

---

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 catte-  
dra 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*)

*I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di De Nictolis, Milano 2007, 137; (5) DE ROSA-TIZZANO, *Comunicazione interpretativa della Commissione UE sull'applicazione dell'art. 296 Trattato CE*, [www.ernalizzazioni.it](http://www.ernalizzazioni.it); (6) DI LENNA, *La direttiva europea sul procurement della difesa*, Roma 2009, 5; (7) FANTINI, *La secretazione delle forniture, ovvero di un'ipotesi di segreto atipico e strumentale*, UA 2005, 12, 1445; (8) FASANO, *I principi comunitari e la specificità dei mercati della difesa*, in *La disciplina dei contratti pubblici - Commentario al Codice appalti*, a cura di Baldi-Tomei, Milano 2007, 195; (9) MONACO, *L'art. 296 TCE e la regolamentazione del mercato della difesa*, IAI Quaderni 2009, n. 20, 9; (10) TRYBUS, *European Union Law and Defence Integration*, Oxford 2005, 140.

## 159. Difesa e sicurezza

[1] Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione non altrimenti esclusi dal suo ambito di applicazione ai sensi dell'articolo 1, comma 6, nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante misure meno invasive, volte anche a proteggere la riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto (1).

[2] All'aggiudicazione di concessioni nei settori della difesa e della sicurezza di cui al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, si applica la parte III del presente codice fatta eccezione per le concessioni relative alle ipotesi alle quali il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, non si applica in virtù dell'articolo 6 del citato decreto legislativo.

[3] In deroga all'articolo 31 l'amministrazione della difesa, in considerazione della struttura gerarchica dei propri organi tecnici, in luogo di un unico responsabile del procedimento, può nominare un responsabile del procedimento per ogni singola fase di svolgimento del processo attuativo: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. Il responsabile unico del procedimento, ovvero i responsabili di ogni singola fase, sono tecnici individuati nell'ambito del Ministero della difesa. Il responsabile del procedimento per la fase di affidamento può essere un dipendente specializzato in materie giuridico amministrative (2).

[4] Con decreto del Ministro della difesa, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definite le direttive generali per la disciplina delle attività del Ministero della difesa, in relazione agli appalti e alle concessioni diversi da quelli che rientrano nel campo di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208. Le direttive generali disciplinano, altresì, gli interventi da eseguire in Italia e all'Estero

per effetto di accordi internazionali, multilaterali o bilaterali, nonché i lavori in economia che vengono eseguiti a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare per i quali non si applicano i limiti di importo di cui all'articolo 36. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 20.

[5] Per gli acquisti eseguiti all'estero dall'amministrazione della difesa, relativi a macchinari, strumenti e oggetti di precisione, che possono essere forniti, con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti, soltanto da operatori economici stranieri, possono essere concesse anticipazioni di importo non superiore ad un terzo dell'importo complessivo del prezzo contrattuale, previa costituzione di idonea garanzia.

(1) Comma così modificato dall'art. 98, c. 1, lett. a), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

(2) Comma così modificato dall'art. 98, c. 1, lett. b), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

SOMMARIO: I. Ambito di applicazione e legislazione comunitaria di riferimento - II. Concessioni nel settore difesa e sicurezza - III. Il responsabile del procedimento in ambito Difesa - IV. Le direttive generali per il Ministero della difesa - V. Acquisti all'estero.

### I. Ambito di applicazione e legislazione comunitaria di riferimento

- 1 L'art. 159, c. 1, del codice dei contratti pubblici rappresenta 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 speciali abrogano rispettivamente la dir. 2004/18/CE e la dir. 2004/17/CE, lasciando in vita la direttiva sugli appalti nei settori di difesa e sicurezza [DE NICTOLIS (1), 1107], ponendo il tema della necessità di raccordo tra le rispettive disposizioni nazionali di recepimento. In tal senso l'articolo va letto e coordinato con l'art. 1, c. 6, il quale, nel definire oggetto e ambito di applicazione del nuovo Codice, prevede che le sue disposizioni non si applicano ai contratti che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. 15.11.2011, n. 208 (con cui 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 dall'applicazione delle regole comunitarie**. Come più diffusamente trattato nel commento generale introduttivo a questa sezione prima del capo IV della parte II del nuovo codice, 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 [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. 28.1.2016, n. 11, 169].
- 2 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), per la quale si rinvia al sopra richiamato commento generale a questa sezione. In particolare, l'art. 6, d.lgs. n. 208/2011 prevede:



- al comma 1, la non applicabilità del decreto in parola ai contratti disciplinati da norme procedurali specifiche in base ad un **accordo o intesa internazionale** 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 (lett. a); in relazione alla **presenza di truppe di stanza** e concernenti imprese stabilite nello Stato italiano o in un Paese terzo (lett. b); con riferimento ad un'**organizzazione internazionale** che si approvvigiona per le proprie finalità (lett. c). L'ultimo cpv. del comma 1 specifica che il decreto in parola non si applica 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;

- al comma 2, l'inapplicabilità del decreto in parola 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; dei contratti per i quali l'applicazione 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**; dei contratti per **attività c.d. d'intelligence**; dei contratti 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 del comma 1 dell'art. 159 evidenzia che questo, nel riprendere una parte delle disposizioni che nelle tre direttive tracciano il rispettivo **perimetro di applicazione** e integrando le previsioni di cui al richiamato comma 6 dell'art. 1, 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 assicurata 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. Tale previsione, nelle sole dir. 24 e 25, viene collocata nello stesso paragrafo contenente il richiamo dell'esclusione dall'applicazione derivante dall'invocazione dell'art. 346, c. 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 collocare nel solco tracciato in materia dalla Commissione europea a partire dalla Comunicazione interpretativa dell'art. 296 TCE (ora art. 346 TFUE).

## II. Concessioni nel settore difesa e sicurezza

L'art. 159, c. 2 è ulteriore esemplificazione e conferma della sopra richiamata necessità di raccordo tra le disposizioni nazionali di recepimento delle **tre direttive c.d. classiche** e le disposizioni nazionali di recepimento della dir. 2009/81/CE. Infatti, prevedendo il d.lgs. n. 208/2011 disposizioni relative ai soli contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza e non disposizioni in materia di

**concessioni** nel settore difesa e sicurezza, l'art. 159, c. 2, dispone che la parte III del nuovo Codice (artt. 164 ss.) trovi applicazione per contratti di concessione di lavori e di servizi ricadenti nell'oggetto del d.lgs. n. 208/2011 ad eccezione, anche in questo caso, di quelli esclusi dal suo ambito di applicazione ai sensi dell'art. 6 dello stesso decreto.

### III. Il responsabile del procedimento in ambito Difesa

- 1 L'art. 159, c. 3 riproducendo analoga disposizione contenuta nell'articolo 196 del codice del 2006, si apre con una **deroga** all'art. 31 del nuovo codice che disciplina il ruolo e le funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni. 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**.
- 2 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 amministrativo. Ciò perché con la previsione di più responsabili del procedimento si avrebbero maggiori **costi di transazione** [VESE (2), 576] rispetto alla previsione del responsabile unico del procedimento (RUP), 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 RUP richiederebbe interventi di riorganizzazione e redistribuzione interna di alcune funzioni. Nell'ultima parte il comma 3 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 possa essere, a discrezione dell'amministrazione, individuato tra i dipendenti specializzati in materie giuridico-amministrative.

### IV. Le direttive generali per il Ministero della difesa

- 1 L'art. 159, c. 4 prevede l'emanazione di un decreto del Ministro della difesa, di concerto con il MIT e sentita l'ANAC, recante le direttive generali per la disciplina delle attività della Difesa relative a contratti diversi da quelli che rientrano nell'ambito di applicazione del d. lgs n. 208/2011. Il comma 4 replica per la Difesa il modello di attuazione delle disposizioni del nuovo codice che, superando il tradizionale strumento del **regolamento di attuazione** adottato con decreto del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 17, c. 1, l. n. 400/1988, prevede l'emanazione di dd.mm., linee guida

ANAC ecc. La previsione di un d.m. Difesa riproduce, nel nuovo modello, 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). 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 (e stanno ancora ritardando) 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 e di scrittura del testo di 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 nuovo codice.

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 prevede emanazione di disciplina di attuazione attraverso i citati **strumenti soft**. E allora può ipotizzarsi che le direttive generali 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**.

## V. Acquisti all'estero

L'art. 159, c. 5 ripropone una disposizione, anch'essa già contenuta nell'art. 196 del vecchio codice, che consente 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. Da notare che i presupposti per la corresponsione delle anticipazioni sono gli stessi sulla base dei quali le disposizioni del codice giustificano la **procedura negoziata** senza pubblicazione di bando di gara ai sensi dell'art. 63, c. 2, lett. b), del codice. La *ratio* della disposizione deve farsi risalire all'esistenza di differenti **modelli e schemi contrattuali** che, soprattutto in sistemi amministrativi di stampo anglosassone, 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.

**BIBLIOGRAFIA:** (1) DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, RIDPC 2016, 1107; (2) VESE, *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, DEc 2016, 576.

## 160. Contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza

[1] Ai contratti misti aventi per oggetto appalti o concessioni rientranti nell'ambito di applicazione del presente codice nonché appalti disciplinati dall'articolo 346 TFUE o dal decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, si applicano le seguenti disposizioni.

[2] Se le diverse parti di un determinato appalto o di una concessione sono oggettivamente separabili, si applicano i commi da 3 a 5. Se non sono separabili, si applica il comma 6.

[3] 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.

[4] 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'articolo 346 TFUE, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati senza applicare il presente decreto né il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive;

b) se una parte di un appalto o una concessione è disciplinata dal decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati conformemente a tale decreto, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive. Sono fatte salve le soglie e le esclusioni previste dallo stesso decreto legislativo.

[5] La decisione di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica non può essere adottata allo scopo di escludere l'applicazione del presente codice o del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208.

[6] 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 presente decreto ove includa elementi cui si applica l'articolo 346 TFUE; altrimenti può essere aggiudicato conformemente al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208.

**SOMMARIO:** I. La legislazione comunitaria di riferimento e la relativa novità della norma - II. Il concetto di contratti misti nel settore della difesa e sicurezza - III. Il regime applicabile ai contratti misti separabili - IV. Il regime applicabile ai contratti misti non separabili.