattutto **pregiudizievole** degli interessi protetti dall'ordinamento nel settore in questione. Inefficiente perché un controllo posto *ex ante* fa rallentare anziché accelerare il relativo procedimento di affidamento della commessa pubblica, attenendo al massimo al criterio della economicità il fatto che in un procedimento vi sia un uso efficace o meno delle risorse pubbliche. Pregiudizievole perché un controllo preventivo sottopone la delicata materia della difesa e della sicurezza dello Stato al rischio di far venire meno le garanzie di segretezza/sicurezza del relativo procedimento di affidamento. Di tali criticità, peraltro, ci dà conto la stessa giurisprudenza della Corte dei Conti, che, già in tempi non sospetti ebbe ad affermare che i contratti relativi ad opere pubbliche da eseguire con particolari misure di segretezza, sarebbero «sottoposti esclusivamente al controllo successivo», poiché si è di fronte ad «una norma procedurale, dettata per contemperare le esigenze di riservatezza e di rapidità dell'azione amministrativa [che sono assolute appunto per il tramite di un controllo successivo] con un efficace sistema di controlli» [C Conti sez. contr. 21.11.1996, n. 154, *RCC* 1996, 6, 7]. Ma le perplessità della giurisprudenza sulla nuova tipologia di controllo - seppur ponendosi su di un piano differente - sono state manifestate anche di recente, come denota il parere reso dal Consiglio di Stato in ordine allo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, c. 2, e 213, d.lgs. n. 50/2016. Secondo la Commissione speciale che ha reso il parere, infatti, «Non si possono, inoltre, non segnalare alcune speciali fattispecie, come quelle dei contratti secretati di cui all'art. 162 del codice, nelle quali il solo controllo preventivo esercitato dalla Corte dei Conti - v., in particolare, il comma 5 dell'art. 162 del codice - non può scongiurare il rischio di successive condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti» [C Stato parere 28.12.2016, n. 2777, punto 6.5.3]. Va detto, infine, che nell'introdurre il nuovo regime del controllo preventivo del giudice contabile, il d.lgs. n. 50/2016 ha cercato di risolvere le criticità legate al rapporto segretezza/sicurezza prevedendo che il vaglio preventivo della Corte dei Conti venga esercitato «tramite un proprio ufficio organizzato in modo da salvaguardare le esigenze di riservatezza». Occorrerà aspettare le prime pronunce della giurisprudenza in materia per rendersi conto se il nuovo controllo introdotto dal legislatore sarà in grado di contemperare il **profilo dell'economicità** con il **profilo della segretezza**.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) BALDANZA, *La difesa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Parte spec., I, Milano 2003, 303 ss., spec. 359; (2) BRUNO, *sub art. 162*, in *Codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino 2016; (3) DE NICTOLIS, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di De Nictolis, I, Milano 2007, 146-148; (4) TORANO, *Defence procurement di materiali militari e concorrenza tra diritto comunitario e nazionale*, in *GiustAmm.it*, 4, 2015, 20; (5) REALE, *La disciplina degli appalti secretati o connessi a speciali misure di sicurezza*, in *Nuova rass.*, 9, 2007, 947-953; (6) VESE, *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, *Diritto dell'economia* 2016, 555.