



Consiglio di Stato
Segretariato Generale

N. 2691

Roma, addì

8 luglio 2011

Risposta a nota del

N. _____ Div. _____

OGGETTO:

REGOLAMENTO:

**DISCIPLINA APPALTI PUBBLICI
RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E
FORNITURE NEI SETTORI DELLA
DIFESA E DELLA SICUREZZA**

D'ordine del Presidente, mi prego di trasmettere il numero **2322/2011** emesso dalla SEZIONE **NORMATIVA** di questo Consiglio sull'affare a fianco indicato.

Parere emesso in base all'art. 15 della L. 21 luglio 2000, n. 205.

Allegati N. _____
.....

**PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI
MINISTRI DAGL**

(.....)

ROMA

Il Segretario Generale

Piero Grimaldi

Numero 1694/11 e data 8 OTT 2011



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 23 giugno 2011

NUMERO AFFARE 02322/2011

OGGETTO:

Presidenza del Consiglio dei Ministri - DAGL.

Schema di decreto legislativo recante “Disciplina degli appalti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e della sicurezza in attuazione della Direttiva 2009/81”.

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota n. DAGL-370/PRES/2011 del 26/05/2011, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri - DAGL ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull' affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori ed estensori Consiglieri Giancarlo Montedoro e Nicola Russo;

Premesso:

Con relazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, è stato trasmesso per il

parere lo schema di decreto legislativo recante “Disciplina degli appalti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e della sicurezza in attuazione della Direttiva n. 2009/81”.

Esponde l'amministrazione che il complesso degli appalti in materia di difesa nazionale degli Stati membri è stato a lungo escluso dalla disciplina del mercato unico europeo, in base all'art. 296 del Trattato CE (art. 346 del Trattato di Lisbona) che consente agli Stati membri di derogare alle regolamentazioni comunitarie, qualora ritengano essere in gioco interessi di sicurezza nazionale, con riferimento alla produzione e commercio di sistemi d'arma e materiale bellico.

In ambito comunitario è venuta maturando la consapevolezza che un mercato europeo della difesa maggiormente concorrenziale possa garantire prodotti più sofisticati a prezzi inferiori, il rafforzamento della base industriale e tecnologica della difesa europea, lo sviluppo delle capacità militari necessarie per attuare la politica europea di sicurezza e difesa.

In sostanza si viene elaborando un progetto giuridico di formazione di un mercato europeo di prodotti e materiali per la difesa, e, quindi, si avverte la necessità di procedere all'integrazione economica mediante i consueti strumenti di armonizzazione giuridica.

In particolare nel settore degli appalti, ciò si concretizza nell'esigenza di coordinamento ed armonizzazione delle procedure di aggiudicazione in grado di soddisfare i requisiti di sicurezza degli Stati membri e gli obblighi derivanti dal Trattato europeo, contribuendo, nel contempo, a ridurre sensibilmente non tanto i costi del settore della difesa, quanto l'eventuale impatto ambientale nel medesimo settore, nonché di realizzare un approccio globale dell'Unione in materia di sicurezza,

rispondendo alle evoluzioni dell'ambiente strategico in un contesto mondiale in cui l'emergere delle minacce asimmetriche transnazionali assottigliano sempre di più il confine tra sicurezza esterna ed interna, militare e non militare.

Sulla base di queste considerazioni nel dicembre del 2005 la Commissione europea ha adottato una comunicazione interpretativa sull'art. 296 (ora 346) del Trattato Ce nel settore degli appalti pubblici della difesa che consolida e chiarisce il quadro giuridico vigente senza innovarlo.

Di seguito ha provveduto ad emanare la direttiva 2009/81 che si applica alle attrezzature militari alle quali non si applica il citato art. 346 del Trattato CE.

Le principali novità introdotte dalla direttiva sono le seguenti :

- 1) il campo di applicazione, correlato, nel settore della difesa, al materiale destinato ad essere impiegato come arma, munizione o materiale bellico, e, nel settore sicurezza, alla presenza di informazioni classificate, nonché lavori e servizi per fini specificamente militari;
- 2) la non inclusione della procedura aperta e la possibilità di ricorrere, in via generale, alla procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara;
- 3) la previsione di esclusioni dall'applicazione della direttiva specifiche per la Difesa (ad es. in contratti governo-governo ed i contratti di ricerca e sviluppo cofinanziati);
- 4) la previsione di istituti specifici per la preselezione e l'aggiudicazione (in particolare per la tutela della sicurezza dell'informazione e la sicurezza degli approvvigionamenti);
- 5) la possibilità per gli Stati membri di inserire disposizioni in materia

di subappalto che obbligano gli aggiudicatari a subappaltare seguendo procedure competitive.

Considerato:

1. In primo luogo occorre ricordare che nel vigente quadro normativo nazionale l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è disciplinata dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" il quale ha recepito le direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18.

Il codice dei contratti pubblici, all'art. 196, contiene, in ragione della riconosciuta peculiarità dell'attività dell'Amministrazione della Difesa, una disciplina speciale, da emanarsi con apposito regolamento, riguardo alle attività del Ministero della difesa, in relazione ai lavori, ai servizi ed alle forniture connessi alle esigenze della difesa militare".

La relazione al presente provvedimento segnala che lo schema del regolamento contemplato dal predetto art. 196, è attualmente in fase di concertazione interministeriale, ed il testo conseguentemente non è stato trasmesso.

La relazione assicura che il provvedimento di recepimento della direttiva 2009/81 e gli atti conseguenti "non presentano aspetti di sovrapposizione con l'attuale disciplina a legislazione vigente".

Osservano inoltre che la stessa scelta degli organi comunitari di procedere con una direttiva ad hoc è indicativa della volontà di valorizzare la specificità del settore della difesa e della sicurezza.

La scelta, in sede di trasposizione della direttiva, di operare al di fuori del codice, è, quindi, in sintonia con l'orientamento comunitario che ha deciso di dotarsi di una direttiva ulteriore rispetto alla direttiva quadro.

La Sezione osserva che in presenza di una codificazione di settore, e

della disposizione di cui al predetto art. 196 (che riguarda proprio i lavori i servizi e le forniture connessi alle esigenze della difesa militare), si pone un problema di stratificazione e coordinamento delle diverse discipline.

In disparte la scelta di non novellare il codice dei contratti pubblici inserendovi le nuove disposizioni di matrice comunitaria attuative della direttiva 2009/81 (scelta che, sul piano sistematico, si presta a qualche rilievo, ma che potrebbe ben giustificarsi con la peculiarità del settore), si osserva che, in assenza dello schema di regolamento attuativo dell'art. 196 del codice degli appalti, non è possibile esprimersi con certezza sull'assenza di sovrapposizione tra le diverse normative.

In tal senso milita la modifica dell'art. 196 – introdotta dall'art. 33 dello schema di decreto legislativo in esame – secondo il quale il codice si applica ai “contratti di lavori, servizi e forniture diversi da quelli che rientrano nel campo di applicazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2009/81 CE”.

Con ciò si evita la sovrapposizione formale delle discipline, ma non si ottiene un effetto di semplificazione dell'ordinamento giuridico.

Gli appalti nel settore della difesa astrattamente risulterebbero disciplinati dal presente schema di decreto legislativo, dal regolamento attuativo dell'art. 196 del codice, e, residualmente, non può escludersi, dallo stesso codice dei contratti pubblici (depone in tal senso, all'art. 33, il nuovo comma 1bis dell'art. 1 del codice dei contratti pubblici che recita nel modo seguente, dando un'idea della complessità delle fonti regolanti la materia: “Fatto salvo l'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il presente codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della sicurezza e della difesa, ad

eccezione dei contratti cui si applica il decreto di attuazione della direttiva 2009/81 e di quelli esclusi dalla sua applicazione ai sensi dell'art. 6 dello stesso decreto di attuazione”).

In conseguenza di ciò non risulta un quadro giuridico dotato di snellezza e fruibilità, ma piuttosto frammentario e foriero di dubbi applicativi in ragione della pluralità delle fonti richiamabili.

Si richiama pertanto l'attenzione sull'opportunità, per la chiarezza del sistema giuridico, di semplificare ed armonizzare il quadro normativo vigente in prossimi interventi regolatori (valutando l'opportunità di ricondurre la disciplina nel codice dei contratti pubblici) e, comunque, di specificare con precisione l'ambito di applicabilità della normativa regolamentare, meramente residuale, di cui all'art. 196 del codice dei contratti pubblici (ovvero di valutarne la necessità ai fini di un'eventuale abrogazione, essendo ormai vigente la disciplina di recepimento della direttiva).

2. La seconda rilevante questione di carattere generale posta dal testo del decreto legislativo è quella relativa al rapporto con lo specifico settore della sicurezza non militare: in proposito, pur rilevando la Sezione che sarebbe auspicabile l'adozione di regole uniformi per le attività di sicurezza, si deve convenire che la presenza di diverse politiche comunitarie, in materia di politica estera e di politica interna, ha condotto ad una limitazione dell'efficacia della direttiva oggetto di recepimento con lo schema di decreto legislativo in esame.

In particolare, occorre richiamare il “considerando” n. 11 della direttiva a tenore del quale “Nel settore specifico della sicurezza non militare, la presente direttiva dovrebbe applicarsi agli appalti aventi caratteristiche simili a quelle degli appalti nel settore della difesa e che sono altrettanto

sensibili.”

Lo stesso “considerando” prosegue rilevando che “Può trattarsi, in particolare, di aree in cui forze militari e non militari cooperano per adempiere alle stesse missioni e/o in cui lo scopo dell'appalto è di proteggere la sicurezza dell'Unione europea e/o degli Stati membri sul loro territorio o al di là di esso, da gravi minacce provenienti da attori non militari e/o non governativi. Ciò può comprendere ad esempio la protezione delle frontiere, le attività di polizia e le missioni per la gestione delle crisi”.

Si rileva che il punto potrebbe suscitare incertezze sull'ambito applicativo dello schema di decreto legislativo in esame.

Non vi è nello schema di decreto legislativo alcuna disposizione che sia volta a regolare tale delicata problematica applicativa, che dovrebbe essere oggetto di una disposizione specifica da inserire nell'articolato.

Valuti quindi il Governo, in relazione agli appalti nel settore della sicurezza non militare, in attesa di un'armonizzazione compiuta della sicurezza militare e non militare, se aggiungere all'art. 2 dello schema di decreto legislativo, un comma 2, formulandolo, nel modo seguente (o in altro modo capace di dare indicazioni sull'applicabilità, limitata, del decreto di recepimento della disciplina al settore della sicurezza non militare) :

“Il presente decreto si applica anche nel settore della sicurezza non militare ad appalti il cui scopo è proteggere la sicurezza dell'Unione europea e/o dello Stato membro sul proprio territorio in relazione a gravi minacce terroristiche, aventi caratteristiche simili agli appalti della difesa e che siano sensibili.”

3. Il terzo punto di carattere generale e di particolare delicatezza, attiene alla definizione, oggetto di annose controversie interpretative,

del materiale c.d. "dual use".

In passato, in giurisprudenza, si è discusso della legittimità di decreti di secretazione in relazione ad appalti di fornitura di materiale c.d. *dual use* (ossia civile e militare: nella specie, elicotteri).

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di statuire che, con l'art. 296 del Trattato, l'ordinamento fondamentale della Comunità Europea ha introdotto un significativo spazio di deroga della disciplina vigente (peraltro successivamente ribadito dall'art. 10 della direttiva n. 18/04), attribuendo agli Stati membri la potestà di sottrarre alcuni atti e provvedimenti al regime di pubblicità, quando la relativa esigenza di riservatezza risulti giustificata dalla necessità, non altrimenti realizzabile, di tutelare adeguatamente la sicurezza dello stato (lett. a dell'art. 296). (Consiglio Stato, sez. IV, 10 giugno 2005, n. 3068).

Tale ultima disposizione deve, in particolare, intendersi come giustificata dall'esigenza di assicurare agli Stati membri il libero e sovrano esercizio del loro potere di governo in ordine alla difesa della loro integrità territoriale, come fondata sull'indefettibile necessità di garantire agli stessi l'autonoma disciplina delle misure di polizia intese a proteggere la comunità amministrata e, in definitiva, come preordinata a tutelare la pienezza della sovranità nazionale in un ambito (la difesa della sicurezza interna) estraneo al novero di quelli ceduti alla comunità sovranazionale e che esula, come tale, dalle competenze comunitarie.

In coerenza con il principio appena illustrato, si è ritenuto (con la decisione prima citata) che l'art. 4, comma 1, lett.c), d.lgs. n.358/92 contemplasse tra le diverse ipotesi di esclusione della normativa sulla pubblica selezione dei fornitori di amministrazioni pubbliche, quella della secretazione della fornitura per esigenze di sicurezza dello Stato.

Dalla disciplina appena riferita, si è ricavato quindi, il principio che la concorrenza, nella gerarchia dei valori protetti e garantiti dagli ordinamenti comunitario e nazionale, non è il bene primario ed assoluto, la cui salvaguardia non tollera eccezioni o deroghe, ma si presta, di contro, a recedere quando la piena ed efficace realizzazione di interessi giudicati preminenti (quali la difesa o la sicurezza degli Stati membri) impongono l'esclusione di talune attività dall'accesso aperto e competitivo alla contrattazione pubblica degli operatori nel mercato di riferimento.

In ordine a tale delicata questione, il provvedimento in esame introduce alcune disposizioni che è bene richiamare .

L'art. 1 della direttiva definisce il materiale militare come materiale specificamente progettato o adattato per fini militari e destinato ad essere impiegato come arma, munizioni o materiale bellico.

La rilevanza del c.d. "*dual use*" risiede nella valenza semantica del termine "adattato per fini militari", fermo restando che occorre anche la destinazione ad arma , munizioni o materiale bellico.

L'art. 1 lett. b) dello schema di decreto definisce in modo conforme alla normativa comunitaria il materiale militare.

Va segnalato che lo schema di decreto legislativo in esame provvede alla riscrittura, all'art. 33 , dell'art. 17 del codice dei contratti pubblici in tema di secretazione dei contratti ma non chiarisce adeguatamente il rapporto fra decreto di secretazione ed appalti disciplinati dalla direttiva, rapporto che può meglio lumeggiarsi considerando quanto disposto dall'art. 6 comma 2 lett. a) e lett. b) dello schema di decreto, che, richiamando i casi ove sussistono interessi essenziali di sicurezza dello Stato, consentirebbe ed imporrebbe – in astratto - di far

precedere la procedura di aggiudicazione da un decreto di secretazione. L'art. 17 nuovo testo del codice dei contratti si limita a "far salvi" i contratti di cui all'art. 1 comma 1 bis, (che richiama sia i contratti esclusi, sia i contratti non esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 2009/81), con ciò non specificando a quali dei contratti sottoposti alla disciplina del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2009/81 od espressamente nominati dall'art 6, in quanto esclusi dall' ambito applicativo per l'esistenza di esigenze di riservatezza particolarmente elevate, si applichi la disciplina della secretazione prevista dal codice.

Valuti quindi il Governo, ferma restando l'assoluta eccezionalità della secretazione a seguito dell'emanazione della direttiva in corso di recepimento, se specificare meglio il rapporto esistente tra l'art. 17 novellato del codice dei contratti ed i contratti esclusi di cui all'art. 6 del presente schema di decreto legislativo; valuti altresì se richiamare espressamente, per tali contratti, ed in particolare per quelli previsti dall'art. 6 comma 2 lett. a) e b), la possibilità e/o la necessità di un decreto di secretazione.

4. Venendo al testo dello schema di decreto legislativo si rassegnano le seguenti puntuali osservazioni:

1) in relazione all'art. 1, che recepisce l'art. 1 della direttiva, comma 2, la formula "ove compatibili e non derogate" va sostituita dalla formula:"ove compatibili o non derogate", e dopo le parole "si applicano" va soppressa l'avverbio "inoltre".

2) in relazione all'art. 2, che recepisce l'art. 2 della direttiva, appare superflua la formula "Fatti salvi gli articoli 36, 51, 52, 62 e 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" attesa l'inidoneità della presente fonte (di recezione del diritto derivato) ad incidere sul

Trattato.

- 3) in relazione all' articolo 3, comma 2, la formula "ove compatibili e non espressamente derogate" va sostituita con la formula "ove compatibili o non espressamente derogate".
- 4) in relazione all'art. 4, commi 1 e 2, occorre specificare, per delimitare l'oggetto dei regolamenti ivi previsti, quali istituti richiedano una disciplina speciale rispetto a quella contenuta nel codice. Inoltre proprio rispetto a tali previsioni emerge l'eccessiva complessità del quadro normativo che sarà composto, a regime, dal codice, dal decreto legislativo di recepimento della direttiva 2009/81, ed, infine, dai regolamenti attuativi (ben tre) dell'art. 196 del codice e dell'art. 4, commi 1 e 2, del presente decreto legislativo.
- 5) in relazione all'art. 5, che recepisce l'art.3 della direttiva, si segnala che il comma 2 riguardante i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture o servizi che, per una parte rientrano nell'ambito di applicazione del presente decreto mentre per un'altra parte non rientrano né nell'ambito di applicazione del presente decreto, né in quello del codice, contiene una disciplina difforme dall'art. 3 comma 2 della direttiva. Questa si limita ad escludere gli appalti predetti dall'ambito applicativo direttiva, ma nulla dispone circa la disciplina applicabile, e la scelta operata dallo schema di decreto di non assoggettare detti contratti né al decreto legislativo di recepimento della direttiva 2009/81 né al codice lascia incerta la disciplina applicabile a detti contratti. Si suggerisce, comunque, di riportare tali contratti al codice dei contratti in via residuale.
- 6) in relazione all'art. 8 comma 2, si osserva che vi è necessità di definire la disciplina applicabile ai contratti ai quali non sia possibile

nemmeno l'applicazione dei principi generali del diritto comunitario di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, richiamando quantomeno i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità; si suggerisce inoltre di valutare se i contratti di cui all'art. 6 lett. h) ed i) non debbano, in ogni caso, essere soggetti ai principi comunitari.

7) in relazione all'art.15, che dovrebbe recepire l'art. 46 della direttiva, si osserva che esso appare non del tutto conforme alla direttiva stessa, che richiama la possibilità per gli Stati membri di instaurare elenchi ufficiali, oppure di richiedere certificazioni. Non sembra consigliabile nei confronti delle imprese stabilite nell'UE la rigida previsione della regola del comma 1 concepita nei termini attuali in modo per cui "la qualificazione di cui agli articoli 11, 12, 13, e 14 è consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane" poi disponendo solo al comma 2, per le imprese UE, che "la citata qualificazione non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara". Si raccomanda di non assoggettare le imprese UE alla medesima disciplina prevista per le imprese extra UE soggette alla condizione di reciprocità. La disciplina dovrebbe essere allineata al diritto comunitario nominando al primo comma gli operatori extra UE per i quali vale la condizione di reciprocità e disciplinando solo nel comma 2 gli operatori UE.

8) in relazione all'art. 17, al comma 1, le parole "determina a contrarre" vanno sostituite con le parole "deliberazione a contrarre" ed al comma 8, secondo periodo, è bene, per chiarezza e trasparenza nei confronti delle imprese, sopprimere l'ultimo inciso "o nel capitolato d'onori" al fine di consentire che solo nel bando si possa scegliere la procedura negoziata a fasi successive.

9) in relazione all'art. 18, comma 2 lett. d), andrebbero sopresse le parole "o artistica" che non trovano rispondenza nella direttiva.

10) in relazione all'art. 19, valuti l'amministrazione la necessità del comma 4.

11) in relazione all'art.20, la norma, per avere efficacia precettiva ed essere in linea con l'intento enunciato in relazione, deve essere formulata sostituendo alla parola "possono" la parola "devono".

12) in relazione all'art. 20, nel caso in cui si decida di aggiudicare l'appalto in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si stabilisce che vengano presi in considerazione, oltre ai diversi elementi collegati all'oggetto dell'appalto in questione ed elencati dall'art. 83, comma 1, del codice (il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, la funzionalità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il costo di utilizzazione e manutenzione, ecc., anche) l'interoperabilità e le caratteristiche operative (v. pure art. 47.1 lett. a) della direttiva).

A tale proposito, la Sezione ritiene opportuno che venga specificato nell'art. 20 dello schema quanto ribadito dalla direttiva 2009/81/CE (oltre che dall'art. 83, comma 2, del codice), e, cioè che a ciascun elemento deve essere attribuito un certo peso, che deve essere precisato nei documenti dell'appalto e che, qualora per ragioni tecniche ed obiettive non sia possibile un'esatta ponderazione dei requisiti, deve essere almeno stabilito il loro ordine decrescente d'importanza.

13) in relazione all'art. 23, si osserva quanto segue : uno dei principi generali che ispirano la "direttiva difesa" è quello della trasparenza (art. 4). Al fine di rispettare tale principio lo schema di decreto prevede un intero capo (IV), concernente bandi, avvisi e inviti, dedicato alle regole sulla pubblicità e sulla trasparenza, adattato alle particolari esigenze dei

settori coinvolti.

Le amministrazioni aggiudicatrici sono soggette ad una serie di obblighi in merito alla pubblicazione di alcuni documenti relativi all'appalto che intendono aggiudicare. In particolare si tratta dell'avviso di preinformazione (una comunicazione che annuncia la prossima pubblicazione di un bando di gara) e, a gara conclusa, dell'avviso indicante i vincitori della procedura di affidamento.

Relativamente ai bandi di gara veri e propri, la loro pubblicazione è sempre obbligatoria per tutte le amministrazioni aggiudicatrici che intendono aggiudicare un appalto o concludere un accordo quadro, tranne ovviamente nel caso in cui si decida di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione.

Le amministrazioni sono obbligate a pubblicare anche un avviso contenente i risultati della procedura di aggiudicazione (non è necessario nel caso in cui l'appalto sia stato aggiudicato nell'ambito di un accordo quadro concluso in conformità all'articolo 59 del codice).

Per quanto riguarda la possibilità, prevista dal comma 4 dell'art. 23, relativo all'avviso sui risultati della procedura di affidamento, secondo cui talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro, possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, "in particolare agli interessi in materia di difesa e/o sicurezza", pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi, ritiene la Sezione che tale possibilità dovrebbe essere prevista e, quindi, far parte del contenuto del bando, ove non si sia fatto ricorso alla secretazione.

14) non vi sono particolari osservazioni da fare per quanto riguarda gli artt. 24, 25 e 26, concernenti, rispettivamente, le specifiche tecniche, le condizioni particolari di esecuzione del contratto e le informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni; mette conto soltanto di segnalare le innovazioni introdotte con il testo di recepimento della direttiva, costituite, per quanto riguarda le specifiche tecniche, dall'aver menzionato gli standard nazionali di difesa, nonché i materiali di difesa ad essi assimilabili tra i riferimenti per la formulazione di tali specifiche tecniche che devono comparire nella documentazione dell'appalto (art. 24), per quanto riguarda le condizioni particolari di esecuzione del contratto, dall'aver richiamato espressamente l'ipotesi del subappalto o quella relativa alla necessità di garantire la sicurezza delle informazioni classificate e la sicurezza dell'approvvigionamento, nonché l'aver previsto un'apposito parere dell'Autorità per la vigilanza sui contratti al fine di valutare la compatibilità delle condizioni particolari prescritte con il diritto comunitario (art. 25) e, per quanto riguarda le informazioni circa le esclusioni, l'aver aggiunto tra i motivi di esclusione oggetto di comunicazione da parte della stazione appaltante la non conformità delle offerte ai requisiti di sicurezza delle informazioni e di sicurezza dell'approvvigionamento.

15) Particolare menzione merita la disciplina relativa ai subappalti contenuta nel capo V, comprendente gli articoli da 27 a 30.

Il legislatore comunitario ha voluto tutelare gli interessi delle piccole e medie imprese attive nel mercato della difesa europeo, garantendo la concorrenza anche a livello di subfornitori; questi devono avere, dunque, uguali possibilità di partecipazione indipendentemente dalla

loro nazionalità (considerando 40).

L'operatore economico principale aggiudicatario dell'appalto (*prime contractor*), pur mantenendo la responsabilità integrale, rimane libero di affidare una o più parti dell'appalto a uno o più operatori esterni al contratto principale. Per arginare la discrezionalità dell'operatore principale nella scelta dei subfornitori, l'amministrazione aggiudicatrice, a garanzia della sicurezza nazionale, può imporre condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, in particolare può richiedere particolari garanzie sulle capacità di eventuali subfornitori.

Il principio di non discriminazione resta valido anche a livello di subappalto: come l'amministrazione aggiudicatrice non può individuare il soggetto cui concedere l'appalto basandosi su criteri direttamente o indirettamente riconducibili alla nazionalità, allo stesso modo l'operatore principale deve individuare gli eventuali subappaltatori senza discriminazioni fondate sulla nazionalità. Inoltre, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere che gli offerenti indichino nella candidatura le parti dell'appalto che intendono affidare a terzi, nonché i subappaltatori proposti; nel corso dell'appalto poi, l'aggiudicatario è tenuto a comunicare eventuali cambiamenti in relazione ai soggetti e all'oggetto dei subappalti concessi.

È, dunque, prevista la possibilità che sia la stessa stazione appaltante a richiedere che una parte dell'appalto, non superiore al 30% del valore del contratto, sia affidata dall'aggiudicatario a terzi.

In materia di pubblicità, l'operatore principale deve comunicare la propria intenzione di assegnare un subappalto. L'avviso di subappalto, redatto secondo i modelli della Commissione europea è pubblicato secondo le stesse disposizioni valide per i bandi (e, quindi, dovrà

contenere, fra l'altro, i dati "personali" dell'aggiudicatario principale, l'indicazione del luogo di esecuzione e di realizzazione dei lavori o di consegna dei prodotti o di prestazione dei servizi, l'indicazione della natura, della quantità e dell'entità dei lavori da effettuare e le caratteristiche generali dell'opera).

Nell'avviso di subappalto devono altresì essere indicati i criteri di selezione qualitativa che l'operatore principale intende applicare per la selezione dei subappaltatori. Tali criteri devono essere obiettivi, non discriminatori e coerenti con i criteri applicati dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione dei candidati nella gara principale (art. 30, comma 2).

Nel caso in cui nessuno dei subappaltatori candidati risulti idoneo a soddisfare i criteri indicati nell'avviso di subappalto, l'operatore principale non è tenuto a subappaltare (art. 27, comma 6).

Si ricorda che l'aggiudicatario del contratto principale rimane sempre responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice per quanto riguarda l'esecuzione del contratto stesso (art. 27, comma 8) e che le prestazioni che formano oggetto di subappalto non possono formare oggetto di ulteriore subappalto (art. 27, comma 2).

In sostanza, complessivamente intesa, anche la disciplina in materia di subappalto appare idonea a garantire, da un lato, la sicurezza delle informazioni e degli approvvigionamenti, dall'altro la concorrenza.

La politica introdotta dalla direttiva 2009/81/Ce con le disposizioni sui subappalti è da considerare una facoltà per gli Stati membri; questi, in fase di trasposizione della direttiva, rimangono liberi di non avvalersi della facoltà prevista. Ma nel momento in cui essi decidono di avvalersene, ne sono vincolati e devono adattare la propria normativa

interna in modo da garantire la concorrenza fra tutte le imprese comunitarie che desiderano partecipare ad una gara di subappalto.

16) in relazione al Titolo III dello schema di decreto legislativo, non vi sono, infine, particolari osservazioni da fare, sia per la parte concernente i contratti c.d. sotto soglia, che consta di un unico articolo (31), che, a sua volta, per quanto riguarda i lavori in economia, rinvia alla disciplina dei regolamenti ex art. 4.

17) per il titolo IV, concernente le norme di chiusura e comprendente gli articoli da 32 a 36, i quali prevedono la revisione periodica delle soglie (art. 32), le norme di modifica al codice, che si rendono necessarie a seguito del recepimento della direttiva 2009/81/CE (art. 33), le norme transitorie, in ordine alle quali si ribadisce quanto osservato nella parte generale del parere (art. 34), la c.d. clausola di invarianza finanziaria (art. 35) e, infine, l'entrata in vigore (art. 36).

Con le osservazioni sopra menzionate la Sezione esprime parere favorevole allo schema di decreto legislativo.

P.Q.M.

Esprime parere nei sensi di cui in parte motiva.

IL PRESIDENTE

Luigi Cossu



IL SEGRETARIO

Massimo Meli



