
COMMENTARI IPSOA

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI COMMENTATO

a cura di Luca R. Perfetti

II Edizione



Wolters Kluwer

Consultabile su 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, amministra-
tivo, 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 amministra-
tivo – 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 amministra-
tivo 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 amministra-
tivo – 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 amministra-
tivo – 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 amministra-
tivo. – 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*)

b) 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 riverberata nel nuovo codice la previsione di cui all'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 208/2011.

Per entrambi i casi il comma 5 della norma in commento introduce il **principio antielesivo** 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 del d.lgs. n. 208/2011 (art. 3, c. 3).

IV. Il regime applicabile ai contratti misti non separabili

Nel caso di **contratti misti oggettivamente non separabili**, il comma 6 della norma in commento prevede 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 contenuta in questo comma 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 che non è riportato dalla norma in commento.

BIBLIOGRAFIA: (1) GRECO, *Contratti misti e appalti comunitari*, RIDPC 1994, 1262; (2) PERFETTI, *Gli appalti misti tra vincoli comunitari e fraintendimenti del Consiglio di Stato*, UA 2000, 66; (3) ROMOLI, *Appalti misti, Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di Perfetti, I, Padova 2005, 164; (4) TOMASSI, *Contratti misti, prestazioni scindibili e applicazioni della normativa degli appalti pubblici*, RAA 2010, 190.

161. Contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali

[1] Il presente codice non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione e alle concessioni in materia di difesa o di sicurezza di cui al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, qualora essi siano disciplinati da:

a) **norme procedurali specifiche in base a un accordo o un'intesa internazionale conclusi in conformità dei trattati dell'Unione europea, tra lo Stato e uno o più Paesi terzi o relative articolazioni e riguardante lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione comune o alla gestione comune di un progetto;**

b) norme procedurali specifiche in base a un accordo o un'intesa internazionale in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un Paese terzo;

c) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale nel caso di appalti;

d) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o a concessioni che devono essere aggiudicate da uno Stato membro in conformità di tali norme. Gli accordi o le intese di cui alla lettera a) relativi ad appalti, sono comunicati alla Commissione.

[2] Il presente codice non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione concernenti aspetti di difesa o di sicurezza che l'amministrazione aggiudicatrice aggiudica in base a norme sugli appalti previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, quando gli appalti pubblici e i concorsi di progettazione in questione sono interamente finanziati da tale organizzazione o istituzione. Nel caso di appalti pubblici e 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.

SOMMARIO: I. La legislazione comunitaria di riferimento - II. La nuova disciplina codicistica dell'art. 161 e il raffronto con l'art. 18, d.lgs. n. 163/2006 - III. Il regime delle esclusioni.

I. La legislazione comunitaria di riferimento

- 1 All'interno dell'art. 161 del nuovo codice 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 questo articolo viene data attuazione alle previsioni dell'art. 17, dir. 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari (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, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza [DE NICTOLIS (3), 152 ss.].
- 2 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 a un accordo o intesa internazionale conclusi tra uno o più Stati membri e uno o più Paesi terzi, ovvero 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, ovvero ancora da norme procedurali con riguardo ad un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o ad appalti che devono essere aggiudicati 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: 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 prevede che siano **escluse dall'ambito di applicazione** della dir. 2009/81/CE: le concessioni per le quali l'applicazione della direttiva 23 citata obbligherebbe lo Stato membro a fornire informazioni la cui divulgazione sia ritenuta contraria a interessi essenziali di sicurezza; 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, a condizione che lo Stato membro abbia stabilito che non è possibile garantire la tutela degli interessi essenziali in esame mediante misure meno invasive (su quest'ultimo punto v. commento art. 159); le concessioni aggiudicate nel quadro di un programma di cooperazione di cui all'art. 13, lett. c), dir. 2009/81/CE; 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; le concessioni aggiudicate in un paese terzo, quando le forze operano al di fuori del territorio dell'Unione, se le esigenze operative richiedono che tali concessioni siano concluse con operatori economici localizzati nell'area delle operazioni [PARISI-CHIMENTI (7), 419 ss.].

Anche l'**art. 9 della dir. 2014/24/UE**, si occupa di "Appalti pubblici aggiudicati e concorsi di progettazione organizzati in base a norme internazionali", prevedendo ai parr. 1, 2 e 3 dell'art. 9 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, altresì, agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione che l'amministrazione aggiudicatrice aggiudica od organizza in base a norme sugli appalti pubblici previste da un'organizzazione internazionale 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 internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, l'ultimo periodo del par. 2 prevede che le parti si accordino sulle procedure di aggiudicazione applicabili. L'art. 9, par. 3, infine, rinvia all'art. 17 della stessa direttiva, il quale disciplina gli appalti e i concorsi di progettazione concernenti aspetti di difesa o di sicurezza che sono aggiudicati od organizzati in base a **norme internazionali**, stabilendo, dunque, che per tali appalti e concorsi, non si applicano i parr. 1 e 2 dell'art. 9.

3

- 4 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: a) 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; b) accordo o intesa internazionale in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un paese terzo; c) organizzazione internazionale. Per le modalità di cui alla lett. a), l'art. 27, par. 1, ultimo cpv., 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 cpv. 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.

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

- 1 La disciplina riguardante i contratti pubblici regolati da norme internazionali era già contenuta nel previgente codice che recepiva la precedente legislazione comunitaria in materia rappresentata dagli artt. 15 e 57, dir. 2004/18/CE e dall'art. 22, dir. 2004/17/CE [TAR Veneto Venezia I 18.6.2008, n. 435; C Stato IV 29.7.2008, n. 3992; GUARINO (5), 1032 ss.]. Il d.lgs. n. 163/2006 contemplava già - nella parte I, titolo II ("Contratti esclusi in tutto in parte dall'ambito di applicazione del codice") - un'apposita norma: l'art. 18 ("Contratti aggiudicati in base a norme internazionali") che si occupava delle regole di esclusione del codice dall'ambito di particolari norme procedurali che si inserivano in un contesto internazionale [MAZZILLI (6), 424]. 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, c. 1, emerge, inoltre, che ad essere interessate dalla disciplina di esclusione delle regole del nuovo codice 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 vecchio codice, non faceva alcuna menzione dell'ambito di riferimento cui appartenevano le regole d'esclusione, ossia **i settori della difesa e della sicurezza dello Stato** [TAR Sicilia Palermo III 15.4.2009, n. 692]. 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 (artt. 159 ss.) 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 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, oltre alle summenzionate novità, emergono alcune importanti differenze rispetto al corrispondente testo dell'art. 18 vecchio codice. La norma, in particolare, prevede al comma 1, lett. a) che oggetto d'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. 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 laddove 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 nostra Costituzione. Non solo, ma diversamente dal passato, ora l'art. 161, estendendo in questo modo l'ambito soggettivo di applicazione della sua disciplina, specifica che parte dell'accordo o dell'intesa, oltre allo Stato, possano essere anche le **sue articolazioni**, dovendosi intendere per queste ultime anche gli **enti territoriali** che ne fanno parte e *in primis* le **Regioni**. Sul punto si corregge anche un errore della precedente codificazione, allorché viene specificato che gli accordi e le intese internazionali possono concludersi in conformità a tutti i trattati dell'Unione europea e non ad un unico trattato del quale, peraltro, il precedente codice non dava indicazioni. Così potrà ben accadere 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**, vale a dire trattati, dichiarazioni, convenzioni, patti e protocolli [REALFONZO-GALTIERI-DEL CASTILLO (8), 68], mentre per quanto riguarda il requisito della conformità ai trattati comunitari, sempre in dottrina è stato evidenziato che ciò si spiega in ragione del fatto che gli Stati membri possano 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, si creano i presupposti per una forma di **aiuto di Stato**, come tale inammissibile [BASSI (2), 551]. Ancora, sempre alla lett. a), c. 1, l'art. 161, diversamente che nella corrispondente lettera dell'art. 18, 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 [TAR Valle d'Aosta Aosta I 13.2.2008].

Come si può notare dall'esame della lett. a) dell'art. 161, c. 1, 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, c. 1, lett. d), degli accordi e delle intese alla Commissione europea, ma non anche la consultazione del

2

3

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 vecchio 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 non prevede più la disposizione, inserita nel vecchio codice dal d.lgs. 11.9.2008, n. 152 all'art. 18, c. 1-bis, 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'Organizzazione mondiale del commercio. Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, l'art. 161 in commento amplia l'**ambito di disapplicazione** delle regole codicistiche nella materia della difesa e della sicurezza, con 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.

III. Il regime delle esclusioni

- 1 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. Così, nell'intento di dare al lettore una sistemazione delle regole di disapplicazione del nuovo codice, 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 dal nostro ordinamento. 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 esempi:

- i) esclusioni che operano in base a norme procedurali specifiche inerenti ad un accordo o ad un'intesa internazionale;
- ii) esclusioni che operano in base a norme procedurali specifiche inerenti ad un'organizzazione internazionale.

Nel primo esempio 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 esempio 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 ad un'organizzazione internazionale o ad 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 internazionale o di un'istituzione internazionale di finanziamento, motivo per cui trovano applicazione regole di pubblicità e di concorrenzialità predisposte dalle predette organizzazione/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 generale [FASANO (4), 227]. È stato osservato in dottrina come il principio di specialità vale senz'altro 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. [BALDI (1), 758]. A parere di chi scrive, però, l'articolo 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 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 si aggiunge alle previsioni dell'art. 6, d.lgs. n. 208/2011 andando 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 del 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 o moltiplicazione 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 contenitori normativi (ad es. 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.

BIBLIOGRAFIA: (1) BALDI, *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice*, UA 2006, 758; (2) BASSI, *Appalti pubblici comunitari (Gli accordi internazionali in materia di)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da CHITI-GRECO, I, Milano 2007, 551; (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, 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