



L'approvvigionamento dei mezzi di difesa e sicurezza: tra la tutela della concorrenza e la salvaguardia dell'interesse nazionale

di Caterina Vinti

19 Giugno 2026

Abstract: Il contributo analizza il sistema degli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza, concentrandosi sul rapporto tra la disciplina generale dei contratti pubblici, le normative speciali di settore e le deroghe previste dal diritto dell'Unione europea. Particolare attenzione è dedicata alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 346 TFUE e alle criticità derivanti dal suo utilizzo per finalità esclusivamente nazionali, suscettibile di alimentare la frammentazione del mercato europeo della difesa. L'indagine evidenzia come il rafforzamento della difesa europea non possa essere perseguito esclusivamente attraverso l'applicazione delle regole concorrenziali, ma richieda una più intensa cooperazione tra gli Stati membri e un impiego delle deroghe in materia di sicurezza coerente con gli obiettivi strategici dell'Unione europea, quale presupposto per la costruzione di una difesa europea più integrata ed efficiente.

This article examines the public procurement framework in the defence and security sectors, focusing on the relationship between the general rules on public contracts, sector-specific regulatory regimes, and the derogations permitted under European Union law. Particular attention is devoted to the safeguard clause set out in Article 346 TFEU and to the challenges arising from its use in pursuit of national security interests, which may contribute to the fragmentation of the European defence market.

The article argues that strengthening European defence cannot be achieved through the application of competition rules alone, but requires deeper forms of cooperation among Member States and a use of security-related derogations that is consistent with the strategic objectives of the European Union, as a prerequisite for a more integrated and effective European defence framework.

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La disciplina del settore della difesa e della sicurezza nel Codice dei contratti pubblici. - 3. Le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici. - 3.1. I contratti di diritto internazionale nel settore della difesa e della sicurezza. - 3.2 I contratti secretati 3.3. L'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. - 3.4 I contratti misti. 4. Introduzione al decreto legislativo n. 208/2011, la direttiva 2009/81/CE. - 4.1. Il Decreto Legislativo n. 208 del 2011. - 5. Profili applicativi e criticità. - 5.1. Struttura gerarchica del Ministero della Difesa. - 5.2. Applicazioni pratiche delle procedure di gara nel contesto nazionale. 5.3. L'utilizzo della deroga ex art. 346 TFUE nel contesto nazionale. - 5.4. Riflessioni critiche sull'utilizzo dell'articolo 346 TFUE. - 6. Evoluzione virtuosa in corso. - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il tema dell'approvvigionamento dei mezzi di difesa e sicurezza si colloca in una zona di confine del diritto dei contratti pubblici, nella quale le esigenze di apertura del mercato e



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di tutela della concorrenza si confrontano costantemente con interessi di rango primario, quali la sicurezza nazionale, la protezione di informazioni sensibili e la salvaguardia di interessi strategici essenziali dello Stato. In questo ambito, il diritto non opera in condizioni ordinarie, ma è chiamato a misurarsi con un contesto strutturalmente eccezionale, che si discosta sensibilmente dalla logica degli appalti civili, assumendo una funzione di costante bilanciamento tra istanze economiche e imperativi strategici. Ne deriva uno spazio giuridico nel quale la disciplina degli appalti si intreccia in modo indissolubile con valutazioni di natura politica, industriale e strategica.

Muovendo da tali premesse, il presente contributo intende analizzare il *procurement* nel settore della difesa e della sicurezza non soltanto come costruzione normativa astratta, ma come sistema operativo concreto, nel quale le regole giuridiche trovano applicazione all'interno di un quadro caratterizzato da eccezionalità strutturale e da ampi margini di discrezionalità amministrativa. L'analisi prende le mosse dal contesto nazionale, che costituisce il primo livello di osservazione necessario per comprendere come il legislatore e le amministrazioni italiane abbiano cercato di governare la tensione tra concorrenza e sicurezza.

In questa prospettiva, particolare attenzione è dedicata alla ricostruzione delle discipline speciali applicabili agli appalti della difesa, con l'obiettivo di chiarire il rapporto tra il Codice dei contratti pubblici e i regimi derogatori previsti per questo settore. Un ruolo centrale è svolto, in tal senso, dal decreto legislativo n. 208/2011, attuativo della direttiva 2009/81/CE, che introduce un quadro regolatorio autonomo e più flessibile per i contratti nei settori della difesa e della sicurezza, modellato sulle specificità delle forniture militari e sulle esigenze di tutela degli interessi strategici dello Stato. L'esame di tale disciplina consente di mettere in luce come l'applicazione delle regole ordinarie del Codice assuma, in questo ambito, carattere residuale, lasciando spazio a procedure e strumenti pensati per rispondere a esigenze operative, tecnologiche e di sicurezza.

Accanto all'analisi del dato normativo, il contributo si propone di verificare come tali discipline vengano concretamente applicate nella prassi, evidenziando i margini di flessibilità riconosciuti alle amministrazioni della difesa e le conseguenze che tali scelte producono sul funzionamento del mercato e sugli equilibri industriali. In questo senso, il contesto nazionale diventa il terreno privilegiato per osservare come la concorrenza, pur non venendo completamente espunta, venga ricalibrata e adattata in funzione di obiettivi ulteriori rispetto alla mera efficienza economica.

All'interno di questo quadro, assume particolare rilievo il ricorso alla clausola di salvaguardia prevista dall'art. 346 TFUE, che rappresenta uno dei principali snodi attraverso cui si manifesta la tensione tra apertura del mercato e tutela degli interessi essenziali di sicurezza. Dopo aver ricostruito il contesto normativo e operativo in cui tale disposizione si inserisce, l'analisi conduce, nelle valutazioni finali, a una riflessione



critica sull'uso che ne viene fatto nell'esperienza nazionale, interrogandosi sulla sua effettiva funzione: se essa operi come strumento necessario e proporzionato di protezione degli interessi strategici, ovvero se rischi di tradursi in una deroga sistematica, capace di incidere negativamente sul processo di integrazione del mercato europeo della difesa.

2. La disciplina del settore della difesa e della sicurezza nel Codice dei contratti pubblici

Nel contesto dell'approvvigionamento dei mezzi di difesa a livello nazionale emergono molteplici discipline di rilievo pubblicistico, la cui compresenza impone un'attenta attività di coordinamento.

In via preliminare è d'uopo sottolineare che, al fine di reperire i mezzi necessari per la difesa dello Stato italiano, il legislatore ha previsto l'utilizzo dell'appalto pubblico e solo in via residuale lo strumento negoziale privatistico. Difatti la disciplina pubblicistica in linea generale ha la funzione di garantire la trasparenza delle operazioni, l'efficiente gestione dei fondi pubblici¹ e la tutela degli interessi strategici e della sicurezza nazionale, obiettivi che richiedono controlli e regolamentazioni specifiche.

Tuttavia, emerge chiaramente dal Codice dei contratti pubblici che l'applicazione delle disposizioni ivi contenute ha natura residuale (art 136, co. 1, d.lgs. n. 36/2023)².

Infatti, i contratti nel settore della difesa e della sicurezza sono disciplinati dal d.lgs. n. 36/2023 salvo che rientrino nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 208 del 2011 o che siano altresì esclusi dall'applicazione di tale decreto in virtù dell'art. 6 dello stesso.

Inoltre, è esclusa l'applicazione del Codice per gli appalti pubblici e per i concorsi di progettazione, qualora "la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante misure idonee e volte anche a proteggere la riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto" (art. 136, co. 2, d.lgs. n. 36/2023)³.

Infine, il terzo comma dell'art. 136 dispone che all'aggiudicazione di concessioni nei settori della difesa e della sicurezza, di cui al decreto legislativo n. 208 del 2011, si applica il Libro IV del codice fatta eccezione per le concessioni relative alle ipotesi alle quali non

¹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1995.

² Consiglio di Stato, relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", p. 184.

³ Con questa disposizione si dà attuazione all'art. 346 TFUE, par. 1, lett a), nella parte in cui prevede che "nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza". L'inserimento di tale previsione all'interno del Codice è volta ad assicurare agli Stati membri la possibilità di tutelare i propri interessi essenziali afferenti alla sicurezza dello Stato anche quando un determinato contratto non sia formalmente escluso dall'applicazione del Codice in virtù del primo comma dell'art. 136, d.lgs. n. 36/2023.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

si applica neanche il decreto legislativo n. 208 del 2011 in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

Rinviano la trattazione delle singole ipotesi d'esclusione, emerge *ictu oculi* che il Codice dei contratti pubblici trova applicazione unicamente laddove la specifica fattispecie contrattuale non risulti assoggettata a discipline speciali, in ossequio al principio secondo cui *lex specialis derogat legi generali*⁴.

Svolte queste premesse, è possibile rivolgere l'attenzione alla disciplina dettata dal Titolo V⁵ del Codice dei contratti pubblici, rubricato "I contratti nel settore della difesa e della sicurezza⁶; i contratti secretati" (artt. 136 e ss.), il quale, riorganizzato e coordinato con il d.lgs. n. 208/2011, introduce un'articolata regolamentazione volta a delineare un sistema delle commesse pubbliche in ambito militare più efficiente e flessibile⁷.

Come già evidenziato, i primi tre commi dell'art. 136 del Codice definiscono l'ambito di applicazione dello stesso, mettendone in luce la sua portata residuale, mentre i successivi commi dettano disposizioni particolari concernenti l'attività contrattuale dell'amministrazione.

⁴ M. S. GIANNINI, *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, Società editrice del Foro italiano, 1943.

⁵ Il nuovo Codice dei contratti pubblici non presenta sostanziali differenze, sotto il profilo contenutistico, rispetto alla disciplina relativa ai contratti nei settori della difesa e della sicurezza già prevista dal d.lgs. n. 50/2016. Tuttavia, è opportuno evidenziare come il legislatore abbia operato una significativa razionalizzazione della normativa codicistica, riunendo in un unico titolo – il Titolo V della Parte VII ("Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari") del Libro II dedicato all'appalto – sia la disciplina dei contratti nel settore della difesa e della sicurezza, sia quella relativa ai contratti secretati. Inoltre, il nuovo Codice prevede un titolo autonomo dedicato alla disciplina delle procedure contrattuali nei casi di somma urgenza e di protezione civile, con l'obiettivo di garantire una maggiore sistematicità e chiarezza dell'impianto normativo.

⁶ Sul nuovo Codice dei contratti pubblici si v., B. BRUNO, M. MARIANI, E. TOMA, (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 41 marzo 2023, n. 36*, Giappichelli editore - Torino, 2023; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici Prima e Dopo il Correttivo 2025*, 2025; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 10/2023; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, 07/10/2025; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, 2024; M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli editore – Torino, 04/2025; R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI, (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2024; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici con Formulario del Processo*, Neldiritto editore, 2024; C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2022; S. CIMINI E A. GIORDANO (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Esi, Napoli, 2025; R. VILLATA e M. ROMAJOLI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, 2025; O. CUTAJAR e A. MASSARI, *Il codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza e la prassi*, Maggioli, 2025.

⁷ Si veda in tal senso, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente», COM (2013) 542 final.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In primo luogo, il comma 4 prevede che a tali contratti si applichi l'Allegato II.20 al Codice, il quale, articolato in nove disposizioni dal contenuto eterogeneo, disciplina il regime speciale previsto per gli appalti in materia di difesa e sicurezza, dando attuazione all'articolo 136 del d.lgs. 36/2023 e adattando la disciplina generale dei contratti pubblici alle peculiari esigenze del settore⁸.

La *ratio* dell'Allegato risiede nella necessità di conciliare i principi di trasparenza, concorrenza e programmazione propri del Codice dei contratti con le esigenze di prontezza operativa, continuità logistica, sicurezza nazionale e tutela di informazioni sensibili che caratterizzano il settore della difesa.

Innanzitutto, l'Allegato introduce una disciplina specifica per i contratti misti, particolarmente frequenti nell'ambito militare, nei quali forniture ad alto contenuto tecnologico e lavori infrastrutturali risultano strettamente interconnessi; viene individuato un criterio di prevalenza dell'oggetto principale e si prevede, in casi complessi, la possibilità di affidare congiuntamente progettazione ed esecuzione all'aggiudicatario⁹.

Un ulteriore profilo centrale riguarda la programmazione, che viene resa più flessibile rispetto al regime ordinario. Sono previste ampie possibilità di modifica dei programmi in presenza di esigenze operative, emergenze o variazioni di priorità, nonché numerose ipotesi di esclusione dagli obblighi di programmazione per acquisti e lavori non prevedibili o contingenti, connessi alla prontezza e reattività dello strumento militare¹⁰.

L'Allegato disciplina, inoltre, i meccanismi di verifica della progettazione, prevedendo che possa svolgersi internamente dagli organismi tecnici militari¹¹, e amplia i casi in cui è consentito l'affidamento a un unico operatore mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, in presenza di ragioni tecnico-militari, esigenze di continuità logistica o tutela di diritti esclusivi, come nel caso della "Design Authority"¹².

⁸ Nel nuovo Codice dei contratti pubblici, il legislatore ha eliminato "dall'art. 136, in ossequio al criterio e al principio di delega del «perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse», la disciplina nazionale relativa alle procedure contrattuali del Ministero della Difesa, affidando in via transitoria, in attesa dell'adozione di un apposito regolamento da parte del Ministro della Difesa di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, all'allegato II.20 del Codice la regolazione dei contratti di cui al medesimo art. 136, nonché degli interventi da eseguire in Italia e all'estero per effetto di accordi internazionali, multilaterali o bilaterali, e anche dei lavori in economia eseguiti a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare per i quali non si applicano i limiti di importo di cui all'art. 14 del Codice [...]", (Cosi' V. ANTONELLI, *Titolo V-I contratti nel settore della difesa e della sicurezza; i contratti secretati (artt. 136-139)*, in M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Op. cit., pp. 1392-1393).

⁹ Art. 1, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁰ Art. 2, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹¹ Art. 3, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹² Art. 4, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.



Particolare attenzione è dedicata alla manutenzione, settore cruciale per la funzionalità dei sistemi e delle infrastrutture militari, per la quale si prevedono livelli progettuali semplificati e margini di deroga agli accordi quadro ordinari¹³. Viene inoltre disciplinata la possibilità di individuare enti esecutori del contratto all'interno dell'organizzazione militare, responsabili della verifica e dell'esecuzione delle prestazioni¹⁴.

Sul piano finanziario, sono previste regole speciali in materia di anticipazioni e pagamenti, con percentuali più elevate rispetto al regime ordinario, al fine di garantire rapidità negli approvvigionamenti strategici, anche all'estero¹⁵. Analogamente, per una serie ampia e dettagliata di acquisti sottosoglia funzionali alla continuità operativa, è consentito il ricorso a procedure semplificate e al criterio del minor prezzo¹⁶.

Infine, l'Allegato estende il regime derogatorio anche ai contratti stipulati dalla Difesa a supporto della Protezione civile in situazioni emergenziali, assicurando la massima rapidità di intervento¹⁷.

Nel complesso, dunque, l'Allegato II.20 introduce una disciplina speciale che, pur restando all'interno del Codice dei contratti pubblici, tiene conto delle particolari esigenze del settore difesa e sicurezza prevedendo procedure più flessibili a tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato.

Riprendendo l'esame dell'art. 136, il comma 4-bis, introdotto con il d.lgs. 209/2024¹⁸, stabilisce che, nella fase di esecuzione dei contratti nei settori della difesa e della sicurezza, non trova applicazione il quinto periodo del comma 2 dell'art. 119, ove è previsto che l'affidatario debba comunicare alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non costituiscono subappalti e che siano stipulati ai fini dell'esecuzione dell'appalto, il nominativo del subcontraente, l'importo del sub-contratto e l'oggetto dei lavori, dei servizi o delle forniture affidati.

Il comma 4-ter dell'art. 136 introduce una disciplina speciale in materia di incentivi alle funzioni tecniche per le amministrazioni della difesa e della sicurezza, chiarendo che gli stessi possono essere riconosciuti anche agli ufficiali superiori e agli ufficiali generali e gradi corrispondenti che svolgono le funzioni tecniche di cui all' Allegato I.10 (RUP, direzione lavori, collaudo, verifica della progettazione, etc.). La previsione deroga alla disciplina ordinaria (art. 45 d.lgs. n. 36/2023), che tende ad escludere le figure apicali dal beneficio, e rinviene la sua *ratio* nella particolare struttura gerarchica delle

¹³ Art. 5, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁴ Art. 6, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁵ Art. 7, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁶ Art. 8, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁷ Art. 9, Allegato II.20 all'art. 136 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁸ Il decreto legislativo n. 209 del 2024 ha introdotto una serie di modifiche al Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, intervenendo su diverse disposizioni al fine di aggiornarne e integrarne la disciplina.



amministrazioni militari e nella specificità del relativo trattamento retributivo del personale militare e assimilato, diverso da quello delle altre amministrazioni civili¹⁹. Infine, il comma 5 dell'art. 136 detta una disciplina specifica per gli acquisti eseguiti all'estero dall'amministrazione della difesa. In particolare, la norma riguarda i macchinari, gli strumenti e gli oggetti di precisione, che per le loro caratteristiche tecniche e per il grado di perfezione richiesto, possono essere reperiti esclusivamente presso operatori economici stranieri. In tali casi, il legislatore consente all'amministrazione di concedere anticipazioni sul prezzo contrattuale, entro il limite massimo di un terzo dell'importo complessivo, a condizione che il fornitore presti un'idonea garanzia. Il motivo di tale previsione si rinviene nella necessità di far fronte agli aspetti critici degli acquisti di armamenti all'estero da parte del Ministero della difesa: poiché il mercato degli armamenti è altamente specializzato, sono poche le imprese che possono rispondere alla domanda, dovendo garantire un alto contenuto tecnologico delle soluzioni proposte. Pertanto, in virtù delle difficoltà di approvvigionamento nazionale, talvolta si rende necessario il ricorso al mercato estero ove, considerata la complessità delle forniture richieste, la realizzazione delle stesse avviene solitamente dopo un ampio lasso di tempo. Per tali motivi, negli scambi internazionali si è sviluppata la prassi di corrispondere un'anticipazione del prezzo della fornitura, prassi successivamente recepita in Italia per il tramite della legge n. 3/2003²⁰.

3. Le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici

Esaurita la breve analisi della disciplina codicistica dei contratti nei settori della difesa e della sicurezza, può ora procedersi all'esame delle ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Come anticipato, anzitutto, il Codice dei contratti pubblici non si applica ai contratti della difesa e della sicurezza che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 208/2011²¹, adottato in recepimento della direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tale intervento normativo, come si avrà modo di illustrare nel paragrafo appositamente dedicato, è sorto per rispondere all'esigenza di creare un mercato europeo della difesa, volto ad aumentare il livello di concorrenza tra gli operatori economici, favorire l'acquisizione di prodotti tecnologicamente più avanzati a costi complessivamente inferiori e rafforzare la base industriale e tecnologica della difesa europea²².

¹⁹ Artt. 626 ss., d. lgs. n. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare).

²⁰ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Zanichelli, 2020, pp. 1698-1699.

²¹ Art. 136, co. 1 lett a), d.lgs. n. 136/2023.

²² N. DI LENNA, *La Direttiva europea sul procurement della difesa*, in *IAI Quaderni*, Roma, 2009, 33,



L'armonizzazione così realizzata ha, dunque, consentito di coordinare le politiche di sicurezza degli stati membri e, al contempo, di ridurre, oltre ai costi, anche l'impatto ambientale delle attività di difesa, contribuendo all'affermazione di un approccio globale dell'Unione europea alla sicurezza in un contesto strategico caratterizzato da una continua evoluzione²³.

In tale prospettiva, la direttiva e la relativa disciplina di recepimento hanno introdotto un quadro normativo volto a garantire l'effettività e la continuità degli approvvigionamenti dei mezzi militari, senza pregiudicare le esigenze di sicurezza connesse a tali operazioni e assicurando una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione, non prevista nell'ambito della disciplina ordinaria degli appalti pubblici²⁴.

Proprio tale specialità del regime giuridico introdotto rende necessario, al fine di coglierne la portata applicativa, soffermarsi preliminarmente sull'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 208/2011 al quale è rimessa la disciplina dei contratti esclusi dal Codice dei contratti pubblici.

Tale ambito applicativo è connesso, da un lato, alla difesa, intesa come l'approvvigionamento di materiali preordinati all'utilizzo quale arma, munizione o materiale bellico e, d'altro, alla sicurezza, riferita alla gestione di informazioni classificate oltre che all'esecuzione di lavori e servizi specificamente militari.

Nello specifico, il decreto legislativo n. 208/2011 disciplina i contratti nel campo della difesa e sicurezza, "[...] anche non militare, che hanno per oggetto²⁵:

- a) forniture di materiale militare e loro parti, di componenti o di sottoassiemi;
- b) forniture di materiale sensibile e loro parti, di componenti o di sottoassiemi;
- c) lavori, forniture e servizi direttamente correlati al materiale di cui alla lettera a), per ognuno e per tutti gli elementi del suo ciclo di vita;
- d) lavori, forniture e servizi direttamente correlati al materiale di cui alla lettera b), per ognuno e per tutti gli elementi del suo ciclo di vita;
- e) lavori e servizi per fini specificatamente militari;
- f) lavori e servizi sensibili".

La disposizione utilizza diverse nozioni tecniche la cui definizione si rinviene nell'art. 1 del medesimo decreto.

in *www.iai.it.*, pp. 45 ss.

²³ DE NICTOLIS R., *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, *Op. cit.*, pp. 1700 ss.

²⁴ L. R. A. BUTLER, M. TRYBUS, *The internal market and national security: Transposition, impact and reform of the EU Directive on Intra-Community Transfers of Defence Products*, in *Common Market Law Review*, 2017, pp. 403 ss.

²⁵ Art. 2, d. lgs. n. 208/201.



In particolare, per materiale militare si intende quel “materiale specificatamente progettato o adattato per fini militari e destinato ad essere impiegato come arma, munizioni o materiale bellico”;

il materiale, i lavori e i servizi sensibili, invece, corrispondono al “materiale, lavori e servizi destinati alla sicurezza che comportano, richiedono o contengono informazioni classificate²⁶ ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124 [n.d.r. sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica], del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 aprile 2008 [n.d.r. disciplina della classificazione delle informazioni] e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 giugno 2009, n. 7 [n.d.r. livelli di segretezza e relative misure di protezione]”; relativamente ai fini specificatamente militari, infine, la norma si riferisce ai lavori e ai servizi del Ministero della difesa, necessari per l'espletamento dell'attività operativa delle Forze armate, in Italia e all'estero, comprese l'attività logistica e l'attività addestrativa connesse a esigenze operative all'estero.

Da tale disamina ne consegue che, laddove ricorrano le fattispecie contrattuali richiamate, riconducibili all'ambito di applicazione del d.lgs. n. 208/2011, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad applicare la disciplina speciale ivi prevista, in luogo di quella ordinaria del Codice di contratti pubblici²⁷.

Volgendo ora l'attenzione alla seconda categoria di fattispecie escludenti, l'articolo 136, comma 1, lettera b), del d.lgs. 36/2023 dispone che la disciplina dei contratti pubblici non si applica ai contratti sottratti anche all'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 208 del 2011, in forza dell'articolo 6 di quest'ultimo²⁸. In tal modo, il legislatore individua un'area di esclusione “a doppio livello”, che ricomprende quei contratti che, per la loro natura o finalità, restano estranei sia al Codice dei contratti pubblici sia alla normativa speciale in materia di difesa e sicurezza²⁹.

²⁶ L'art 1, co. 1, lett. d) definisce le informazioni classificate come qualsiasi informazione o materiale, a prescindere da forma, natura o modalità di trasmissione, alla quale è stato attribuito un determinato livello di classificazione di sicurezza o un livello di protezione e che, nell'interesse della sicurezza nazionale e ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124, concernente il sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 8 aprile 2008 e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 giugno 2009, n. 7, richieda protezione contro appropriazione indebita, distruzione, rimozione, divulgazione, perdita o accesso da parte di un soggetto non autorizzato o contro qualsiasi altro tipo di pregiudizio;

²⁷ *Ratione personae*, la direttiva 2009/81/CE trova applicazione anche nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione militare che intrattengono rapporti stabili e continuativi con la stessa, quali le imprese operanti nel settore della sicurezza e le industrie attive nella produzione di armamenti (in tal senso si v. L. SAMMARTINO, *I contratti di vendita internazionale di armamenti: questioni di diritto applicabile*, in *Diritto del commercio internazionale*, Anno XXXVII Fasc. 1 – 2023).

²⁸ Art. 136, co. 1 lett b), d.lgs. n. 136/2023.

²⁹ Cfr. M. A. SANDULLI, *Sull'applicazione del Codice contratti pubblici. Parte I: ulteriori profili di compatibilità comunitaria della disciplina interna sui contratti pubblici*, in *Foro amm.-TAR.*, 2008, pp. 91 ss.; ID., *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, pp. 77 ss.



In particolare, l'articolo 6 del d.lgs. n. 208/2011 stabilisce che il decreto non trova applicazione nelle seguenti ipotesi:

in primo luogo, non si applica ai contratti disciplinati da:

- a) norme procedurali specifiche in base a 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;
- b) norme procedurali specifiche in base a un accordo o intesa internazionale conclusi in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernenti imprese stabilite nello Stato italiano o in un Paese terzo;
- c) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità; non si applica altresì a contratti che devono essere aggiudicati da una stazione appaltante appartenente allo Stato italiano in conformità a tali norme.

Si tratta di ipotesi di esclusione in parte già previste dal Codice dei contratti pubblici, in particolare dall'art. 138, con la differenza che, mentre il decreto si riferisce solo agli appalti di lavori, servizi e forniture³⁰, il Codice ricomprende anche i concorsi di progettazione e le concessioni³¹.

³⁰ In ambito eurounitario, la normativa in materia di appalti pubblici contempla specifiche ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione delle direttive di settore, con particolare riferimento agli appalti pubblici aggiudicati e ai concorsi di progettazione organizzati sulla base di norme internazionali. In particolare, l'art. 9 della dir. 2014/24/UE individua, ai parr. 1, 2 e 3, una serie di casi in cui la direttiva non trova applicazione, con riferimento agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati sulla base di norme internazionali, di accordi o intese conclusi tra Stati membri e Paesi terzi ovvero di regole dettate da organizzazioni o istituzioni internazionali di finanziamento, nonché agli appalti concernenti profili di difesa e sicurezza, per i quali opera il rinvio all'art. 17 della medesima direttiva. Analoghe previsioni sono contenute nell'art. 27 della dir. 2014/25/UE, il quale, con specifico riferimento ai settori speciali e, in particolare, a quello della difesa e della sicurezza, sancisce l'inapplicabilità della direttiva alle procedure d'appalto disciplinate da accordi o intese internazionali ovvero da norme di organizzazioni o istituzioni internazionali di finanziamento, prevedendo altresì, in caso di cofinanziamento, la necessità di un accordo tra le parti sulle procedure di aggiudicazione applicabili.

³¹ In materia di concessioni, il considerando n. 42, della direttiva 2014/23/UE stabilisce che "[...] la presente direttiva non si applica all'aggiudicazione di concessioni effettuata da organizzazioni internazionali a proprio nome e per proprio conto. È tuttavia opportuno precisare in che misura la presente direttiva debba applicarsi alle aggiudicazioni di concessioni disciplinate da specifiche norme internazionali". Inoltre, l'art. 10 della direttiva 2014/23/UE, al paragrafo 4, stabilisce che la direttiva non si applica alle concessioni che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore è tenuto ad aggiudicare o a organizzare nel rispetto di procedure diverse da quelle in essa previste e stabilite secondo specifiche modalità. In particolare, l'esclusione opera quando le procedure derivano da uno strumento giuridico che crea obblighi internazionali di diritto, quale un accordo internazionale concluso in conformità al TFUE tra uno Stato membro e uno o più Paesi terzi o relative articolazioni, avente ad oggetto lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione o alla gestione congiunta di un progetto da parte dei relativi firmatari, ovvero quando esse sono stabilite da un'organizzazione internazionale. La direttiva non si applica, altresì, alle concessioni che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aggiudica sulla base di norme in materia di appalti pubblici previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, qualora le concessioni siano interamente finanziate da tale organizzazione o istituzione. Nel caso di concessioni prevalentemente cofinanziate da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, è previsto che le parti si accordino sulle procedure di gara applicabili.



In secondo luogo, il presente decreto non si applica altresì ai seguenti casi:

- a) ai contratti nel settore della difesa, relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico di cui all'elenco adottato dal Consiglio della Comunità europea con la decisione 255/58, che siano destinati a fini specificatamente militari³² e per i quali lo Stato ritiene di adottare misure necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza;
- b) ai contratti per i quali l'applicazione delle disposizioni del presente decreto obbligherebbe lo Stato italiano a fornire informazioni la cui divulgazione è considerata contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza, previa adozione del provvedimento di segretezza³³.
- c) ai contratti per attività d'intelligence;
- d) ai contratti aggiudicati nel quadro di un programma di cooperazione basato su ricerca e sviluppo, condotto congiuntamente dall'Italia e almeno uno Stato membro per lo sviluppo di un nuovo prodotto e, ove possibile, nelle fasi successive di tutto o parte del ciclo di vita di tale prodotto. Dopo la conclusione di un siffatto programma di cooperazione unicamente tra l'Italia e uno o altri Stati membri, gli stessi comunicano alla Commissione europea l'incidenza della quota di ricerca e sviluppo in relazione al costo globale del programma, l'accordo di ripartizione dei costi nonché, se del caso, la quota ipotizzata di acquisti per ciascuno Stato membro;
- e) ai contratti aggiudicati in un paese terzo, anche per commesse civili, quando le forze operano al di fuori del territorio dell'Unione, se le esigenze operative richiedono che siano conclusi con operatori economici localizzati nell'area delle operazioni; a tal fine sono considerate commesse civili i contratti diversi da quelli di cui all'articolo 2;

³² Sul requisito del fine specificamente militare è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione, 08/04/2008, causa C-337/05) la quale ha condannato l'Italia per aver affidato ripetutamente in via diretta alla società Augusta un appalto relativo all'acquisto di elicotteri destinati a un impiego sia civile sia militare. La Corte ha rilevato che, nel caso di specie, la destinazione civile dei velivoli risultava certa e prevalente, mentre quella militare era soltanto eventuale, escludendo così la possibilità di giustificare l'affidamento diretto sulla base della deroga connessa a finalità specificamente militari. Sulla questione si era precedentemente espresso nello stesso senso il Tar Lazio, Roma, sez. 1, 19/11/2004, n. 13609, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ In dottrina è stato rilevato come l'impostazione tradizionalmente derogatoria in materia di appalti nel settore della difesa sia stata preservata anche nell'ordinamento europeo. Tale impostazione, cui si riconducono le esclusioni previste alle lettere a) e b) dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 208/2011, trova riscontro tanto nei Trattati istitutivi delle tre Comunità originarie quanto nell'attuale assetto del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale individua nell'art. 346 TFUE (già art. 296 del Trattato CE) la disposizione generale che consacra l'eccezione fondata sulle esigenze di sicurezza nazionale, riproducendone fedelmente la logica (in tal senso si v. D. SABATINO, *Contratti della difesa e contratti segreti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretta da M. A. SANDULLI M. A. E R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, pp. 930-931).



- f) ai contratti di servizi aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;
- g) ai contratti aggiudicati dal governo italiano a un altro governo³⁴ e concernenti:
- 1) la fornitura di materiale militare o di materiale sensibile;
 - 2) lavori e servizi direttamente collegati a tale materiale;
 - 3) lavori e servizi per fini specificatamente militari, o lavori e servizi sensibili;
- h) ai servizi di arbitrato e di conciliazione;
- i) ai servizi finanziari, ad eccezione dei servizi assicurativi;
- l) ai contratti d'impiego;
- m) ai servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui benefici appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

Il terzo comma dell'articolo 6, d.lgs. n. 208/2011 precisa, infine, che le richiamate ipotesi di esclusione non possono essere strumentalmente invocate al fine di eludere l'applicazione delle disposizioni in materia di appalti nei settori della difesa e della sicurezza previste dal medesimo decreto.

È d'uopo mettere in luce come, l'esistenza stessa dell'art. 6 dimostri che la condivisione di un testo normativo europeo in materia di appalti nei settori della difesa e della sicurezza abbia potuto realizzarsi solo attraverso la previsione di un'ampia e articolata serie di esclusioni dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 208/2011. Quest'ultimo, riproducendo puntualmente le corrispondenti disposizioni della dir. 2009/81/CE (della quale si darà più ampio conto in seguito), evidenzia infatti che l'accordo tra gli Stati membri è stato raggiunto subordinatamente alla sottrazione di ampie porzioni della programmazione nazionale all'efficacia delle regole comuni³⁵.

La terza fattispecie di esclusione prevista dall'art. 136 è contenuta nel comma 2, il quale stabilisce che il Codice dei contratti pubblici non si applica quando, con riferimento ad appalti pubblici o concorsi di progettazione, la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante misure idonee, anche volte a proteggere la riservatezza delle informazioni rese disponibili nell'ambito della procedura di aggiudicazione.

³⁴ Sulla conclusione di tali contratti sono fornite indicazioni nella comunicazione della Commissione europea del 12 dicembre 2016, contenente "*Orientamenti relativi all'aggiudicazione di appalti da governo a governo nei settori della difesa e della sicurezza [articolo 13, lettera f), della direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio]*".

³⁵ D. VESE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza*, in *amministr@tivamente*, fasc. n. 1-2/2018, p. 12.



La disposizione introduce una clausola di salvaguardia di natura sostanziale: l'esclusione non dipende semplicemente dalla natura del contratto, ma dall'impossibilità concreta di assicurare, attraverso gli strumenti ordinari previsti dal Codice, un adeguato livello di protezione degli interessi di sicurezza. Ne consegue che l'amministrazione è chiamata a effettuare una valutazione puntuale e motivata, dimostrando che l'applicazione delle regole ordinarie comprometterebbe effettivamente tali interessi.

La norma si collega direttamente all'art. 346 TFUE, che costituisce il fondamento europeo di tali deroghe e sul quale ci si soffermerà diffusamente nel prosieguo dell'analisi.

Le ulteriori ipotesi di esclusione, pur non essendo espressamente previste dall'art. 136, risultano ad esso strettamente collegate in quanto attengono alla medesima materia della difesa e sicurezza e alla tutela degli interessi essenziali dello Stato. Esse sono disciplinate da disposizioni successive del Codice e da fonti sovraordinate e riguardano, in particolare, i contratti regolati dal diritto internazionale, i contratti secretati e la clausola comunitaria di deroga al diritto degli appalti pubblici, prevista dall'art. 346 TFUE.

Nel prosieguo si procederà quindi all'analisi distinta di ciascuna di tali fattispecie, al fine di chiarirne ambito, presupposti e limiti applicativi. In conclusione, sarà esaminato il necessario coordinamento tra queste diverse ipotesi di esclusione (e il Codice) alla luce della disciplina dei contratti misti di cui all'art. 137 del d.lgs. 36/2023, che individua i criteri per determinare quale regime normativo debba trovare applicazione nei casi in cui coesistano elementi riconducibili a discipline differenti.

3.1. I contratti di diritto internazionale nel settore della difesa e della sicurezza

Come anticipato, l'art. 138 del d.lgs. 36/2023 individua un'ulteriore ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, relativa ai contratti di diritto internazionale nei settori della difesa e della sicurezza.

In particolare, la disciplina del Codice non si applica agli appalti pubblici, ai concorsi di progettazione e alle concessioni in materia di difesa o di sicurezza di cui al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, che siano regolati da³⁶:

a) norme procedurali specifiche previste da un accordo o un'intesa internazionale conclusi, in conformità ai trattati dell'Unione europea, tra lo Stato e uno o più Paesi terzi (o loro articolazioni), qualora tali accordi riguardino lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione o gestione comune di un progetto; in tali casi, gli accordi devono essere comunicati alla Commissione europea³⁷;

³⁶ Art. 138, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

³⁷ Art. 138, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.



- b) norme procedurali specifiche contenute in un accordo o in un'intesa internazionale connesse alla presenza di truppe di stanza e riguardanti imprese di uno Stato membro o di un Paese terzo³⁸;
- c) norme procedurali specifiche proprie di un'organizzazione internazionale, nel caso di appalti;
- d) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità, ovvero nel caso di concessioni che devono essere aggiudicate da uno Stato membro in conformità a tali norme.

Il comma 3 del medesimo articolo prevede, inoltre, che il Codice non si applichi agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione in materia di difesa o sicurezza aggiudicati sulla base delle regole di un'organizzazione internazionale o di un'istituzione internazionale di finanziamento, quando tali procedure siano integralmente finanziate dalla medesima organizzazione o istituzione. Qualora, invece, il finanziamento sia solo prevalente, le parti sono tenute a concordare le procedure di aggiudicazione da applicare. Le ipotesi di cui al comma 1, lettere a) e b), riguardano principalmente contratti aggiudicati nell'ambito di forme di cooperazione internazionale con Paesi terzi rispetto all'Unione europea, spesso nel contesto di iniziative multilaterali, prevalentemente in ambito NATO, nonché contratti funzionali alla fornitura di beni e servizi alle Forze armate italiane impegnate in operazioni militari o missioni internazionali autorizzate.

Le fattispecie di cui al comma 1, lettere c) e d), nonché al comma 3, si fondano invece sull'applicazione di norme proprie di organizzazioni internazionali o di istituzioni finanziarie internazionali, le cui regole procedurali prevalgono sulla disciplina nazionale in ragione del quadro convenzionale o finanziario di riferimento.

Nel complesso, l'art. 138 esprime il principio secondo cui, nei casi in cui l'affidamento si inserisca in un contesto giuridico internazionale strutturato e regolato da norme proprie, la disciplina nazionale degli appalti deve cedere il passo, al fine di garantire coerenza con

³⁸ Affinché tali appalti possano essere sottratti all'applicazione del diritto comunitario, è necessario che ricorrano specifici presupposti. In primo luogo, l'accordo internazionale deve prevedere la presenza di truppe italiane stanziate all'estero; la nozione di accordo internazionale deve inoltre essere intesa in senso ampio, ricomprendendo anche le risoluzioni delle Nazioni Unite relative all'invio di contingenti militari nell'ambito di missioni internazionali di pace.

In secondo luogo, l'accordo in questione deve contemplare la possibilità di realizzare interventi mediante lavori, servizi e forniture affidati a imprese dello Stato membro o del Paese terzo nel cui territorio tali interventi vengono effettuati.

Con riferimento alla disciplina applicabile, tali contratti esulano dalla nozione di appalto di opere pubbliche in senso stretto, poiché le opere realizzate non sono destinate a soddisfare un'esigenza di un'amministrazione italiana, ma entrano a far parte del patrimonio di un soggetto straniero, (Così, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, *Op.cit.*, pp. 1694 - 1695).



gli obblighi internazionali assunti dallo Stato e con le regole del sistema di cooperazione di riferimento³⁹.

Tale impostazione trova riscontro anche a livello comunitario, in quanto l'art. 138 si pone in attuazione delle disposizioni contenute negli artt. 17 della direttiva 2014/24/CE, 27 della direttiva 2014/25/CE e 10, par. 5 della direttiva 2014/23/CE.

3.2. I contratti secretati

A chiusura dell'esame delle ipotesi di esclusione⁴⁰ dalla disciplina del Codice dei contratti pubblici, merita infine attenzione l'ultimo ambito disciplinare preso in considerazione⁴¹, ossia il campo dei contratti secretati, di cui all'art. 139, d.lgs. n. 36/2023.

La norma stabilisce che le stazioni appaltanti possono derogare alle procedure di affidamento⁴², qualora sia affidato un contratto al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza (art. 139, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 36/2023) o la cui esecuzione necessita di essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (art. 139, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 36/2023).

L'ambito dei contratti secretati non è limitato al settore della difesa, ma è esteso a tutte le amministrazioni se vi sono esigenze di segretezza prescritte; in particolare, la l. n. 124 del 2007 (sul "*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*") indica una gradazione delle classifiche di segretezza nel seguente ordine: segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato, specificando che tali classifiche sono attribuite sulla base dei criteri ordinariamente seguiti nelle relazioni internazionali⁴³.

Pertanto, per poter legittimamente derogare alle procedure di affidamento, ai sensi del comma 1, lettera a), la stazione appaltante deve attribuire la classifica di segretezza, come previsto dall'art. 42, l. n. 124/2007, dando conto in apposito provvedimento motivato delle cause specifiche che giustificano la stipulazione di un contratto secretato, con

³⁹ Artt. 11 e 117, co. 1, Cost.

⁴⁰ I contratti secretati non rientrano più, a differenza di quanto previsto dalla disciplina del 2006, tra i contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del Codice; pertanto, il riferimento all'"esclusione" deve essere inteso, in questo contesto, non in senso tecnico.

⁴¹ Nel settore dei contratti della difesa e della sicurezza, si rinvengono quattro ambiti disciplinari: i contratti disciplinati dal Codice degli appalti, i contratti soggetti al regime del d.lgs. n. 208/2011, i contratti sottoposti alla normativa internazionale e infine i contratti secretati di cui all'art. 139, d.lgs. n. 36/2023 (così R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici con Formulario del Processo*, Op. cit., pp. 682 ss.).

⁴² La formulazione ampia della disposizione consente il ricorso a procedure di affidamento diverse da quelle previste dal Codice, diversamente da quanto stabilito dal Codice del 2006, dal cui tenore emergeva la possibilità di derogare alle sole regole di pubblicità, ma non anche a quelle relative alle procedure di affidamento (così R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Op. cit., p. 1683).

⁴³ Art. 42, co. 3, l. n. 124/2007.



particolare riguardo ai presupposti previsti per ciascuna classifica. Ai fini, invece, della deroga di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti devono indicare, sempre con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento, precisando le cause che esigono tali misure. Infatti, la motivazione deve essere formulata caso per caso, non potendo le amministrazioni procedere alla segretazione in modo generalizzato o per intere categorie di materie.

Inoltre, su tali provvedimenti motivati la Corte dei conti esercita un controllo preventivo ai sensi del comma 5 del presente articolo, in quanto la segretazione deve essere disposta già nella fase di programmazione e, pertanto, prima dell'avvio del procedimento di aggiudicazione⁴⁴.

La deroga prevista, non escludendo l'applicazione del Codice, non ricomprende i requisiti soggettivi ed i requisiti di qualificazione (art 139, comma 3, d.lgs. n. 36/2023); pertanto i contratti secretati devono essere eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal Codice (sia quelli generali che quelli di qualificazione) e, in aggiunta, del nulla osta di sicurezza di cui all'articolo 42, comma 1-bis, l. 3 agosto 2007, n. 124.

Il nulla osta di sicurezza (NOS) consiste nel provvedimento amministrativo con cui l'Autorità nazionale per la sicurezza, nell'ambito del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, attesta l'affidabilità di una persona fisica o giuridica ai fini dell'accesso, del trattamento o della custodia di informazioni, documenti o materiali classificati.

Il rilascio del NOS presuppone una valutazione preventiva volta ad accertare l'assenza di elementi di rischio per la sicurezza dello Stato e costituisce condizione necessaria per operare in contesti, quali i contratti secretati in materia di difesa e sicurezza, che comportino la gestione di informazioni soggette a classifica di segretezza.

Dunque, ai sensi e nei limiti di cui al suddetto articolo, il NOS occorre per le informazioni classificate come segretissime, segrete e riservatissime (ma non per quelle riservate) ed è richiesto per l'esecuzione dell'appalto (e per tutta la sua durata), non potendo, tuttavia, essere richiesto tra i requisiti necessari per la partecipazione alla gara d'appalto⁴⁵.

⁴⁴ Cfr., V. ANTONELLI, *Titolo V-I contratti nel settore della difesa e della sicurezza; i contratti secretati (artt. 136-139)*, *Op. cit.*, p. 1402.

⁴⁵ La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che il possesso del NOS non costituisca né un requisito generale di partecipazione alle gare d'appalto né un requisito tecnico; di conseguenza, la sua eventuale assenza non incide sull'aggiudicazione della gara, ma rileva esclusivamente nella fase di esecuzione del contratto (Cfr. in tal senso, Cons. St., sez. IV, 14/03/2016, n. 991; Cons. St., sez. IV, 21/12/2012, n. 6658).



Il Codice prescrive che l'affidamento dei contratti disciplinati dal presente articolo avvenga mediante l'esperimento di una gara informale⁴⁶, alla quale devono essere invitati almeno cinque operatori economici, purché sussistano in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che il confronto con una pluralità di operatori risulti compatibile con le esigenze di segretezza e di sicurezza⁴⁷.

Dalla disposizione emerge che la gara non è disciplinata nel dettaglio, proprio in virtù delle esigenze di segretezza e sicurezza, e pertanto deve essere regolata caso per caso dalle stazioni appaltanti; è invece regolata la previa ricerca di mercato delle imprese idonee ad eseguire questa tipologia di contratti ed è prevista la trasmissione della lettera di invito agli operatori individuati con l'indicazione di presentare un'offerta.

Relativamente alla compatibilità della negoziazione con le esigenze di sicurezza e segretezza, può affermarsi che, da un lato, la gara informale può svolgersi anche in presenza di un numero di operatori inferiore a cinque e, dall'altro lato, che, se vi è un numero pari o superiore a cinque operatori, non è necessario svolgere una gara vera e propria ma è sufficiente la gara informale con invito oppure è altresì consentito procedere mediante l'invio di inviti distinti e lo svolgimento di negoziazioni separate con ciascun operatore economico, al fine di assicurare la riservatezza della procedura ed evitare contatti tra i concorrenti. Inoltre, negli inviti le stazioni appaltanti possono omettere di indicare i requisiti operativi dei prodotti richiesti, invitando singolarmente gli operatori economici per illustrare loro il contenuto degli stessi. Qualora si proceda a negoziazioni distinte con i singoli operatori economici, resta imprescindibile l'esigenza di assicurare il rispetto della *par condicio competitorum*, nonché di definire e rendere noto *ex ante* l'iter procedurale applicabile.

Infine, va segnalato che i prevalenti orientamenti giurisprudenziali in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta ritengono che, con riferimento ai contratti secretati, tale verifica non sia obbligatoria, essendo rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante e risultando sindacabile solo in presenza di vizi macroscopici (Cons. St., Sez. V, n. 4586 del 1° ottobre 2015; Id., n. 2752 del 27 maggio 2014; Id., Sez. IV, n. 3059 del 4 giugno 2013)⁴⁸.

In conclusione, il comma 5 dell'art. 138 attribuisce alla Corte dei conti, per il tramite della Sezione centrale per il controllo dei contratti secretati, una pluralità di funzioni di vigilanza⁴⁹. In particolare, come già anticipato, essa esercita il controllo preventivo sui

⁴⁶ Il previo esperimento della gara informale è volto a garantire il rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, anche in presenza di esigenze di segretezza e riservatezza.

⁴⁷ Art. 139, co. 4, d.lgs. n. 36/2023.

⁴⁸ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, *Op. cit.*, p. 1686.

⁴⁹ La legge 7 gennaio 2026, n. 1 introduce una riforma organica della Corte dei conti, intervenendo sulla disciplina della giurisdizione, del controllo e della responsabilità amministrativa mediante modifiche alla



provvedimenti motivati di cui al comma 2, nonché il controllo preventivo di legittimità e di regolarità sui contratti disciplinati dal presente articolo. A tali competenze si affianca, inoltre, il controllo successivo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione, garantendo in tal modo un controllo da parte della Corte dei conti sull'intero ciclo contrattuale: dall'affidamento alla sua esecuzione⁵⁰. Dell'attività svolta è dato conto annualmente mediante una relazione da trasmettere, entro il 30 giugno di ciascun anno, al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR).

Infine, è opportuno segnalare che sui contratti secretati esercita un ruolo di vigilanza anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). In particolare, ai sensi dell'art. 222, comma 3, lett. a), l'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali, nonché sui contratti secretati o che richiedono particolari misure di sicurezza e su quelli esclusi dall'ambito di applicazione del Codice. Ne consegue che i contratti secretati risultano assoggettati a un duplice controllo, l'uno esercitato dalla Corte dei Conti e l'altro dall'ANAC⁵¹.

3.3. L'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

Infine, l'ultima fattispecie di esclusione dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici trova fondamento in una clausola di origine europea posta a tutela degli interessi essenziali di sicurezza degli Stati membri.

Questa viene considerata una *fundamental exception* poiché permette agli Stati membri di derogare l'intero *corpus* di norme dell'Unione europea ogniqualvolta la loro applicazione rischi di indebolire la sicurezza degli Stati stessi⁵².

Essa trova, infatti, giustificazione nell'esigenza di bilanciare gli interessi dell'Unione, e in particolare quelli connessi al corretto funzionamento del mercato interno, con le esigenze di tutela della sicurezza nazionale degli Stati membri⁵³.

In particolare, occorre richiamare l'art 346 TFUE (ex articolo 296 del TCE), il quale stabilisce che

a) nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza;

legge n. 20 del 1994 e al decreto legislativo n. 174 del 2016 (Codice della giustizia contabile); in particolare, essa prevede nuove disposizioni in materia di funzioni di controllo, rafforzandone l'estensione e l'incisività.

⁵⁰ Così, V. ANTONELLI, *Titolo V-I contratti nel settore della difesa e della sicurezza; i contratti secretati (artt. 136-139)*, *Op. cit.*, p. 1412.

⁵¹ Sulle interazioni tra i poteri e sui rispettivi ambiti di operatività cfr. V. ANTONELLI, *Titolo V-I contratti nel settore della difesa e della sicurezza; i contratti secretati (artt. 136-139)*, *Op. cit.*, p. 1414.

⁵² M. ANZALDI, *Il defence procurement europeo alla luce del nuovo scenario geopolitico*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 2, 2022, p. 3.

⁵³ E. AALTO, *Interpretations of article 296*, in D. KEOHANE (ed), *Towards a European Defence Market*, Parigi, 2008.



b) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari. In tale prospettiva, il paragrafo 2 del medesimo articolo prevede che il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, possa apportare modificazioni all'elenco dei prodotti, stabilito il 15 aprile 1958, cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b). Dunque, ai fini dell'individuazione dei prodotti destinati a fini specificamente militari, la disposizione rinvia all'elenco adottato dal Consiglio con decisione del 5 aprile 1958, n. 255 1, lettera b)⁵⁴.

Con riferimento al paragrafo 1, lett. a) dell'art. 346 TFUE la disposizione ha ad oggetto i contratti secretati, disciplinati dall'art 15, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2014/24/CE e dall'art. 24, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2014/25/CE. Ne consegue che, in presenza di un segreto militare le norme dei Trattati possono essere derogate e che, correlativamente, le richiamate direttive non trovano applicazione nei casi in cui la loro osservanza determinerebbe la divulgazione di informazioni idonee a pregiudicare gli interessi essenziali della sicurezza di uno Stato⁵⁵, impedendo così di garantire la riservatezza dei dati messi a disposizione dalle amministrazioni aggiudicatrici nel corso di una procedura di aggiudicazione.

⁵⁴ Tra i diversi autori, R. PALLADINO ha chiarito come il regime derogatorio previsto dall'art. 346 TFUE sia sottoposto a una serie di limiti volti a prevenire un uso abusivo della deroga. È stato evidenziato, in particolare, che l'art 347 TFUE introduce un meccanismo di consultazione politica tra gli Stati membri, finalizzato ad evitare ripercussioni sul funzionamento del mercato interno, mentre l'art. 348 TFUE prevede una consultazione con la Commissione qualora le misure adottate incidano sulle condizioni di concorrenza, nonché la possibilità di un ricorso alla Corte di Giustizia in caso di presunto abuso.

⁵⁵ Sebbene la giurisprudenza non abbia fornito una definizione puntuale della nozione di "interessi essenziali di sicurezza" di cui all'art. 346, par. 1, lett. a), TFUE, la Commissione, nella comunicazione interpretativa del 2006 sull'applicazione dell'art. 296 TCE, ha chiarito che essa presenta una portata significativamente più ampia rispetto a quella prevista dalla lettera b) della medesima disposizione, non essendo limitata alla produzione o al commercio di beni militari. In ragione della formulazione generale della norma, tale nozione si estende oltre il solo ambito della difesa, ricomprendendo un più ampio insieme di interessi connessi alla sicurezza. Questa interpretazione estensiva è stata confermata dalla Corte di giustizia nella causa *Commissione c. Austria* (sent. 20/03/2018, C-187/16, EU:C:2018:194, punto 72). Sul piano nazionale il Cons. St., Sez IV, 10/06/2005, n. 3068, ha chiarito che la disposizione dell'Articolo 346 TFUE è giustificata dall'esigenza di garantire agli Stati membri il libero e sovrano esercizio dei poteri connessi alla difesa dell'integrità territoriale e alla tutela della sicurezza interna. Essa riconosce agli Stati la possibilità di disciplinare autonomamente le misure necessarie a proteggere la comunità amministrata, salvaguardando la pienezza della sovranità nazionale in un ambito non trasferito alle competenze dell'Unione. Ne deriva che il principio di concorrenza non ha carattere assoluto, ma può recedere quando la tutela di interessi ritenuti preminenti, quali la difesa e la sicurezza dello Stato, richieda l'esclusione di determinate attività dalle procedure competitive degli appalti pubblici.



Il paragrafo 1, lett. b) dell'art. 346 TFUE concerne, più in particolare, gli appalti relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, di cui all'elenco adottato dal Consiglio della Comunità europea con la decisione 255/58, destinati a fini specificatamente militari.

Per tale tipologia di appalti, la disposizione consente agli Stati membri di adottare misure ritenute necessarie alla tutela dei propri interessi essenziali di sicurezza, purché riguardino prodotti destinati a fini specificatamente militari⁵⁶ e non comportino un'alterazione delle condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificatamente militari⁵⁷. Ciò comporta che, con riferimento al materiale militare in senso stretto, gli Stati membri possono avvalersi della deroga adottando le misure ritenute necessarie alla tutela dei propri interessi essenziali di sicurezza. Diversamente, per i prodotti *dual use* — ossia prodotti caratterizzati da un elevato livello tecnologico che, sebbene concepiti principalmente per finalità civili, possono essere impiegati anche per scopi militari⁵⁸ — tali misure non devono incidere sulle condizioni di concorrenza tra gli Stati membri⁵⁹, trattandosi di beni che non sono destinati, in via originaria, a fini esclusivamente militari⁶⁰.

In conclusione, dalla disposizione appare evidente che tale deroga dovrebbe essere utilizzata esclusivamente per garantire la riservatezza e la sicurezza degli approvvigionamenti militari, dovendo gli Stati membri applicarla solo nei casi

⁵⁶ Sul requisito del fine specificatamente militare è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione, 08/04/2008, causa C-337/05) la quale ha condannato l'Italia per aver affidato ripetutamente in via diretta alla società Augusta un appalto relativo all'acquisto di elicotteri destinati a un impiego sia civile sia militare. La Corte ha rilevato che, nel caso di specie, la destinazione civile dei velivoli risultava certa e prevalente, mentre quella militare era soltanto eventuale, escludendo così la possibilità di giustificare l'affidamento diretto sulla base della deroga connessa a finalità specificatamente militari.

⁵⁷ La Corte di giustizia ha chiarito che, ai fini dell'applicazione della deroga ex art. 346, par. 1, lett. b), TFUE, non basta che un prodotto sia incluso nell'elenco del 1958: è necessario che esso sia destinato a un uso specificatamente militare sia sotto il profilo soggettivo sia, soprattutto, oggettivo. In particolare, per i beni *dual use*, l'uso militare deve emergere dalle caratteristiche intrinseche del prodotto, risultanti da una progettazione o modifica specificatamente orientata a finalità militari, e non dalla sola volontà dello Stato membro (In tal senso, CGUE, sent. 07/06/2012, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, causa C-615/10, EU:C:2012:324, punto 40). Sul punto, cfr. anche la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione dell'art. 296 del trattato CE agli appalti pubblici della difesa (COM/2006/0779 def., par. 3), nonché la giurisprudenza del Tribunale di primo grado, sentenza 20 settembre 2003, causa T-26/01, *Fiocchi Munizioni c. Commissione*, punti 59 e 61.

⁵⁸ I prodotti *dual use*, sono "tutti quei prodotti, inclusi il software e le tecnologie, che possono avere un utilizzo sia civile che militare; essi comprendono tutti i beni che possono avere sia un utilizzo non esplosivo sia un qualche impiego nella fabbricazione di armi nucleari o di altri congegni esplosivi nucleari" (art. 2 del Regolamento 2000/1334/CE).

⁵⁹ R. MONACO, *L'art. 296 TCE e la regolamentazione dei mercati della difesa*, IAI Quaderni, Roma, 20, 2004, in www.iai.it, p. 55.

⁶⁰ R. Baratta, *L'eccezione di sicurezza nazionale e il defence procurement nell'Unione europea*, in *St. integr. eur.* 2008, 1, p. 76.



tassativamente previsti e senza superare i limiti prestabiliti⁶¹. Tuttavia, l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati membri dall'art. 346 TFUE ha spesso favorito un uso estensivo della deroga, funzionale alla tutela delle rispettive industrie nazionali della difesa, considerate strategiche in ragione dell'elevato contenuto tecnologico e dell'intenso investimento in ricerca che le caratterizza⁶².

Proprio le criticità connesse all'uso estensivo e talvolta arbitrario di tale deroga saranno oggetto di più approfondita analisi nel paragrafo dedicato alla direttiva 2009/81/CE e alla relativa normativa di recepimento, ossia il decreto legislativo n. 208 del 2011. Tali interventi normativi, promossi su impulso della Commissione europea, si inseriscono nel più ampio progetto di costruzione di un mercato unico europeo della difesa, volto a regolamentare in modo uniforme i contratti nei settori della difesa e della sicurezza e, al contempo, a ridurre il ricorso alle deroghe previste dall'art. 346 TFUE.

3.4. I contratti misti

L'art. 137 del Codice dei contratti pubblici disciplina i contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza, con l'obiettivo di individuare il corretto regime giuridico applicabile nei casi in cui un medesimo contratto presenti elementi riconducibili a differenti ambiti disciplinari, ossia al Codice dei contratti pubblici, all'art. 346 TFUE ovvero al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208. La disposizione si pone, dunque, in continuità con quanto esaminato in precedenza, fornendo i criteri attraverso i quali coordinare e applicare le diverse normative rilevanti in materia di difesa e sicurezza.

In primo luogo, la norma opera una distinzione fondamentale tra contratti le cui prestazioni sono oggettivamente separabili e contratti caratterizzati da prestazioni non separabili. Il criterio dell'oggettiva separabilità introduce un approccio innovativo nell'individuazione della disciplina applicabile ai contratti misti. Tale criterio segna, infatti, il definitivo superamento dei precedenti parametri interpretativi fondati sulla prevalenza e sull'accessorietà, che erano stati ampiamente impiegati, su impulso e orientamento⁶³ della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁶⁴. Tale distinzione, pertanto, risulta decisiva ai fini dell'individuazione del regime giuridico applicabile.

⁶¹ CGUE, sent. 16/09/1999, causa C-414/97, *Commissione/Spagna*, punto 22.

⁶² V. BRIANI, *I costi della non-Europa della difesa*, Rapporto congiunto del Centro studi sul federalismo (CSF) e dell'Istituto affari internazionali (IAI), presentato al convegno su "*I costi della non-Europa della difesa*", in www.iai.it, Roma, 2013.

⁶³ Si veda, tra le tante, CGCE 21 febbraio 2008, n. C-412/04 e relative conclusioni dell'avvocato generale, 08/11/2006; CGCE 6 maggio 2010, n. C-145/08 e n. C-149/08 riunite e relative conclusioni dell'avvocato generale, 29/10/2009.

⁶⁴ VESE. D., *La nuova disciplina dei contratti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza*, in *Rivista di diritto amministrativo*, fasc. n. 1-2/2018, p. 19.



Qualora le diverse parti dell'appalto o della concessione siano oggettivamente separabili, le stazioni appaltanti possono scegliere se procedere all'aggiudicazione di contratti distinti oppure di un contratto unico. Nel primo caso, il regime giuridico applicabile a ciascun contratto è determinato in base alle caratteristiche della singola parte separata. Nel secondo caso, invece, il regime dell'appalto o della concessione unica è individuato sulla base di criteri specifici: in particolare, qualora una parte del contratto sia disciplinata dall'art. 346 TFUE, l'aggiudicazione può avvenire senza applicazione né del Codice né del d.lgs. n. 208 del 2011, purché tale scelta sia giustificata da ragioni oggettive; qualora, invece, una parte del contratto rientri nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 208 del 2011, l'appalto o la concessione unica possono essere aggiudicati conformemente a tale decreto, nel rispetto delle soglie e delle esclusioni ivi previste e sempre purché la scelta sia giustificata da ragioni oggettive.

In ogni caso, la decisione di procedere all'aggiudicazione di un appalto unico o di una concessione unica non può essere assunta allo scopo di eludere l'applicazione del Codice o del d.lgs. n. 208 del 2011, essendo espressamente vietato un utilizzo strumentale della qualificazione del contratto⁶⁵.

Diversamente, qualora le diverse parti dell'appalto o della concessione siano oggettivamente non separabili, la disciplina applicabile dipende dalla presenza di elementi riconducibili all'art. 346 TFUE. In tal caso, l'appalto o la concessione possono essere aggiudicati senza applicazione del Codice; in mancanza di tali elementi, possono trovare invece applicazione le disposizioni del d.lgs. n. 208 del 2011.

In conclusione, dopo aver analizzato le diverse ipotesi di esclusione dal Codice dei contratti pubblici in materia di difesa e sicurezza, l'art. 137 assume una funzione di raccordo sistematico, individuando i criteri attraverso i quali coordinare le differenti discipline applicabili ed evitare sovrapposizioni o applicazioni elusive. Dall'impostazione della norma emerge chiaramente come il legislatore mostri una preferenza per i regimi "speciali" e per le esigenze ad essi sottese rispetto alla disciplina codicistica generale, purché sia comunque garantito che il ricorso a tali regimi sia giustificato da ragioni oggettive, che devono essere interpretate in modo restrittivo e adeguatamente supportate da una motivazione rafforzata⁶⁶. Chiarito tale quadro di coordinamento, si passerà ora all'esame più puntuale delle procedure previste dalla direttiva 2009/81/CE e dal relativo decreto di attuazione, il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208, che costituisce la disciplina speciale di riferimento per gli appalti nei settori della difesa e sicurezza.

⁶⁵ Art. 137, co. 5, d.lgs. n. 36/2023.

⁶⁶ Così, V. ANTONELLI, *Titolo V-I contratti nel settore della difesa e della sicurezza; i contratti secretati (artt. 136-139)*, *Op. cit.*, p. 1396.



4. Introduzione al decreto legislativo n. 208/2011, la direttiva 2009/81/CE

Nel settore della difesa e della sicurezza, il diritto comunitario ha a lungo riconosciuto agli Stati membri un ampio spazio di autonomia, fondato sull'art. 296 TCE (oggi art. 346 TFUE), che consente di derogare alle regole del mercato interno qualora ciò sia ritenuto necessario per la tutela degli interessi essenziali della sicurezza nazionale. In assenza di una disciplina europea specifica sugli appalti militari, tale disposizione ha rappresentato per molti anni il principale strumento attraverso cui gli Stati hanno escluso le commesse di difesa dall'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza e di evidenza pubblica, spesso giustificando affidamenti diretti o procedure non concorrenziali sulla base di esigenze di segretezza, continuità operativa o protezione dell'industria nazionale⁶⁷.

In particolare, a livello comunitario la disciplina sugli appalti pubblici si presentava eccessivamente rigida rispetto alle esigenze di flessibilità proprie del settore della difesa e della sicurezza. In tale ambito, infatti, emergevano diversi profili di criticità. In primo luogo, le procedure di gara pubblica imponevano specifici obblighi di pubblicità (a partire dalla pubblicazione dei bandi di gara) che risultavano incompatibili con le esigenze di sicurezza e riservatezza tipiche del settore. In secondo luogo, la normativa in materia di appalti privilegiava procedure improntate al massimo rispetto del principio di concorrenza e di apertura al mercato, relegando le procedure negoziate e gli affidamenti diretti a un ruolo meramente residuale, mentre nel settore della difesa tali strumenti risultano spesso indispensabili. Un ulteriore ostacolo riguardava i criteri di selezione degli operatori economici, tradizionalmente limitati alla valutazione dei requisiti economici, tecnici e finanziari, senza alcun riferimento alla sicurezza degli approvvigionamenti, elemento invece centrale in questo ambito. Infine, si avvertiva l'esigenza di introdurre una disciplina *ad hoc* in materia di specifiche tecniche, termini procedurali e appalti complementari, idonea a tener conto delle peculiarità del settore della difesa e della sicurezza⁶⁸.

Pertanto, in presenza di tali criticità, gli Stati membri tendevano a fare un uso estensivo, e talvolta improprio, della clausola del Trattato (già art. 296 CE, oggi art. 346 TFUE), fino a ricomprendere nell'ambito di operatività della clausola anche ipotesi in cui gli equipaggiamenti, pur qualificabili come materiale per la difesa, risultavano suscettibili di impieghi ulteriori, in contrasto con il requisito, imposto dalla norma unionale, della destinazione a fini specificamente militari.

Di conseguenza, la Corte di giustizia è intervenuta progressivamente per circoscrivere l'ambito di applicazione di tale deroga, chiarendo che l'art. 296 TCE non può essere

⁶⁷ D. VESE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza*, *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁸ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, *Op. cit.*, pp. 1679 ss.



invocato in modo automatico o generalizzato, ma richiede una valutazione rigorosa della necessità della misura adottata e della sua proporzionalità rispetto agli obiettivi di sicurezza perseguiti⁶⁹. Nonostante tali chiarimenti giurisprudenziali, nella prassi applicativa il ricorso alla clausola di sicurezza ha continuato a costituire uno strumento centrale delle politiche nazionali di *procurement* militare, contribuendo a mantenere un elevato livello di frammentazione del mercato europeo della difesa⁷⁰.

È proprio in questo contesto che si colloca l'iniziativa della Commissione europea culminata nella comunicazione del 23 settembre 2004 (COM (2004) 608), con la quale è stato pubblicato il Libro verde sugli appalti pubblici della difesa⁷¹. Muovendo dalle caratteristiche strutturali del settore — quali l'elevato grado di strategicità, la complessità tecnologica e i limiti di efficienza del quadro giuridico allora vigente — la Commissione ha evidenziato come il ricorso sistematico alla deroga di cui all'art. 296 TCE costituisca un ostacolo allo sviluppo di un vero mercato europeo della difesa. Il Libro verde, pubblicato contestualmente all'aggiornamento della disciplina generale degli appalti operato dalla direttiva 2004/18/CE, mirava esplicitamente a disincentivare l'uso estensivo della clausola derogatoria attraverso un duplice percorso normativo.

Da un lato, la Commissione proponeva di chiarire il quadro regolamentare esistente mediante uno strumento non legislativo, individuato in una comunicazione interpretativa volta a precisare l'ambito di applicazione dell'art. 296 TCE e i limiti del suo utilizzo. Dall'altro, veniva prospettata l'adozione di un nuovo strumento normativo settoriale, costituito da una direttiva specificamente dedicata al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti della difesa, capace di individuare in modo più puntuale quali contratti potessero rientrare nella deroga per motivi di sicurezza e quali, invece, dovessero essere assoggettati a regole comuni.

L'impostazione delineata dalla Commissione ha trovato un significativo sostegno politico nel Parlamento europeo, che, con la risoluzione del 17 novembre 2005, ha fatto propri gli obiettivi del Libro verde, sollecitando un intervento normativo volto a ridurre la frammentazione del mercato, a limitare il ricorso alle deroghe e a promuovere una maggiore trasparenza e concorrenza nel settore degli appalti di difesa. Tale impulso istituzionale ha costituito il presupposto diretto per il successivo sviluppo della disciplina europea culminata nell'adozione della direttiva 2009/81/CE.

⁶⁹ Cfr. CGCE, 10/03/1987, n. 199/85; CGCE, 17/11/1993, n. 71/92; CGCE, 03/05/1994, n. 328/92; CGCE, 16/09/1999, n. C-414/97.

⁷⁰ D. VESE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza*, *Op. cit.*, pp. 5-6.

⁷¹ R. DE NICTOLIS, *Il libro verde sugli appalti pubblici della difesa: verso una nuova direttiva per gli appalti di attrezzature militari*, in R. DE NICTOLIS (a cura di) *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, pp. 136 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'impulso politico fornito dal Parlamento europeo con la risoluzione del 17 novembre 2005 ha trovato un primo riscontro nell'azione della Commissione europea, che il 7 dicembre 2006 ha adottato la comunicazione interpretativa sull'art. 296 TCE (COM (2006) 779). Tale atto, tuttavia, si è limitato a ribadire l'interpretazione restrittiva della deroga per motivi di sicurezza già affermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, senza introdurre elementi realmente innovativi sul piano normativo. La comunicazione, per sua stessa natura, non era infatti idonea a colmare le lacune strutturali di un sistema fondato, da un lato, sulla disciplina generale degli appalti pubblici di cui alla direttiva 2004/18/CE e, dall'altro, sull'uso della clausola derogatoria prevista dall'art. 296 TCE. Proprio la constatazione dell'insufficienza di tale assetto ha indotto la Commissione ad assumere un'iniziativa di più ampio respiro, volta a regolare in maniera organica il mercato europeo nei settori della difesa e della sicurezza. In questa prospettiva si colloca l'elaborazione del cosiddetto *Defence Package*, presentato il 5 dicembre 2007 attraverso tre comunicazioni tra loro strettamente collegate. La prima delineava una strategia per il rafforzamento e la competitività dell'industria europea della difesa (COM 2007/764); la seconda conteneva una proposta di direttiva diretta a semplificare le modalità e le condizioni dei trasferimenti intra-UE di prodotti destinati alla difesa (COM 2007/765); la terza, infine, introduceva una proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di taluni appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori della difesa e della sicurezza (COM 2007/766).

Quest'ultima proposta, in particolare, rappresentava il tentativo più avanzato di dare attuazione agli obiettivi già enunciati nel Libro verde del 2004 e fatti propri dal Parlamento europeo, mirando alla creazione di un mercato europeo delle attrezzature militari più aperto e concorrenziale, ma inserito in un quadro normativo comune, stabile e condiviso. L'intento non era quello di negare le specificità degli approvvigionamenti militari, bensì di disciplinarle mediante uno strumento legislativo *ad hoc*, capace di tener conto delle esigenze di sicurezza e, al contempo, di circoscrivere il ricorso alle deroghe previste dal Trattato e dalla direttiva 2004/18/CE a ipotesi effettivamente eccezionali, in linea con l'orientamento della Corte di giustizia⁷².

In tale senso, la proposta del 2007 ha rappresentato il presupposto diretto della successiva direttiva 2009/81/CE⁷³, mediante la quale l'Unione europea ha portato a compimento il processo di progressiva regolazione del settore, superando un assetto fondato prevalentemente su deroghe e strumenti interpretativi in favore di una disciplina settoriale

⁷² E. AALTO, *Interpretations of article 296*, *Op.cit.*

⁷³ Direttiva 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori, e recante modifica delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.



espressamente calibrata sugli appalti nei settori della difesa e della sicurezza⁷⁴. L'obiettivo era quello di aumentare la concorrenzialità dei mercati della difesa dell'Unione europea, fornendo alle amministrazioni e agli operatori economici un quadro normativo che tenesse in considerazione la specificità del settore, e dunque che garantisse, nell'acquisto del materiale militare e sensibile, la continuità degli approvvigionamenti e la sicurezza delle informazioni, semplificando al contempo le procedure di aggiudicazione senza tuttavia rinunciare alle esigenze di concorrenza e trasparenza. L'adozione della direttiva 2009/81/CE trova attuazione nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n.208 del 15 novembre 2011, che segna il passaggio dalla fase di costruzione europea del modello regolatorio a quella della sua concreta trasposizione a livello nazionale. Il decreto introduce una disciplina speciale per gli appalti nei settori della difesa e della sicurezza, innestandosi nel sistema degli appalti pubblici attraverso un rinvio al Codice allora vigente (d.lgs. n. 163/2006), ma al contempo differenziandosi in modo significativo da esso.

4.1. Il Decreto Legislativo n. 208 del 2011

Come anticipato nel paragrafo precedente, gli Stati membri, per le ragioni richiamate hanno fatto, per lungo periodo, un uso estensivo della clausola comunitaria di deroga, soprattutto in considerazione dell'assenza di una normativa settoriale specificamente dedicata agli appalti nei settori della difesa e della sicurezza.

In tale contesto, la Commissione europea è intervenuta al fine di colmare la suddetta "zona grigia", adottando la direttiva 2009/81/CE, volta a introdurre procedure di affidamento caratterizzate da un maggior grado di flessibilità rispetto alle ordinarie procedure di gara, così da consentire l'approvvigionamento di armamenti non direttamente riconducibili alla tutela di interessi essenziali della sicurezza.

A livello nazionale, il decreto legislativo n. 208/2011 ha dato attuazione alla direttiva richiamata⁷⁵, introducendo una serie di novità rispetto alla disciplina ordinaria degli appalti, fermo restando il rinvio ai principi generali e a specifiche disposizioni per quanto non espressamente disciplinato dal decreto.

Si rende, pertanto, preliminarmente necessario chiarire il rapporto tra il decreto attuativo e il Codice dei contratti pubblici, ossia il d.lgs. n. 163/2006, cui esso originariamente rinvia per quanto non disciplinato al suo interno. La questione assume particolare rilievo

⁷⁴ M. TRYBUS, *The Tailor-Made EU Defence and Security procurement directive: limitation, flexibility, descriptiveness and substitution*, in *European law rev.*, 2013.

⁷⁵ L'articolo 4 del d.lgs. n. 208/2011, a sua volta, rinvia espressamente a due successivi decreti del Presidente della Repubblica per la definizione della disciplina attuativa delle disposizioni relative, da un lato, alle forniture e ai lavori qualificabili come strettamente militari e, dall'altro, alle forniture e ai lavori qualificabili come sensibili. Ad oggi, tuttavia, è stato adottato soltanto il primo dei due provvedimenti, con il d.P.R. 13 marzo 2013, n. 49.



ove si consideri che il d.lgs. n. 208/2011 non è stato successivamente coordinato né con il Codice dei contratti pubblici n. 50 del 2016 né con l'attuale Codice n. 36 del 2023. Ne consegue, pertanto l'esigenza di procedere a un necessario coordinamento interpretativo tra le diverse discipline succedutesi nel tempo.

In particolare, occorre stabilire se i rinvii operati dal decreto al Codice dei contratti debbano intendersi come rinvii "mobili", con la conseguente applicabilità del Codice oggi vigente, ovvero come rinvii "fissi", da cui ne deriverebbe la perdurante applicazione della disciplina del 2006.

In dottrina è stato rilevato che il rinvio può essere qualificato come mobile in presenza di una perfetta corrispondenza tra le disposizioni del codice del 2006 e quelle del codice vigente; laddove, invece, tale corrispondenza manchi, il rinvio deve considerarsi fisso. Infatti, è stato rilevato che il d.lgs. n. 208/2011 è stato adottato per dare attuazione a una Direttiva europea autonoma, la direttiva 2009/81/CE, dotata di una propria formulazione normativa, solo parzialmente coincidente con quella della direttiva 2004/18/CE, e che, peraltro, non ha subito modifiche nel tempo. Ne deriva che il rinvio operato dal decreto alle disposizioni del Codice del 2006, nella misura in cui esse riproducono fedelmente il contenuto della direttiva attuata, deve essere inteso come riferito a quel preciso assetto normativo e non come suscettibile di aggiornamento automatico alla disciplina successiva. Una simile interpretazione, che qualifica il rinvio come statico piuttosto che dinamico, appare del resto maggiormente coerente con la volontà del legislatore, orientata a garantire l'applicazione di una disciplina stabile e coerente con la direttiva di settore.

In attesa, pertanto, di un intervento correttivo o di coordinamento da parte del legislatore, i rinvii operati dal d.lgs. n. 208/2011 al codice del 2006, devono essere considerati, in via generale, come rinvii fissi; essi possono invece qualificarsi come rinvii mobili, e quindi riferiti al Codice vigente, esclusivamente nei casi in cui sussista una perfetta coincidenza tra le rispettive disposizioni⁷⁶.

Svolte tali premesse è opportuno chiarire la portata innovativa del decreto.

Come già anticipato, il decreto si applica, da un lato, ai contratti aventi ad oggetto il settore della difesa e quindi l'approvvigionamento di mezzi militari (quali armi, munizioni e materiale bellico) e, dall'altro, ai contratti riconducibili al settore della sicurezza che comportano il trattamento di informazioni classificate⁷⁷.

Le principali novità introdotte dal decreto consistono nell'adozione di una disciplina più flessibile in materia di aggiudicazione ed esecuzione di tali contratti, rispetto a quella prevista dalla direttiva europea sugli appalti pubblici, la cui rigidità e genericità aveva

⁷⁶ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, *Op. cit.*, p. 1703.

⁷⁷ Art. 2, d.lgs. n. 208 del 2011.



favorito un ampio ricorso al regime derogatorio, di cui all'art. 296 TCE, da parte degli Stati membri⁷⁸.

In primo luogo, è significativa la mancata previsione delle procedure aperte: le amministrazioni possono infatti ricorrere, senza i limiti stabiliti dalla direttiva 2004/18/CE, alla procedura ristretta, alla procedura negoziata con previa pubblicazione del bando e al dialogo competitivo, nonché a un ampliamento delle ipotesi di utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Nello specifico, la procedura ristretta e quella negoziata previa pubblicazione di un bando, possono essere sempre utilizzate senza la necessità che sia motivata la scelta del loro utilizzo (art. 16, co. 2), mentre per l'utilizzo del dialogo competitivo devono ricorrere le condizioni di cui all'art. 58 del Codice del 2006, oggi articolo 74 del decreto legislativo n. 36 del 2023.

Le stazioni appaltanti possono anche concludere accordi quadro, in conformità a quanto previsto nell'art. 59 del codice del 2006 (oggi art. 59, d.lgs. n. 36/2023) e la novità consiste nella circostanza che in questo settore la durata dell'accordo può superare i sette anni (in luogo degli ordinari 4 anni previsti dalla disciplina sugli appalti), con la possibilità di prolungare ulteriormente la durata, in presenza di circostanze eccezionali, valutate alla luce della vita utile dei prodotti, degli impianti o dei sistemi forniti, nonché delle complessità tecniche che potrebbero derivare da un cambiamento del fornitore, soprattutto quando tale avvicendamento comporti rilevanti criticità operative o di interoperabilità.

Infine, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando rimane un'ipotesi residuale, le cui condizioni di utilizzo sono disciplinate nell'art. 18 del decreto.

Quanto alla procedura ristretta e alla procedura negoziata previa pubblicazione del bando, entrambe sono disciplinate dall'articolo 17 del presente decreto. In particolare, la disposizione prevede che il decreto o la deliberazione a contrarre stabilisce preliminarmente se l'appalto seguirà una procedura ristretta oppure una procedura negoziata con pubblicazione del bando e che il bando di gara, a sua volta, specifica il tipo di procedura prescelta e l'oggetto del contratto, facendo inoltre riferimento al decreto o alla deliberazione che ha dato avvio alla procedura.

Il bando di gara può prevedere che non si proceda all'aggiudicazione del contratto qualora sia pervenuta una sola offerta valida, oppure due sole offerte valide, che in tal caso non verranno neppure aperte. In assenza di tale indicazione, resta comunque ferma la disciplina generale prevista dall'articolo 81, comma 3, del Codice n.163/2006, secondo cui le stazioni appaltanti possono scegliere di non aggiudicare il contratto se nessuna offerta risulti conveniente o idonea rispetto all'oggetto dello stesso. Una disposizione

⁷⁸ Il riferimento è, in primo luogo alla direttiva 2004/18/CE e, successivamente alla direttiva 2014/24/CE.



analoga è oggi prevista dall'articolo 108, comma 10, del d.lgs. 36/2023, che consente alle stazioni appaltanti di non procedere all'aggiudicazione quando nessuna offerta risulti adeguata, a condizione che tale facoltà sia espressamente indicata nel bando o nell'invito e possa essere esercitata entro trenta giorni dalla conclusione della valutazione delle offerte.

La norma prevede poi che gli operatori economici presentino la richiesta di partecipazione seguendo le modalità e i termini indicati nel bando di gara e che, successivamente, trasmettano le proprie offerte rispettando le modalità e i termini previsti nella lettera di invito⁷⁹.

Nelle procedure ristrette, gli inviti sono rivolti ai soggetti che hanno fatto richiesta e che, selezionati entro i limiti di numero minimo e massimo eventualmente stabiliti dal bando ai sensi dell'articolo 19, soddisfano i requisiti di qualificazione previsti, secondo criteri oggettivi definiti per la scelta dei candidati⁸⁰.

Relativamente alle procedure negoziate precedute dalla pubblicazione di un bando di gara, le stazioni appaltanti conducono una negoziazione con gli offerenti sulle offerte presentate, al fine di adeguarle alle esigenze indicate nel bando, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e di individuare l'offerta più vantaggiosa secondo i criteri di selezione stabiliti dagli articoli 82 e 83 del Codice (ora art. 108, d.lgs. n. 36/2023). Durante l'intero svolgimento della negoziazione, le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti i partecipanti, con il divieto di fornire informazioni che possano favorire in modo discriminatorio alcuni offerenti rispetto ad altri. Inoltre, possono strutturare la procedura negoziata in più fasi successive, riducendo progressivamente il numero di offerte da negoziare e applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando o nel capitolato; tuttavia, tale facoltà deve essere chiaramente prevista nel bando di gara⁸¹.

Come anticipato, i soggetti prescelti dalle amministrazioni vengono invitati all'interno di una forcella tra un numero minimo e un numero massimo.

In particolare, nelle procedure ristrette, nonché nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, le stazioni appaltanti possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo. Nell'esercizio di tale facoltà le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri oggettivi, non discriminatori, nel rispetto del principio di proporzionalità, che intendono applicare, nonché il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e ove lo ritengano opportuno, il numero massimo⁸². Tuttavia, il

⁷⁹ Art. 17, co. 4, d.lgs. n. 208/2011.

⁸⁰ Art. 17, co. 5, d.lgs. n. 208/2011.

⁸¹ Art. 17, commi 6,7,8, d.lgs. n. 208/2011.

⁸² Art. 19, co. 1, d.lgs. n. 208/2011.



numero minimo non può essere inferiore a tre, a condizione che vi siano almeno tre soggetti idonei⁸³ e le stazioni appaltanti devono assicurarsi di invitare sempre un numero di candidati almeno pari al numero minimo stabilito nel bando, il quale non deve essere comunque inferiore a quello di cui al comma due⁸⁴.

Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i requisiti minimi di capacità è inferiore al minimo previsto, le stazioni appaltanti possono comunque proseguire la procedura invitando i candidati idonei che hanno presentato richiesta di partecipazione, salvo quanto previsto dall'articolo 17, comma 3⁸⁵ (art 19, co. 5, d.lgs. n. 208/2011). Tuttavia, se il numero dei candidati ritenuti idonei appare eccessivamente ridotto per garantire una reale concorrenza, la stazione appaltante può sospendere la procedura e ripubblicare il bando iniziale, fissando un nuovo termine per la presentazione delle domande; in tal caso, sia i candidati selezionati nella prima pubblicazione sia quelli della seconda vengono invitati secondo le regole dell'articolo 67 del Codice (ora art. 89, d.lgs. n. 36/2023), con indicazione nel bando o nella lettera d'invito della facoltà di ricorrere a questa opzione⁸⁶.

Rimane ferma la facoltà della stazione appaltante di annullare la procedura di appalto in corso e di avviarne una nuova⁸⁷. Inoltre, quando si avvale della possibilità di ridurre il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare, come previsto dagli articoli 56, comma 4, e 58, comma 9, del Codice (ora artt. 73, co. 7 e 74 co. 5, d.lgs. n. 36/2023), la stazione appaltante applica i criteri di aggiudicazione indicati nella documentazione dell'appalto, assicurando che nella fase finale il numero di soluzioni o candidati rimasti sia comunque sufficiente a garantire una reale concorrenza⁸⁸.

Infine, è previsto che le stazioni appaltanti non possano invitare operatori economici che non abbiano presentato richiesta di partecipazione, né candidati privi dei requisiti richiesti⁸⁹.

Accanto alle procedure fin qui esaminate, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento del contratto, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ma esclusivamente nelle ipotesi tassativamente previste dal comma 2 dell'art. 18 del presente decreto. In tali casi, il ricorso a questa modalità deve essere puntualmente motivato nella deliberazione a contrarre; la medesima motivazione è inoltre richiamata

⁸³ Art. 19, co. 2, d.lgs. n. 208/2011.

⁸⁴ Art. 19, co. 3, d.lgs. n. 208/2011.

⁸⁵ *“Il bando di gara può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte. Quando il bando non contiene tale previsione, resta comunque ferma la disciplina di cui all'articolo 81, comma 3, del codice”*.

⁸⁶ Art 19, co. 6, d.lgs. n. 208/2011.

⁸⁷ Art 19, co. 7, d.lgs. n. 208/2011.

⁸⁸ Art 19, co. 8, d.lgs. n. 208/2011.

⁸⁹ Art 19, co.4, d.lgs. n. 208/2011.



nell'avviso sui risultati della procedura di affidamento di cui all'articolo 65 del Codice (oggi articolo 111 del d.lgs. n. 36/2023).

Dunque, nei contratti relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura in oggetto è consentita:

- a) qualora, all'esito dello svolgimento di una procedura ristretta, di una procedura negoziata con previa pubblicazione di un bando di gara o di un dialogo competitivo, non sia pervenuta alcuna offerta, ovvero non siano state presentate offerte appropriate o candidature. In tale evenienza, resta fermo il divieto di apportare modifiche sostanziali alle condizioni inizialmente previste per il contratto. Inoltre, su richiesta della Commissione europea, l'amministrazione è tenuta a trasmettere una relazione che illustri le ragioni della mancata aggiudicazione all'esito della procedura ristretta e le motivazioni che hanno reso opportuno il ricorso alla procedura negoziata;
- b) quando, all'esito di una procedura ristretta, di una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara o di un dialogo competitivo, siano state presentate offerte irregolari oppure offerte inammissibili secondo le disposizioni nazionali vigenti in materia di requisiti degli offerenti e delle offerte. In tale ipotesi, nella successiva procedura negoziata non possono essere apportate modifiche sostanziali alle condizioni iniziali dell'appalto e devono essere invitati tutti, e soltanto, gli operatori economici in possesso dei requisiti indicati nel bando che, nella procedura ristretta o nel dialogo competitivo precedenti, abbiano presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione;
- c) quando l'urgenza derivante da situazioni di crisi non risulti compatibile con i termini previsti per le procedure ristrette o per le procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, inclusi i termini ridotti di cui all'articolo 70, comma 11, del codice.
- d) qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero per esigenze connesse alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente a un determinato operatore economico.
- e) nella misura strettamente necessaria, nei casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, quando tale urgenza non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure ristrette o dalle procedure negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, compresi anche in questo caso i termini ridotti di cui all'articolo 70, comma 11, del Codice (ora art. 72, co. 6, d.lgs. n. 36/2023). Le circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza non devono, in ogni caso, essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Con riferimento ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture, il ricorso alla procedura prevista dal presente articolo è ammesso, inoltre, in due ipotesi specifiche e tassative. In primo luogo, essa può essere utilizzata per l'affidamento di servizi di ricerca e sviluppo, purché i benefici derivanti da tali servizi appartengano esclusivamente alla stazione



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

appaltante, che li utilizza nell'esercizio della propria attività, e a condizione che la prestazione sia integralmente remunerata dalla medesima amministrazione. In secondo luogo, la procedura è consentita qualora i prodotti oggetto del contratto siano realizzati esclusivamente a fini di ricerca e sviluppo, restando tuttavia esclusi i casi in cui la produzione avvenga in quantità tali da consentire di accertare la redditività del prodotto ovvero di coprire i costi di ricerca e di messa a punto.

In relazione ai contratti aventi ad oggetto solo forniture, la procedura prevista dal presente articolo è ammessa nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario, quando tali forniture siano destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente, ovvero all'ampliamento di forniture o impianti già esistenti, qualora il cambio di fornitore comporterebbe per la stazione appaltante l'acquisto di materiali con caratteristiche tecniche diverse, il cui utilizzo o la cui manutenzione determinerebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. In tali ipotesi, la durata dei contratti, nonché di eventuali rinnovi, non può eccedere i cinque anni, salvo circostanze eccezionali, da valutarsi tenendo conto della prevista durata di vita dei prodotti, degli impianti o dei sistemi forniti e delle difficoltà tecniche che potrebbero derivare dal cambiamento del fornitore.

La procedura è inoltre consentita per l'acquisto di forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime, nonché per l'acquisizione di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, quando esse provengano da un fornitore che abbia cessato definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o dal liquidatore nell'ambito di una procedura di fallimento, di concordato preventivo, di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

Infine, nei contratti aventi ad oggetto lavori e servizi, la procedura prevista dal presente articolo è ulteriormente ammessa in ipotesi tassative. In particolare, essa può essere utilizzata per l'affidamento di lavori o servizi complementari che non erano inclusi né nel progetto iniziale né nel contratto originario e che, a seguito di circostanze impreviste, si siano resi necessari per l'esecuzione dei lavori o dei servizi oggetto del progetto o del contratto iniziale. Tali prestazioni devono essere affidate al medesimo operatore economico già incaricato, a condizione che non possano essere separate, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale senza arrecare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero che, pur essendo separabili, risultino strettamente necessarie al suo completamento. In ogni caso, il valore complessivo stimato dei contratti relativi ai lavori o servizi complementari non può superare il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale.

La procedura è altresì consentita per l'affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto originario dalla medesima stazione appaltante, purché tali servizi siano



conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato mediante procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione del bando di gara o dialogo competitivo. In questa ipotesi, il ricorso alla procedura negoziata senza bando è ammesso esclusivamente entro i cinque anni successivi alla conclusione del contratto iniziale, salvo circostanze eccezionali, valutate tenendo conto della prevista durata di vita dei prodotti, degli impianti o dei sistemi forniti e delle difficoltà tecniche che potrebbero derivare dal cambiamento di fornitore. La possibilità di ricorrere a tale procedura deve essere espressamente indicata nel bando del contratto originario e l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato ai fini della determinazione del valore globale del contratto, rilevante per l'applicazione delle soglie di cui all'articolo 10 del d.lgs. n. 208/2011.

Il ricorso alla procedura prevista dal presente articolo è ammesso anche con riferimento ai contratti aventi ad oggetto servizi di trasporto aereo e marittimo destinati alle forze armate o alle forze di sicurezza dislocate, o da dislocare, all'estero. In tali ipotesi, la deroga è giustificata dalla presenza di operatori economici che garantiscono la validità delle proprie offerte per periodi estremamente brevi, incompatibili con il rispetto dei termini ordinari delle procedure ristrette o delle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, inclusi i termini ridotti previsti dall'articolo 70, comma 11, del codice (ora art. 72, d.lgs. n. 36/2023).

Esaminate le ipotesi tassative che legittimano il ricorso a tale procedura, è possibile soffermarsi sulle modalità di svolgimento della stessa.

Il comma 7 dell'articolo 18 prevede che, quando possibile, la stazione appaltante seleziona gli operatori economici da consultare basandosi su informazioni relative alla loro qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, reperite dal mercato, rispettando i principi di trasparenza, concorrenza e rotazione. Tra i soggetti idonei, vengono scelti almeno tre operatori, se disponibili.

I candidati selezionati ricevono simultaneamente un invito a presentare le offerte, tramite una comunicazione che ne indica gli elementi essenziali. La stazione appaltante valuta quindi le proposte e affida il contratto all'operatore che presenta le condizioni più vantaggiose, seguendo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più conveniente, dopo aver verificato il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti per contratti di pari importo tramite procedura ristretta o negoziata con bando.

La norma si chiude imponendo il divieto del rinnovo tacito dei contratti relativi a forniture, servizi o lavori, specificando che qualsiasi contratto rinnovato tacitamente è considerato nullo.

L'articolo 20 disciplina i criteri di valutazione delle offerte, prevedendo che, oltre l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nel rispetto dell'articolo 83 del Codice (ora art. 108, d.lgs. n. 36/2023), è possibile considerare, a



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

titolo esemplificativo, diversi criteri di valutazione, tra cui l'interoperabilità e le caratteristiche operative dei beni o servizi oggetto del contratto.

Tra le ulteriori innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 208/2011, è d'uopo evidenziare l'introduzione di istituti specificamente calibrati sulle esigenze proprie del settore, quali le disposizioni in materia di sicurezza delle informazioni (art. 13) e di sicurezza degli approvvigionamenti (art. 14), nonché le novità concernenti la disciplina del subappalto.

Innanzitutto, tra i requisiti di partecipazione l'art. 13 d.lgs. n. 208/2011 introduce un istituto specificamente volto a garantire la sicurezza dell'informazione, che non trova un corrispondente diretto nella disciplina generale degli appalti.

La norma si applica ai contratti che comportano la trattazione di informazioni classificate e impone agli operatori economici l'onere di dimostrare non solo la propria capacità, ma anche quella dei subappaltatori, di garantire la sicurezza dell'informazione al livello di protezione richiesto. Tale capacità deve essere comprovata nel rispetto della normativa nazionale in materia di nulla osta di sicurezza, nonché degli eventuali accordi internazionali di settore, ponendo così la sicurezza informativa come requisito essenziale di affidabilità dell'operatore.

A tal fine, la stazione appaltante è chiamata a definire sin dalla documentazione di gara le misure e i requisiti necessari a garantire la riservatezza delle informazioni. In particolare, la disciplina impone all'offerente specifici obblighi, che si estendono all'intera fase esecutiva dell'appalto: l'operatore deve infatti garantire la riservatezza delle informazioni classificate per tutta la durata del contratto e anche successivamente alla sua conclusione, nonché assicurare che analoghi obblighi siano assunti dai subappaltatori, sia già individuati sia eventualmente coinvolti in un momento successivo. Infine, la norma introduce un ulteriore elemento di flessibilità, prevedendo che la stazione appaltante possa concedere agli operatori economici, che non siano ancora in possesso del nulla osta di sicurezza, un termine aggiuntivo per ottenerlo. Tale possibilità consente di ampliare la platea dei potenziali concorrenti senza sacrificare le esigenze di sicurezza, purché il nulla osta sia comunque acquisito entro un termine preciso, stabilito nel bando di gara e non successivo all'apertura delle offerte.

L'art. 14 del d.lgs. 208/2011, invece, disciplina la sicurezza dell'approvvigionamento, integrando il sistema di garanzie previsto per gli appalti nei settori della difesa e della sicurezza ed è volto ad assicurare che l'esecuzione del contratto non esponga la stazione appaltante a rischi sotto il profilo della continuità e dell'affidabilità delle forniture.

La norma attribuisce alla stazione appaltante il compito di individuare, già nella documentazione di gara, i requisiti in materia di sicurezza dell'approvvigionamento ritenuti necessari in relazione all'oggetto del contratto. Tali requisiti, che assumono rilievo sia ai fini della partecipazione sia dell'esecuzione dell'appalto, possono riguardare una pluralità di profili strettamente connessi alle peculiarità del settore.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In primo luogo, la stazione appaltante può valutare la capacità dell'offerente di adempiere agli obblighi in materia di esportazione, trasferimento e transito dei prodotti e dei servizi oggetto del contratto, profilo particolarmente rilevante in un ambito caratterizzato da vincoli normativi e autorizzatori di matrice nazionale e internazionale. In secondo luogo, può essere presa in considerazione l'organizzazione e l'ubicazione della catena di approvvigionamento dell'operatore economico, al fine di verificare l'affidabilità e la sicurezza dei flussi di fornitura.

Ulteriori requisiti possono riguardare la capacità dell'offerente di predisporre e mantenere risorse idonee a far fronte a esigenze supplementari della stazione appaltante che dovessero emergere in situazioni di crisi, secondo condizioni da definire contrattualmente. La norma consente, inoltre, di richiedere garanzie in ordine alla manutenzione, alla modernizzazione e all'adeguamento delle forniture oggetto dell'appalto, assicurando così la piena operatività dei beni e dei servizi nel corso del tempo.

Particolarmente significativa è, poi, la possibilità per le stazioni appaltanti di imporre misure volte a consentire loro di provvedere direttamente alla manutenzione dei prodotti o dei servizi nel caso in cui l'operatore economico non sia più in grado di farvi fronte, evitando così situazioni di dipendenza tecnica o operativa dal fornitore. Infine, la disposizione contempla una clausola di chiusura, che consente alla stazione appaltante di prevedere ulteriori requisiti e misure ritenuti necessari in ragione della natura e della finalità dell'appalto.

Infine, tra i requisiti di partecipazione, l'art. 15 stabilisce che gli operatori economici stabiliti in Paesi terzi possono accedere alle procedure di gara solo a condizione che sussista un regime di reciprocità, fondato su norme di diritto internazionale o su accordi bilaterali stipulati con l'Unione europea o con l'Italia. In presenza di tale requisito, agli operatori è consentito ottenere la qualificazione prevista dagli artt. 11, 12, 13 e 14 del decreto alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane, assicurando così un trattamento paritario sotto il profilo dei requisiti sostanziali.

Il comma 2 introduce tuttavia una significativa semplificazione, stabilendo che, sia per gli operatori provenienti da Paesi terzi ammessi in base al principio di reciprocità, sia per quelli stabiliti negli altri Stati membri dell'Unione europea, la qualificazione non costituisce un presupposto obbligatorio per la partecipazione alla gara. Tali operatori possono infatti dimostrare il possesso dei requisiti richiesti qualificandosi di volta in volta nella singola procedura, mediante la produzione di documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi ordinamenti nazionali, purché idonea a comprovare il possesso di tutti i requisiti richiesti alle imprese italiane. La disposizione, dunque, è finalizzata a bilanciare, da un lato, le esigenze di apertura del mercato e di concorrenza e, dall'altro, la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato, consentendo una



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

forma di equivalenza sostanziale tra i sistemi di qualificazione, ed evitando così che differenze ordinamentali possano tradursi in ostacoli ingiustificati all'accesso alle gare, pur nel rispetto delle esigenze di sicurezza proprie del settore. La norma fa salvo espressamente quanto previsto dall'articolo 38, comma 5, del Codice del 2006, che disciplina la modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti generali da parte degli operatori economici non stabiliti in Italia. In particolare, tale disposizione stabilisce che, qualora nello Stato membro di riferimento non siano disponibili certificati o documenti equivalenti, la prova può essere fornita tramite una dichiarazione giurata; nei Paesi in cui questa forma non è prevista, è ammessa una dichiarazione resa dall'interessato davanti a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale autorizzato nello Stato di origine o di provenienza. Con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), la disciplina relativa ai mezzi di prova dei requisiti generali è invece contenuta nell'articolo 91, che fa riferimento al DGUE o ad altri strumenti equivalenti di attestazione.

Dall'articolo 21 al 26, il decreto reca una serie di disposizioni relative ai bandi, agli avvisi e agli inviti che trova completamento nel Codice degli appalti.

In particolare, per l'avviso di pre-informazione è stabilito che le stazioni appaltanti, possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, rendono note le forniture, i servizi e i lavori che intendono affidare nei dodici mesi successivi, indicando importi stimati e caratteristiche essenziali. Tale avviso è pubblicato dalla Commissione europea o dalle stazioni appaltanti stesse sul loro "profilo committente" e nella seconda ipotesi devono inviare alla Commissione una comunicazione in cui è annunciata la pubblicazione dell'avviso. Inoltre, la pubblicazione degli avvisi non è sempre obbligatoria, ma lo è solo nei casi in cui le stazioni appaltanti intendano avvalersi della riduzione dei termini prevista dall'art. 70, co. 7 d.lgs. n. 163/2006 per ricevere le offerte. Infine, la disposizione specifica che l'avviso di preinformazione non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante utilizzi la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

L'articolo 22 disciplina i bandi di gara, prevedendone l'obbligatoria adozione ogniqualvolta le stazioni appaltanti intendano procedere all'aggiudicazione di un appalto o alla conclusione di un accordo quadro mediante le procedure di cui agli artt. 16 e seguenti. La disposizione individua, inoltre, il contenuto minimo del bando, che ricalca quello previsto dal Codice dei contratti pubblici, integrato da ogni ulteriore informazione richiesta secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione europea, in conformità alla procedura di cui all'art. 67, paragrafo 2, della direttiva 2009/81/CE.

Per quanto attiene ai risultati delle procedure di affidamento, i primi tre commi dell'art. 23 disciplinano, in linea generale, l'obbligo di pubblicità degli esiti delle stesse. In particolare, la stazione appaltante, una volta aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro, è tenuta a trasmettere un avviso sui risultati della procedura di



affidamento entro il termine di 48 giorni, secondo le modalità di pubblicazione previste dal Codice dei contratti.

La norma prevede una semplificazione nel caso degli accordi quadro esornando le stazioni appaltanti dall'invio di un avviso per ciascun contratto applicativo, come già previsto dall'art. 65 del Codice del 2006.

Quanto al contenuto, l'avviso deve includere le informazioni previste dal decreto e dall'allegato IX A del Codice, secondo i formulari standard adottati dalla Commissione europea.

Tuttavia, il comma 4 introduce una deroga al principio di trasparenza, consentendo alla stazione appaltante di omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione del contratto o alla conclusione dell'accordo quadro, quando la divulgazione delle stesse possa produrre effetti pregiudizievoli sotto diversi profili.

In particolare, l'omissione è ammessa quando la pubblicazione:

- ostacoli l'applicazione della legge;
- sia contraria all'interesse pubblico, con espresso riferimento agli interessi in materia di difesa e sicurezza;
- leda i legittimi interessi commerciali degli operatori economici;
- oppure comprometta la concorrenza leale tra gli operatori.

In materia di specifiche tecniche, la disciplina si articola su un duplice piano: da un lato, mediante il rinvio alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici; dall'altro, attraverso una regolazione diretta contenuta nell'art. 24 del d.lgs. 208/2011. Tale disposizione stabilisce che le specifiche tecniche debbano essere indicate nei documenti contrattuali, quali il bando di gara, il capitolato d'onere o la documentazione complementare, e impone che esse siano formulate in modo da non introdurre ostacoli ingiustificati alla concorrenza, assicurando al contempo la parità di accesso degli operatori economici alla procedura di gara.

Il comma 3 dell'art. 24 disciplina le modalità con cui le specifiche tecniche devono essere formulate, dettando una regola di particolare rilievo per il settore della difesa e della sicurezza, in cui convivono esigenze di interoperabilità, standardizzazione e tutela della concorrenza.

In particolare, la disposizione stabilisce che, ferma restando l'applicazione delle regole tecniche nazionali obbligatorie, comprese quelle in materia di sicurezza dei prodotti, nonché dei requisiti tecnici derivanti da accordi internazionali di normalizzazione finalizzati a garantire l'interoperabilità prevista da tali accordi, e purché vi sia compatibilità con il diritto dell'Unione europea, in via prioritaria, le specifiche tecniche devono essere formulate mediante rinvio a norme e standard civili, privilegiando, in ordine di preferenza, le norme nazionali che recepiscono norme europee, le omologazioni tecniche europee, le specifiche tecniche civili comuni e le norme civili nazionali che



recepiscono norme internazionali, norme civili internazionali e altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione. Solo in mancanza di tali riferimenti, è consentito ricorrere ad altre norme civili nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche civili di origine industriale ampiamente riconosciute. Accanto a tali fonti, è previsto espressamente il ricorso agli standard di difesa nazionali e alle specifiche tecniche per il materiale di difesa ad essi assimilabili, riconoscendo così la peculiarità del settore e la necessità di fare riferimento a parametri tecnici propri dell'ambito militare.

In ogni caso, ciascun rinvio a uno standard o a una norma tecnica deve essere accompagnato dalla clausola "o equivalente", al fine di evitare indebite restrizioni alla concorrenza e garantire l'accesso degli operatori economici in possesso di soluzioni tecniche funzionalmente equivalenti.

In alternativa al rinvio a norme tecniche, la disposizione consente inoltre di formulare le specifiche in termini di requisiti prestazionali o funzionali, secondo quanto previsto dall'art. 68 del Codice del 2006 dei contratti pubblici. La norma conclude la trattazione delle specifiche tecniche rimandando ai commi dal 4 al 13 dell'art. 68 del Codice (oggi le specifiche tecniche sono regolate dall'Allegato II.5 al Codice n. 36/2023).

In materia di condizioni particolari di esecuzione del contratto, l'art. 25, comma 1, prevede che le stazioni appaltanti possano imporle, a condizione che esse siano compatibili con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Tali condizioni devono essere espressamente indicate nel bando di gara, ovvero, in caso di procedure senza previa pubblicazione del bando, nell'invito, oppure nel capitolato d'oneri. È inoltre stabilito che gli operatori economici, in sede di presentazione dell'offerta, dichiarino di accettare le condizioni particolari di esecuzione, nell'ipotesi in cui risultino aggiudicatari.

La disposizione ricalca sostanzialmente quanto previsto dall'attuale Codice dei contratti pubblici, in particolare dall'art. 113 del d.lgs. 36/2023. Tuttavia, nei commi successivi dell'art. 25 sono introdotte regole speciali con riguardo all'oggetto di tali condizioni. In particolare, esse possono concernere il subappalto, nonché essere finalizzate a garantire la sicurezza delle informazioni classificate e la sicurezza dell'approvvigionamento richieste dalla stazione appaltante, in conformità a quanto previsto dagli artt. 13 e 14 del decreto.

È infine previsto che la stazione appaltante che intenda inserire tali condizioni particolari possa darne comunicazione all'Autorità competente, la quale è chiamata a pronunciarsi sulla loro compatibilità con il diritto dell'Unione europea entro il termine di trenta giorni. Decorso inutilmente tale termine, la stazione appaltante può procedere alla pubblicazione del bando o all'invio degli inviti.



L'art. 26, infine, rinvia alla disciplina generale in materia di comunicazioni relative ai mancati inviti, alle esclusioni e alle aggiudicazioni, individuandola nell'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, oggi trasfuso nell'art. 90 del d.lgs. n. 36/2023. A tale rinvio la disposizione affianca una previsione di carattere speciale, stabilendo che le comunicazioni concernenti i motivi di esclusione debbano includere anche le ragioni poste a fondamento dell'eventuale non conformità dell'operatore economico ai requisiti di sicurezza dell'informazione e di sicurezza dell'approvvigionamento di cui agli artt. 13 e 14 del decreto.

Il decreto dedica poi quattro articoli alla disciplina del subappalto, che assume una connotazione peculiare rispetto alla disciplina generale. Gli artt. 27-30 del d.lgs. n. 208/2011 dettano infatti una regolazione autonoma, che trova integrazione nella normativa del Codice dei contratti pubblici, allora rappresentata dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 e oggi dall'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023, soltanto per gli aspetti non espressamente disciplinati e nei limiti della compatibilità con la specialità del settore.

L'elemento di maggiore originalità della disciplina è rappresentato dalla possibilità per la stazione appaltante di imporre all'aggiudicatario il ricorso al subappalto per una parte delle prestazioni. In tale ipotesi, il subappalto non è più espressione di una scelta imprenditoriale dell'operatore economico, ma diviene un vincolo imposto dall'amministrazione, entro una soglia massima predeterminata, pari al 30 per cento dell'importo contrattuale. Quando il subappalto è imposto, l'aggiudicatario è tenuto a individuare il subappaltatore attraverso procedure selettive di tipo concorrenziale, al fine di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza⁹⁰.

All'interno di tale quadro normativo è dunque possibile distinguere due diverse modalità di ricorso al subappalto. Da un lato, il subappalto imposto, disciplinato in via primaria dal d.lgs. n. 208/2011, che regola non solo la facoltà dell'amministrazione di imporre l'esternalizzazione di una parte delle prestazioni, ma anche le modalità di selezione del subappaltatore e le conseguenze derivanti dall'eventuale mancata individuazione di operatori idonei. Dall'altro lato, il subappalto facoltativo, che opera nei casi in cui la stazione appaltante non abbia imposto l'obbligo di subappalto ovvero per la parte eccedente la quota eventualmente prevista nei documenti di gara; in tali ipotesi, l'aggiudicatario resta libero di ricorrere al subappalto secondo le regole della disciplina generale del Codice dei contratti pubblici.

L'articolo 31 del d.lgs. 208/2011 disciplina i contratti sottosoglia comunitaria, ossia quei contratti relativi a lavori, servizi o forniture il cui importo è inferiore alle soglie indicate dall'articolo 10 dello stesso decreto. L'articolo 10 definisce l'ambito di applicazione del decreto, stabilendo valori specifici: se un contratto raggiunge o supera tali soglie, il

⁹⁰ Art. 5 d. P.R. n. 49/2013.



decreto si applica integralmente; per i contratti al di sotto di queste soglie, invece, si applicano solo gli articoli 1, 2, 3, 4 e 5.

Inoltre, l'articolo 31 prevede che ai contratti sottosoglia si applichino anche le disposizioni contenute nel Titolo II, Parte II del codice del 2006, che riguardano specificamente i contratti sottosoglia comunitaria.

Terminata l'analisi della disciplina nazionale di recepimento della direttiva 2009/81/CE, appare opportuno soffermarsi brevemente sull'impatto di tale intervento normativo. In proposito, la Commissione europea ha condotto nel 2016, uno studio dal quale è emerso che gli obiettivi perseguiti dalla direttiva risultavano conseguiti solo parzialmente. Nel periodo 2011-2015 si è registrato un aumento significativo del numero di appalti nei settori della difesa e della sicurezza pubblicati a livello dell'Unione; tuttavia, l'applicazione della direttiva è rimasta disomogenea tra gli Stati membri, in particolare con riferimento ai profili della concorrenza, della trasparenza e della parità di trattamento. La Commissione ha inoltre evidenziato come una parte rilevante della spesa continuasse ad essere effettuata al di fuori delle procedure previste, soprattutto per appalti relativi a sistemi di difesa complessi e di elevato valore. Anche le disposizioni in materia di subappalto non hanno prodotto i risultati auspicati, in quanto presupponevano l'esistenza di un mercato europeo realmente integrato, condizione che non si è concretamente realizzata⁹¹.

Nel complesso, pertanto, i risultati conseguiti sono stati giudicati insufficienti e non tali da determinare un cambiamento sostanziale della base industriale e tecnologica europea della difesa, anche alla luce di fattori esterni quali le differenze nei bilanci nazionali e l'evoluzione tecnologica⁹².

Proprio in considerazione di tali criticità, nel paragrafo 6 saranno esaminati gli ulteriori strumenti adottati dall'Unione europea al fine di rafforzare la base tecnologica e industriale della difesa europea, in un'ottica di maggiore integrazione e coordinamento tra gli Stati membri.

5. Profili applicativi e criticità

Nei paragrafi che seguono verrà svolta un'analisi delle modalità attraverso cui le diverse discipline sinora esaminate trovano concreta applicazione. A tal fine, si prenderà avvio dalla ricostruzione dell'assetto organizzativo del Ministero della Difesa, con particolare

⁹¹ Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva 2009/81/CE relativa agli appalti nei settori della difesa e della sicurezza, a norma dell'articolo 73, paragrafo 2, [SWD(2016) 407 final], COM(2016) 762 final*, Bruxelles, 30 novembre 2016, in www.eur-lex.europa.eu.

⁹² M. ANZALDI, *Il defence procurement europeo alla luce del nuovo scenario geopolitico*, *Op. cit.*



riferimento ai soggetti competenti e ai processi decisionali attraverso i quali vengono assunte le scelte in materia di programmazione militare.

Successivamente, l'analisi si concentrerà sulle ipotesi in cui i contratti nel settore della difesa e della sicurezza possono essere affidati mediante procedure competitive e su quelle in cui, invece, si rende necessario ricorrere al regime integralmente derogatorio previsto dall'articolo 346 TFUE, esaminandone le relative implicazioni.

Emergerà, infatti, come — fatta eccezione per i prodotti *dual use*, per i quali risulta generalmente possibile ricorrere a procedure di gara — il settore della difesa difficilmente si presti all'applicazione delle ordinarie logiche concorrenziali, rimanendo fortemente connesso alle esigenze di tutela della sicurezza nazionale. Tuttavia, si evidenzierà altresì come tale peculiarità non determini necessariamente effetti negativi sul funzionamento del mercato europeo della difesa.

5.1. Struttura gerarchica del Ministero della Difesa

Il presente paragrafo è volto a delineare l'assetto organizzativo e funzionale del Ministero della Difesa, quale premessa indispensabile per comprendere i meccanismi attraverso cui si sviluppano i processi di approvvigionamento dei mezzi militari. L'analisi della distribuzione delle competenze tra i diversi livelli decisionali consente, infatti, di inquadrare correttamente le dinamiche operative e amministrative che saranno oggetto delle successive riflessioni.

All'interno del Ministero della Difesa l'organizzazione e le funzioni sono disciplinate principalmente dal decreto legislativo del 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'Ordinamento Militare) e dai relativi regolamenti attuativi, in particolare dal d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 e dal d.P.R. 29 novembre 2017, n. 145.

Al vertice politico ed amministrativo della difesa vi è il Ministro della Difesa, preposto, ai sensi dell'articolo 10 del Codice dell'Ordinamento Militare, all'amministrazione militare e civile e massimo organo gerarchico e disciplinare. Il Ministro attua le decisioni del Governo in materia di difesa e sicurezza, una volta esaminate dal Consiglio Supremo di Difesa e approvate dal Parlamento, ed emana le direttive fondamentali in materia di politica militare, attività informativa e di sicurezza e attività tecnico-amministrativa. Egli riveste, inoltre, un ruolo centrale nella pianificazione, approvando la pianificazione generale e operativa interforze, i relativi programmi tecnico-finanziari e la pianificazione dell'area industriale di interesse della Difesa. Rappresenta infine l'Italia, direttamente o tramite delegato, negli organismi internazionali ed europei competenti in materia di difesa e sicurezza e riferisce annualmente al Parlamento sullo stato delle Forze armate e sull'organizzazione della Difesa, potendo anche disporre, su proposta del Capo di Stato Maggiore della Difesa, la riorganizzazione o soppressione di enti e organismi militari.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La disciplina dell'ordinamento militare individua nella struttura del ministero due ambiti funzionali fondamentali: l'area tecnico-operativa e l'area tecnico-amministrativa.

L'area tecnico-operativa pone al vertice il Capo di Stato Maggiore della Difesa, le cui attribuzioni sono disciplinate dagli artt. 25 e seguente del Codice dell'Ordinamento militare.

Egli rappresenta il vertice militare della Difesa ed è responsabile della direzione unitaria delle Forze Armate, dipendendo direttamente dal Ministro della Difesa. Al Capo di Stato Maggiore della Difesa competono il coordinamento interforze, la pianificazione strategica e il comando operativo delle forze. A lui rispondono i Capi di Stato Maggiore dell'Esercito, della Marina Militare e dell'Aeronautica Militare, nonché il Comandante Generale dell'Arma dei Carabinieri per le attribuzioni di natura militare e il Segretario generale della difesa per le attribuzioni tecnico-operative a quest'ultimo affidate, al quale impartisce le relative direttive.

Nell'ambito delle proprie funzioni, il Capo di Stato Maggiore della Difesa è responsabile della pianificazione, predisposizione e impiego delle Forze armate nel loro complesso. Egli elabora la pianificazione generale finanziaria e la pianificazione operativa interforze, definendo i relativi programmi tecnico-finanziari, sentiti i Capi di Stato Maggiore di Forza Armata, il Comandante del Comando Operativo di Vertice Interforze e il Comandante Generale dell'Arma dei Carabinieri, limitatamente ai compiti militari dell'Arma. Provvede inoltre, per le esigenze dei comandi direttamente dipendenti e degli enti interforze, all'impiego operativo e alla gestione diretta dei fondi di funzionamento necessari ad assicurare l'efficienza di mezzi, materiali e infrastrutture, nei limiti delle risorse stanziato dal Ministro, avvalendosi delle competenti direzioni generali. Nell'esercizio delle proprie funzioni assicura i rapporti con le autorità militari degli altri Stati e adotta le misure organizzative conseguenti ai provvedimenti di riorganizzazione disposti dal Ministro della Difesa.

L'area tecnico-amministrativa è affidata al Segretariato Generale della Difesa, e la relativa disciplina si rinviene negli artt. 40 e seguenti del Codice dell'Ordinamento militare.

Il Segretario Generale della Difesa è una figura apicale dell'amministrazione della Difesa e può essere un ufficiale dell'Esercito italiano, della Marina militare o dell'Aeronautica militare con il grado di generale di corpo d'armata o grado corrispondente in servizio permanente, ovvero un dirigente di prima fascia dell'amministrazione pubblica, anche esterno alla stessa. Nell'esercizio delle proprie funzioni egli dipende direttamente dal Ministro della Difesa per quanto riguarda le attribuzioni di carattere amministrativo e dal Capo di Stato Maggiore della Difesa per le attribuzioni di natura tecnico-operativa, rispondendo ad entrambi dell'attuazione delle direttive e delle disposizioni ricevute.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Nel quadro della pianificazione generale dello strumento militare, il Segretario Generale della Difesa, d'intesa con il Capo di Stato Maggiore della Difesa, predispone le proposte di pianificazione annuale e pluriennale generale finanziaria relative all'area industriale, pubblica e privata, di interesse della Difesa ed è responsabile dell'organizzazione e del funzionamento dell'area tecnico-industriale e tecnico-amministrativa del Ministero. Egli esercita inoltre le funzioni di Direttore Nazionale degli Armamenti, assumendo la responsabilità delle attività di ricerca e sviluppo, produzione e approvvigionamento dei sistemi d'arma, assicurandone la coerenza con le esigenze operative delle Forze Armate e con le risorse disponibili. Nell'ambito delle proprie competenze può delegare specifiche funzioni sia nell'area tecnico-amministrativa sia in quella tecnico-operativa.

Per l'esercizio delle sue attribuzioni, il Segretario Generale della Difesa si avvale delle strutture poste alle sue dipendenze, tra cui in particolare i direttori generali del Ministero della Difesa, che operano sotto il suo coordinamento per l'attuazione dei programmi e delle attività di competenza.

La Direzione Nazionale degli Armamenti svolge un ruolo centrale nell'attuazione delle politiche della Difesa, traducendo in atti concreti gli indirizzi politico-amministrativi e le direttive di alta amministrazione emanate dal Ministro della Difesa per quanto concerne le aree tecnico-industriale e tecnico-amministrativa. Essa opera con l'obiettivo di contribuire al raggiungimento dei livelli di efficienza ed efficacia fissati per lo strumento militare. Nell'esercizio delle proprie funzioni, la Direzione riceve dal Capo di Stato Maggiore della Difesa le direttive di natura tecnico-operativa relative alle attività di studio e sperimentazione, nonché ai processi di approvvigionamento dei materiali e dei sistemi d'arma. In tale contesto, e nel quadro della pianificazione generale dello strumento militare, la Direzione Nazionale degli Armamenti, in stretto raccordo con il Capo di Stato Maggiore della Difesa, elabora le proposte di pianificazione annuale e pluriennale riguardanti sia l'area industriale di interesse della Difesa sia le attività di ricerca, studio e sperimentazione.

Le priorità, una volta definite e approvate dal Capo di Stato Maggiore della Difesa, vengono tradotte in programmi concreti e, a seguito dell'assegnazione delle risorse, affidate all'attuazione tecnica delle strutture competenti.

L'esecuzione dei programmi è demandata alle Direzioni Tecniche del Segretariato Generale della Difesa/Direzione Nazionale degli Armamenti, organizzate per settore di impiego, quali la Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità (ARMAEREO), la Direzione degli Armamenti Navali (NAVARM), la Direzione degli Armamenti Terrestri (TERARM) e la Direzione Informatica, Telematica e Tecnologie Avanzate (TELEDIFE). Tali strutture operano nel rispetto dei requisiti militari approvati e delle priorità stabilite a livello interforze.



Nei paragrafi che seguono si procederà all'analisi delle procedure adottate dalle direzioni tecniche per l'approvvigionamento militare, con particolare attenzione ai contratti stipulati da ARMAEREO⁹³.

La direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità contribuisce ad assicurare la Difesa nazionale e l'adempimento degli impegni internazionali assunti dal Paese, promuovendo il sistema industriale italiano nell'ambito di una forte integrazione europea e di una solida cooperazione transatlantica. La sua missione consiste nell'acquistare e rendere disponibili alle Unità Operative delle Forze Armate e alle altre Organizzazioni governative, nei tempi previsti e a condizioni economiche congrue, sistemi di difesa aerospaziale idonei ad assicurare l'aeronavigabilità per l'intero ciclo di vita, dall'immissione in servizio fino alla dismissione. Tali sistemi devono garantire elevati standard di sicurezza per l'equipaggio, per il personale trasportato e per la popolazione sorvolata, nonché risultare pienamente rispondenti ai requisiti operativi⁹⁴.

In tale contesto si inserisce la disciplina dell'attività negoziale del Ministero della Difesa, contenuta negli articoli 534 e seguenti del Codice dell'Ordinamento Militare. Essa prevede un sistema articolato su più livelli normativi. In via generale, ai contratti del Ministero si applicano le disposizioni vigenti in materia di attività negoziale della pubblica amministrazione statale, comprese quelle relative agli acquisti tramite Consip e alla disciplina delle forniture e dei servizi informatici. Per i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture diversi da quelli rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/81/CE trova applicazione il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, unitamente alle relative disposizioni attuative. Restano altresì applicabili la legge n. 770 del 1986 e, per le locazioni di immobili funzionali alle esigenze allocative del Ministero della Difesa, l'articolo 2, comma 222, della legge n. 191 del 2009. Per contro, ai contratti relativi a lavori, servizi e forniture rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/81/CE si applica la disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 208 del 2011 e alle relative norme attuative.

La ricostruzione dell'assetto organizzativo e funzionale del Ministero della Difesa assume rilievo non già in una prospettiva meramente descrittiva, bensì in quanto strettamente funzionale alla comprensione delle modalità concrete attraverso le quali vengono pianificati, programmati e realizzati gli approvvigionamenti dei mezzi militari. La distribuzione delle competenze tra vertice politico, area tecnico-operativa e area tecnico-amministrativa consente, infatti, di individuare i centri decisionali e attuativi coinvolti nei processi di acquisizione, nonché di cogliere le interazioni tra esigenze operative, vincoli finanziari e procedure giuridico-amministrative. In tale quadro si inserisce l'obiettivo

⁹³ D.M. n. 13, 16 gennaio 2013.

⁹⁴ www.difesa.it.



dell'analisi che segue, volta a formulare alcune riflessioni critiche sull'applicazione della normativa vigente in materia di appalti nei settori della difesa e della sicurezza, con particolare riferimento al settore dell'aeronautica militare e alle procedure di approvvigionamento adottate dalle direzioni tecniche, in special modo da ARMAEREO.

5.2 Applicazioni pratiche delle procedure di gara nel contesto nazionale

Dal punto di vista pratico e applicativo, risulta particolarmente significativo esaminare le procedure che il settore aeronautico, e in particolare ARMAEREO, utilizza per l'affidamento dei contratti.

È infatti necessario operare una distinzione in base alla tipologia dei prodotti oggetto di acquisizione: taluni, soprattutto quelli a duplice uso (*dual use*)⁹⁵, sono facilmente reperibili sul mercato e, pertanto, consentono il ricorso a procedure di tipo competitivo; altri, che verranno analizzati nel paragrafo successivo, per l'elevato grado di specializzazione e anche in ragione del numero limitato di operatori economici in grado di fornirli, risultano invece talmente strettamente connessi alle esigenze di sicurezza dello Stato, tali da non consentire il ricorso a gare pubbliche.

Dall'analisi dei numerosi bandi pubblicati sul sito della Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità (ARMAEREO) emerge, inoltre, che il Codice dei contratti pubblici non trova pressoché mai applicazione, se non nei limiti dei richiami espressamente previsti dai rinvii contenuti nel d.lgs. n. 208/2011. Ne consegue che, qualora in ambito aeronautico debba essere acquisito un prodotto, la disciplina di riferimento è sempre quella dettata dal d.lgs. 208/2011.

La prassi applicativa evidenzia, peraltro, come, almeno negli anni passati, la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando — che dovrebbe avere carattere residuale — sia stata, in concreto, quella maggiormente utilizzata. Più recentemente, tuttavia, si registra un mutamento di tendenza: l'amministrazione appare infatti orientata a privilegiare, ove possibile, procedure idonee a garantire una più ampia partecipazione degli operatori economici, tra le quali assume particolare rilievo la procedura ristretta. Tale procedura consente alla stazione appaltante di selezionare, sulla base delle domande di partecipazione pervenute, gli operatori economici in possesso delle competenze tecniche richieste da invitare alla gara, senza tuttavia derogare ai principi di concorrenza, come emerge dall'analisi che segue.

⁹⁵ I prodotti 'dual use' sono definiti come beni, software o tecnologie che, pur essendo destinati a usi civili legittimi, possono essere impiegati anche a fini militari o in applicazioni che comportano rischi per la sicurezza internazionale (ad esempio, laser o componenti elettronici avanzati suscettibili di utilizzo in sistemi militari). Tali prodotti sono disciplinati dal Regolamento (UE) 2021/821, come modificato e aggiornato dal Regolamento delegato (UE) 2023/66, il quale ne definisce l'elenco e stabilisce le procedure di controllo per l'esportazione, al fine di prevenire l'utilizzo improprio di tecnologie sensibili e tutelare la sicurezza internazionale.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Dall'esame degli atti e dei documenti di gara pubblicati da ARMAEREO risulta che tale procedura viene frequentemente impiegata per l'acquisizione di forniture che non incidono su specifiche esigenze di sicurezza o riservatezza, ma che sono comunque destinate all'impiego in ambito militare o che, in ogni caso, rientrano nella categoria dei materiali sensibili ai sensi dell'art. 2, d.lgs. 208/2011⁹⁶.

In particolare, tra gli esempi di procedure ristrette si può citare il bando pubblicato⁹⁷ da ARMAEREO per il rinnovo e il potenziamento della capacità aviolancistica, finalizzato alla sostituzione del materiale obsoleto con nuove attrezzature di lancio e alla formazione dei paracadutisti militari italiani attraverso specifici corsi di addestramento. L'iniziativa riguarda, dunque, da un lato l'acquisto di nuovi equipaggiamenti e, dall'altro, l'erogazione di attività formative⁹⁸.

Da tale tipologia di affidamento emerge chiaramente la ragione della scelta della procedura.

Gli equipaggiamenti richiesti, pur dovendo integrare standard tecnici specifici, si prestano ad essere forniti da diversi operatori economici rendendo dunque possibile l'adozione di una procedura competitiva per il loro acquisto. Si tratta, infatti, di un affidamento che non necessita di essere secretato né richiede l'adozione di particolari misure di tutela della sicurezza dello Stato tali da impedire la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea e sulle piattaforme digitali nazionali, tra cui il sito istituzionale della Difesa e, pertanto, può svolgersi nel pieno rispetto delle regole sulla concorrenza.

⁹⁶ Art. 2, d.lgs. n. 208/2011.

⁹⁷ Determinazione a contrarre M_D A4B89B9 DAC2025 0000107 28-07-2025. MINISTERO DELLA DIFESA SEGRETARIATO GENERALE DELLA DIFESA E DIREZIONE NAZIONALE DEGLI ARMAMENTI Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità 3° Reparto – 7^a Divisione; OGGETTO: Potenziamento della capacità aviolancistica – Acquisizione sistemi paracadute TCL IP/AFF, TCL IP/HALO HAHO, TCL CCALM, addestramento avanzato, tandem, corsi di addestramento

⁹⁸ Nello specifico, si è previsto l'acquisto di diverse tipologie di paracadute specifici per la tecnica TCL (Tecnica Caduta Libera), destinati a lanci ad alta quota (*high altitude*), tra cui:

- TCL IP/AFF (*Instructor Position/Accelerated Free Fall*): paracadute destinati alla formazione e all'addestramento, usati dagli istruttori per istruire gli allievi in caduta libera.
- TCL IP/HALO HAHO (*High Altitude Low Opening / High Altitude High Opening*): sistemi tattici avanzati per lanci da grandi altezze. In particolare, la tecnica HALO prevede il lancio da alta quota e apertura a bassa quota (caduta libera), mentre la tecnica HAHO prevede il lancio da alta quota e apertura ad alta quota (veleggiamento per lunghe distanze).
- TCL CCALM (*Combat Combat Air Launch/Load*): sistemi specifici per il lancio con equipaggiamento da combattimento, o per lanci "a doppia imbracatura" che permettono il trasporto di carichi pesanti o armi.
- Paracadute *Tandem*: sistemi biposto, necessari per l'inserzione di operatori specializzati (es. cani cinofili o personale non paracadutista).

A tali forniture si affiancano i corsi di formazione, che comprendono:

- corsi di addestramento avanzato: corsi per l'abilitazione all'uso delle nuove attrezzature sopra descritte;
- addestramento *Tandem*: corsi specifici per l'uso dei paracadute biposto.



Tuttavia, poiché, come anticipato i sistemi di lancio richiedono delle specifiche tecniche precise, la stazione appaltante ha fatto ricorso alla procedura ristretta di cui all'art. 17 del d.lgs. 208/2011, che consente all'amministrazione di operare secondo le seguenti fasi.

Da un lato, nella fase iniziale, qualsiasi operatore economico interessato può presentare domanda di partecipazione, garantendo così l'apertura al mercato; dall'altro, gli operatori, per essere invitati alla fase successiva devono dimostrare il possesso di requisiti tecnici estremamente elevati, in considerazione delle specifiche HALO/HAHO. La procedura ristretta consente, pertanto, di invitare esclusivamente i candidati ritenuti idonei, i quali riceveranno la lettera di invito a presentare l'offerta tecnica ed economica, rispondenti ai documenti di gara.

Si esclude, dunque, il ricorso alla procedura aperta disciplinata dal d.lgs. 36/2023, poiché, come risulta dalla determina, i "materiali, oggetto del processo acquisitivo, sono strumentali alle esigenze operative ed acquisiscono natura di materiale militare". Di conseguenza, trattandosi di un contratto misto in cui la prestazione prevalente consiste nella fornitura di tali prodotti, deve essere esclusa l'applicazione del Codice dei contratti pubblici (ex. art. 136, d.lgs. n. 36/2023).

In questo modo si garantisce, da un lato, che solo operatori con comprovata esperienza nella fornitura di equipaggiamenti critici (spesso in possesso di specifici Nulla Osta di Sicurezza o di certificazioni NATO) possano accedere ai dettagli tecnici completi del capitolato; dall'altro, si assicura la trasparenza della procedura attraverso la pubblicazione degli atti, nonostante l'accesso alla gara sia opportunamente filtrato, al fine di garantire che un equipaggiamento così tecnico e sensibile per la sicurezza nazionale sia fornito esclusivamente da aziende affidabili.

Talvolta la procedura ristretta può essere soggetta a una riduzione dei termini qualora sussistano motivate ragioni di urgenza che rendano impossibile il rispetto dei termini minimi ordinariamente previsti per tale procedura dagli articoli 72 del d.lgs. 36/2023 e 17 del d.lgs. 208/2011.

Dunque, in tali casi la stazione appaltante può adottare una procedura ristretta accelerata fissando:

per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara e per la ricezione delle offerte, un termine non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte (in luogo dei termini ordinari di 30 gg previste per ambedue le fasi).

A titolo esemplificativo, lo Stato Maggiore dell'Aeronautica ha richiesto ad ARMAEREO di riattivare la procedura di gara per il rinnovo della flotta *tanker/transport*



nella forma della procedura ristretta⁹⁹, in quanto il precedente procedimento di gara, già esperito, si era concluso infruttuosamente, non essendo pervenute offerte rispondenti ai requisiti operativi definiti dalla stazione appaltante.

In particolare, l'oggetto della gara riguardava il rinnovamento, il potenziamento e il supporto logistico integrato della linea *tanker heavy role* dell'Aeronautica militare. A tal fine, era prevista l'acquisizione di sei nuovi velivoli *tanker*, mediante il coinvolgimento di operatori economici diversi da Boeing e in grado di fornire soluzioni alternative, a integrazione della flotta già esistente composta dai velivoli Boeing KC-767A *Tanker/Transport*, derivati dal modello civile Boeing 767-200ER (*Extended Range*), nonché del relativo servizio di supporto logistico integrato, necessario a garantire la capacità di rifornimento in volo a lungo e lunghissimo raggio.

La decisione di ricorrere a una procedura accelerata è stata giustificata dall'esigenza di assicurare, nel più breve tempo possibile — anche in considerazione del fatto che si trattava del secondo esperimento di gara avente il medesimo oggetto — il completamento del processo di rinnovamento. Infatti, come è emerso dalla determina a contrarre, l'eventuale mancata acquisizione avrebbe compromesso la capacità operativa dell'Aeronautica Militare, incidendo sullo svolgimento dei compiti istituzionali e sulle operazioni di supporto internazionale. Inoltre, l'urgenza era rafforzata dalla consapevolezza che il mutato contesto geopolitico e l'emergere di nuove minacce globali rendono imprescindibile la disponibilità degli assetti richiesti entro le tempistiche indicate nel Requisito Tecnico Operativo.

Alla luce degli esempi richiamati, sotto un profilo di carattere generale, assume rilievo il fatto che il ricorso alla procedura ristretta, sia nella forma ordinaria sia in quella accelerata, trovi giustificazione nell'elevato grado di complessità e di specializzazione del sistema d'arma oggetto di acquisizione, il quale impone la selezione di operatori economici in possesso di comprovata esperienza e adeguate competenze tecniche, idonee ad assicurare il pieno soddisfacimento dei requisiti tecnico-operativi (RTO) e la presentazione di offerte caratterizzate da un elevato livello qualitativo e tecnologico. La limitazione della partecipazione ai soli operatori effettivamente in grado di formulare offerte conformi ai requisiti prescritti risulta, pertanto, funzionale alla razionalizzazione,

⁹⁹ Determinazione a contrarre M_D A4B89B9 DAC2025 0000043 17-04-2025. MINISTERO DELLA DIFESA SEGRETARIATO GENERALE DELLA DIFESA E DIREZIONE NAZIONALE DEGLI ARMAMENTI Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità 1° Reparto – 3^a Divisione; OGGETTO: E.F. 2025 – “RINNOVAMENTO, POTENZIAMENTO E SUPPORTO LOGISTICO INTEGRATO LINEA TANKER HEAVY MULT I ROLE A.M.” - VSP 400 7220-02C120PB 223-014.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

alla semplificazione¹⁰⁰ e all'efficienza complessiva del procedimento tecnico-amministrativo¹⁰¹.

Tuttavia, in ragione delle peculiarità dell'oggetto dell'appalto, non sempre è possibile garantire la più ampia partecipazione degli operatori economici presenti sul mercato e in tali ipotesi l'amministrazione aggiudicatrice sarà chiamata a ricorrere a procedure caratterizzate da un maggiore grado di flessibilità: tra queste la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, disciplinata dall'art. 18 del d.lgs. n. 208/2011, risulta essere quella maggiormente utilizzata dall'amministrazione della difesa¹⁰². Ciò avviene nonostante la normativa individui in modo tassativo e restrittivo le ipotesi in cui è consentito il ricorso a tale procedura e richieda, a tal fine, una specifica e puntuale motivazione, da indicare sia nella determina a contrarre sia nell'avviso contenente i risultati della procedura¹⁰³.

Nel concreto, un primo esempio di affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è rappresentato dalla determinazione a contrarre pubblicata da ARMAEREO¹⁰⁴ per garantire la continuità del Supporto logistico e tecnico-

¹⁰⁰ Sulla semplificazione delle procedure amministrative cfr. M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole sulla semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; B. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid Rassegna*, 2019; A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, pp. 989 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, ed. 5., pp. 152-153; M.A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989, vol. II; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2010; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; S. CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, in *Notiziario Giuridico Regionale*, 1998, n. 2/3, 143 e ss.

¹⁰¹ Sull'efficienza dell'azione amministrativa cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, 2022; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; A. POLICE, M. IMMORDINO, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003* – Torino, G. Giappichelli Editore, 2004; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio di risultato*, in *astrid-online.it*, 2023; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, *Op. cit.*, pp. 5 ss.; S. PERONGINI, *Il principio di risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2023, p. 2; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio di risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 2023; H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Judicium. Il nuovo processo civile in Italia e in Europa*, *judicium.it*, settembre 2023.

¹⁰² Ad esempio, dalle tabelle delle procedure concorsuali avviate da ARMAEREO e concluse nell'anno 2023 si evince che di 55 procedure, una sola è stata aggiudicata tramite procedura ristretta, 31 sono state affidate tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, 3 di cottimo fiduciario e 20 con affidamento diretto per variante superiore al 20%. Tuttavia, dalle determine a contrarre pubblicate nel 2025 risulta preponderante l'utilizzo della procedura ristretta.

¹⁰³ Art. 18, co. 1, d.lgs. n. 208/2011.

¹⁰⁴ Determinazione a contrarre M_D A4B89B9 DAC2025 0000150 10-10-2025. MINISTERO DELLA DIFESA SEGRETARIATO GENERALE DELLA DIFESA E DIREZIONE NAZIONALE DEGLI ARMAMENTI Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità 1° Reparto – 3^a Divisione;



ingegneristico del tipo “*Performance Based Logistics (PBL)*”, operato dalla Ditta Responsabile di Sistema (*Boeing*), relativo alla flotta costituita dai quattro velivoli, *Boeing KC-767A Tanker/Transport*, già menzionati. La scelta della procedura negoziata, in luogo della procedura ristretta richiamata in precedenza, trova fondamento nell’oggetto del contratto. Mentre, infatti, la procedura ristretta era finalizzata al rinnovamento della flotta attraverso l’acquisizione di sei nuovi velivoli tanker e del relativo supporto logistico, in questa seconda circostanza lo Stato Maggiore dell’Aeronautica ha manifestato l’esigenza di garantire la continuità del supporto logistico relativo ai velivoli già in dotazione all’aeronautica militare, e quindi attualmente affidato alla Ditta Responsabile di Sistema Boeing. L’esigenza principale consisteva, pertanto, nell’assicurare la continuità operativa e funzionale di un servizio essenziale già in essere, piuttosto che nell’individuazione di nuovi operatori economici sul mercato.

In particolare, il supporto logistico della flotta KC-767A, attualmente assicurato dalla Boeing, in qualità di detentrica del Certificato di Tipo Militare n. 56 Rev. 1 del velivolo KC-767A dell’Aeronautica Militare, e dalla Ditta Responsabile di Sistema Boeing, nominata da ARMAEREO con P.T.A. AER.1C-KC767A-00-101 del 24 maggio 2010, doveva essere garantito dalla medesima impresa. Ciò in quanto Boeing è l’unica proprietaria dei dati tecnici e di progetto relativi alle modifiche sviluppate e applicate al velivolo commerciale Boeing 767-200ER per la realizzazione dei velivoli KC-767A Tanker Heavy Multi Role in dotazione all’Aeronautica Militare.

Tale continuità, pertanto, poteva essere assicurata esclusivamente mediante il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell’art. 18, comma 2, lettera d), del d.lgs. n. 208/2011, il quale consente alle stazioni appaltanti di aggiudicare contratti mediante tale procedura nelle ipotesi tassativamente previste, tra cui il caso in cui l’affidamento possa avvenire unicamente a favore di un determinato operatore economico per ragioni di natura tecnica o per la tutela di diritti esclusivi.

Ne consegue che, essendo i dati di progetto e tecnici di proprietà esclusiva della Boeing e non avendo quest’ultima rilasciato licenze ad altri soggetti commerciali diversi dalla ditta stessa, sussistevano le condizioni di infungibilità che legittimano il ricorso alla procedura negoziata ai sensi dell’art.18 comma 2, lett. d) del d.lgs. 208/2011. L’affidamento è stato, pertanto, disposto in favore di Boeing, quale unica Ditta Responsabile di Sistema e unica detentrica dei dati di progetto relativi alle modifiche tecniche dell’intero sistema d’arma KC-767A.



A titolo esemplificativo, si richiamano ulteriori due casi nei quali la Direzione tecnica ha fatto ricorso, rispettivamente, alla procedura ristretta e alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Con riferimento alla procedura ristretta, oltre al caso già richiamato relativo ai paracadute, può essere richiamata l'acquisizione dei sistemi *Radar Signal Simulator* per la linea C-130J, dispositivi tecnologicamente avanzati impiegati per la generazione di scenari di minaccia complessi, mediante la simulazione di radar nemici, missili o sistemi di difesa antiaerea¹⁰⁵. In tale contesto, ARMAEREO ha ritenuto che la presenza di una pluralità operatori sul mercato consentisse il ricorso alla procedura di tipo competitivo individuando nella procedura ristretta lo strumento più idoneo¹⁰⁶.

Un ulteriore esempio, questa volta relativo al ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è rappresentato dall'affidamento a Leonardo S.p.A. delle prestazioni di supporto industriale per la flotta dei velivoli P-72A dell'Aeronautica Militare¹⁰⁷. Tale programma è finalizzato a garantire la continuità operativa, l'efficienza e la piena disponibilità dei velivoli da pattugliamento marittimo P-72A in servizio presso il 41° Stormo di Sigonella¹⁰⁸. Le attività in questione possono essere svolte esclusivamente da Leonardo S.p.A., unico operatore economico in possesso dei dati di progetto, delle competenze tecniche specialistiche e dei diritti esclusivi necessari per intervenire sull'intero sistema d'arma P-72A. Ne consegue, pertanto, la sussistenza delle condizioni di infungibilità ed esclusività tecnica che legittimano l'affidamento diretto a un unico operatore, in conformità alla disciplina degli appalti nel settore della difesa¹⁰⁹.

Da questa breve disamina è possibile cogliere le differenti *rationes* che sottendono la scelta dell'una o dell'altra procedura di affidamento, fermo restando che il Codice dei contratti pubblici non viene mai applicato.

In particolare, la procedura ristretta viene preferita ogniqualvolta l'oggetto del contratto — che si tratti di lavori, forniture o servizi — pur essendo altamente specialistico, possa essere realizzato da una pluralità di operatori economici presenti sul mercato e in possesso

¹⁰⁵ Determinazione a contrarre M_D A4B89B9 0000184 14-11-2025. MINISTERO DELLA DIFESA SEGRETARIATO GENERALE DELLA DIFESA E DIREZIONE NAZIONALE DEGLI ARMAMENTI Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità 3° Reparto – 7ª Divisione; OGGETTO: Acquisizione capacità di autoprotezione per velivoli della Difesa - Acquisizione RADAR SIGNAL SIMULATOR PER C-130J.

¹⁰⁶ Determinazione a contrarre M_D A4B89B9 0000184 14-11-2025.

¹⁰⁷ Contratto n. 1070 di rep. del 9/10/2023; CIG: Z143C8DFA1.

¹⁰⁸ Il P-72A costituisce una versione militare dell'ATR 72-600, appositamente configurata per missioni di pattugliamento marittimo, sorveglianza, ricerca e soccorso (SAR) e contrasto ai traffici illeciti nel Mediterraneo, inclusi il contrabbando e l'immigrazione clandestina.

¹⁰⁹ Art. 18, co. 2, lett. d) d.lgs. n. 208/2011.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dei requisiti tecnici richiesti¹¹⁰. In tutti quei casi in cui risulti, dunque, l'esistenza di più operatori potenzialmente idonei a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, si procede mediante procedura ristretta al fine di garantire il rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità. Diversamente, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando si giustifica nei casi in cui l'oggetto del contratto riguardi attività di integrazione, mantenimento o supporto di sistemi già esistenti, precedentemente affidati a operatori economici qualificati, affidabili e debitamente certificati¹¹¹. In tali ipotesi, la natura delle prestazioni richieste e l'esigenza di assicurare la continuità operativa, come emerso, ad esempio, nel caso Boeing, rendono di fatto impraticabile il ricorso a procedure di gara aperte o comunque competitive.

Alla luce di quanto sin qui esposto, è pertanto inevitabile che, in talune circostanze, la concorrenza risulti limitata, in quanto, come anticipato, dall'analisi complessiva emerge che, in ragione della specificità dei contratti relativi a materiale militare o sensibile, nonché ai lavori, forniture e servizi ad essi connessi, l'applicazione del Codice dei contratti pubblici viene sistematicamente esclusa. Ciò, tuttavia, non determina particolari criticità, poiché l'ordinamento prevede la disciplina speciale di settore, rappresentata dal d.lgs. 208/2011, che consente legittimamente tali esclusioni. In questo senso, l'esperienza nazionale mostra come il legislatore e le amministrazioni abbiano tentato di governare la tensione tra concorrenza e sicurezza non attraverso una compressione radicale delle dinamiche concorrenziali, bensì mediante una diversa modulazione degli strumenti procedurali. La disciplina speciale consente infatti di calibrare il grado di apertura del mercato in funzione della sensibilità delle forniture, preservando, ove possibile, forme di

¹¹⁰ Come anticipato, si tratta frequentemente di ipotesi in cui l'oggetto del contratto è costituito da prodotti a duplice uso (*dual use*), suscettibili di impiego sia in ambito civile sia in ambito militare. Tali caratteristiche consentono la partecipazione di operatori economici attivi nei settori civili, con conseguente ampliamento della platea dei potenziali fornitori rispetto a quella, più ristretta, delle imprese operanti esclusivamente nel comparto militare.

¹¹¹ Quanto emerso dall'analisi della prassi rappresenta soltanto una delle applicazioni più frequenti della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. L'ordinamento, infatti, tutela numerose ulteriori situazioni nelle quali tale procedura può essere legittimamente utilizzata. In particolare, il ricorso alla procedura negoziata senza bando è ammesso, a titolo esemplificativo, nei casi di urgenza derivante da situazioni di crisi incompatibili con i termini delle procedure ordinarie; nelle ipotesi di consegne complementari affidate al fornitore originario, qualora il cambiamento di operatore comporterebbe incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; nei casi di affidamento di lavori o servizi complementari non compresi nel progetto iniziale, resisi necessari a seguito di circostanze impreviste, purché aggiudicati all'operatore economico già incaricato, e così via.

Le fattispecie richiamate costituiscono soltanto alcune delle ipotesi derogatorie espressamente previste dall'articolo 18, comma 2, del decreto legislativo n. 208 del 2011, che delinea un sistema di eccezioni alla regola generale dell'evidenza pubblica, giustificate dalla specificità del settore della difesa e della sicurezza e dalla necessità di assicurare tempestività, efficacia e continuità dell'azione amministrativa.



confronto competitivo compatibili con le esigenze di riservatezza, di continuità degli approvvigionamenti e di tutela del know-how strategico. La concorrenza, pertanto, non viene espunta dal sistema, ma riorientata secondo criteri funzionali alle specificità del settore.

In questa prospettiva, la disciplina speciale di settore non introduce modelli estranei al diritto degli appalti, ma si caratterizza piuttosto per l'esclusione sistematica della procedura aperta, a favore di procedure che consentono una selezione preventiva degli operatori economici e un maggiore controllo sui profili di sicurezza e affidabilità. In tale assetto, la concorrenza non viene mortificata, ma canalizzata all'interno di perimetri ristretti e qualificati, consentendo alle amministrazioni di mantenere un confronto competitivo tra operatori selezionati senza rinunciare del tutto alle logiche di mercato, ma evitando al contempo l'esposizione indiscriminata tipica delle procedure aperte.

La questione maggiormente problematica e controversa riguarda, invece, il ricorso da parte delle stazioni appaltanti all'art. 346 TFUE, disposizione che consente di derogare integralmente alle regole comunitarie in materia di concorrenza in presenza di esigenze di tutela degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato. Tale norma, se applicata in un'ottica collaborativa tra Stati, non presenta particolari criticità; essa diviene, tuttavia, problematica quando viene utilizzata in modo eccessivo o, soprattutto, improprio, come verrà illustrato nei paragrafi successivi.

5.3. L'utilizzo della deroga ex art. 346 TFUE nel contesto nazionale

Dall'analisi sinora svolta è emerso come, a livello teorico, la disciplina dei contratti in materia di difesa e sicurezza sia connotata da una normazione multilivello, volta ad armonizzare il *procurement* militare, attribuendo a tali approvvigionamenti una base giuridica adeguata in grado di contemperare le esigenze di apertura al mercato con quelle di riservatezza e tutela della sicurezza nazionale.

Tuttavia, nella prassi, ciascun Paese tende a nazionalizzare gli acquisti, manifestando spinte egoistiche e protezionistiche finalizzate a evitare la condivisione di informazioni sensibili. Tale fenomeno si riscontra, in particolare, con riferimento a prodotti quali i velivoli da combattimento, caratterizzati da un elevato grado di specializzazione, dall'impiego di know-how tecnologico estremamente avanzato, da un numero limitato di operatori economici in grado di assicurarne la produzione, nonché dalla natura sensibile delle informazioni necessarie alla loro realizzazione, spesso coperte da segreto militare. Ne consegue, in concreto, la necessità di comprendere come vengano effettivamente svolte le procedure di acquisto di tali prodotti nella prassi amministrativa.

Come anticipato, il settore di maggiore interesse con riferimento alle deroghe al diritto dell'Unione europea è rappresentato dall'Aeronautica Militare, con particolare riguardo



agli acquisti che la Direzione degli Armamenti Aeronautici e per l'Aeronavigabilità (ARMAEREO) effettua per conto del Ministero della Difesa.

Nello specifico, per l'acquisto dei velivoli militari, ARMAEREO si avvale in modo sistematico della clausola di cui all'art. 346 TFUE, che consente una deroga alle norme dell'Unione in materia di appalti e concorrenza in presenza di prodotti strettamente connessi alle esigenze di sicurezza nazionale, in ragione della loro intrinseca riservatezza. La prassi evidenzia, infatti, come nel settore in esame il ricorso a tale deroga costituisca uno strumento ordinario ogniqualvolta lo Stato membro — nel caso di specie l'Italia — ritenga che l'applicazione delle regole generali comporterebbe la divulgazione di informazioni pregiudizievoli per la tutela dei propri interessi essenziali di sicurezza, ai sensi dell'art. 346, par. 1, lett. a), TFUE, ovvero reputi necessario adottare misure volte a salvaguardare tali interessi con riferimento alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, ai sensi della lettera b) della medesima disposizione. In tale ultima ipotesi, la deroga è tuttavia consentita a condizione che le misure adottate non incidano sulle condizioni di concorrenza nel mercato interno relativamente ai prodotti non destinati a fini specificamente militari.

Pertanto, per mezzo della richiamata disposizione, ARMAEREO può procedere all'acquisto dei velivoli necessari, sulla base delle indicazioni programmatiche dello Stato maggiore, prescindendo dall'utilizzo delle ordinarie procedure di gara, e stipulando contratti diretti con le agenzie di riferimento. Ne consegue l'assenza di riferimenti puntuali alle singole procedure sia perché l'approvvigionamento avviene mediante contratti diretti e non attraverso procedure di evidenza pubblica, sia perché ciascun velivolo richiede specifiche tecniche connotate da un elevato grado di riservatezza, incompatibile con forme di pubblicità.

Tuttavia, come anticipato nel paragrafo precedente, qualora l'utilizzo della deroga avvenga in un'ottica collaborativa, tale modalità di approvvigionamento non pone particolari criticità, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo.

In Italia, infatti, l'acquisto dei mezzi da combattimento, pur avvenendo mediante il ricorso all'articolo 346 TFUE, si inserisce generalmente all'interno di programmi di cooperazione internazionale. È il caso, ad esempio, dei velivoli militari Tornado ed Eurofighter Typhoon, per i quali l'approvvigionamento è stato effettuato attraverso i rispettivi consorzi industriali internazionali di cui l'Italia è parte.

Nello specifico, si tratta di due distinti consorzi multinazionali.

Il primo è il Consorzio Panavia Aircraft GmbH¹¹², costituito da Germania, Italia e Regno Unito per la progettazione, lo sviluppo e la produzione del velivolo Tornado, nell'ambito del programma MRCA (Multi Role Combat Aircraft).

¹¹² www.panavia.de.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il secondo è il Consorzio Eurofighter GmbH¹¹³, incaricato della realizzazione del caccia multiruolo avanzato Eurofighter Typhoon¹¹⁴. Tale Consorzio è partecipato dalle principali industrie aeronautiche europee (Leonardo, BAE Systems e Airbus Defence & Space) ed è finalizzato a soddisfare le esigenze di approvvigionamento delle Forze aeree dei quattro Stati partecipanti: Italia, Regno Unito, Germania e Spagna.

Dal punto di vista nazionale, ogniqualvolta l'Aeronautica Militare debba procedere all'acquisto di velivoli Tornado o Eurofighter Typhoon, l'approvvigionamento avviene tramite la NATO Eurofighter and Tornado Management Agency (NETMA), agenzia intergovernativa NATO incaricata della gestione unitaria dei programmi, dei contratti e delle attività di sviluppo e produzione congiunta di entrambi i sistemi d'arma.

La NETMA svolge un ruolo centrale nella gestione del ciclo di vita dei contratti, occupandosi delle attività di supporto, degli aggiornamenti di capacità e delle acquisizioni di nuovi velivoli e dei relativi motori. Istituita nel 1996 e inserita nella più ampia struttura di supporto e approvvigionamento della NATO (NATO Support and Procurement Agency), l'Agenzia è composta da personale civile e militare proveniente dalle quattro nazioni partecipanti al programma Eurofighter. Ciò che rileva maggiormente ai fini della presente analisi è, tuttavia, la funzione svolta dalla NETMA quale interfaccia istituzionale tra gli Stati *partner* e il consorzio industriale Eurofighter, in quanto essa rappresenta il canale attraverso cui vengono tradotte le esigenze operative nazionali degli stati partecipanti in scelte contrattuali e industriali comuni, coordinando il rapporto tra domanda pubblica e offerta industriale nel quadro del programma.

Pertanto, ARMAEREO non opera in modo autonomo nella definizione dell'oggetto dell'approvvigionamento, ma interviene a valle di una decisione assunta a livello politico-militare. Lo Stato Maggiore dell'Aeronautica individua, infatti, le esigenze operative e definisce il programma di acquisizione, comprensivo delle risorse finanziarie necessarie, che viene poi assegnato ad ARMAEREO per la fase attuativa.

Ricevuti il programma e i fondi, ARMAEREO agisce quale stazione appaltante tecnica, senza tuttavia avviare procedure di evidenza pubblica né procedere a una selezione concorrenziale degli operatori economici. Nel caso dei velivoli Eurofighter o Tornado, l'attuazione del programma avviene all'interno del meccanismo cooperativo già delineato, attraverso il coordinamento con la NATO Eurofighter and Tornado Management Agency, che svolge la funzione di interfaccia tra le nazioni *partner* e il consorzio industriale.

¹¹³ www.eurofighter.com.

¹¹⁴ L'Eurofighter Thypoon è un caccia multiruolo della quarta generazione e mezza inizialmente concepito come caccia intercettore e da superiorità aerea, ma, negli anni, adattato anche a cacciabombardiere, ricognitore e aereo da supporto aereo ravvicinato.



La NETMA raccoglie e armonizza le esigenze dei singoli Stati partecipanti, le traduce in decisioni comuni di programma e gestisce il rapporto con il Consorzio Eurofighter (o Panavia), assicurando il coordinamento tra domanda pubblica e offerta industriale. In questo assetto, ARMAEREO non “chiama” il mercato né individua un contraente, ma dà esecuzione a scelte già definite in sede intergovernativa, operando all’interno di una struttura cooperativa che prescinde integralmente dalle logiche procedurali proprie del diritto degli appalti.

In un sistema di approvvigionamento strutturato in questi termini, il ricorso all’art. 346 TFUE assume una funzione che va oltre la mera eccezione puntuale alle regole del mercato interno. L’acquisizione dei velivoli Eurofighter si inserisce infatti in un programma cooperativo di lungo periodo, fondato su accordi intergovernativi, su una ripartizione prestabilita delle attività industriali e su un’elevata integrazione tra esigenze operative, scelte politiche e assetti produttivi. In tale contesto, l’applicazione delle procedure concorrenziali ordinarie risulterebbe non solo difficilmente compatibile con le esigenze di riservatezza e di sicurezza, ma anche strutturalmente incoerente rispetto alla logica stessa del programma.

Il ricorso alla clausola di salvaguardia consente, pertanto, di sottrarre l’acquisizione a un confronto competitivo che presupporrebbe l’apertura del mercato e la comparazione tra operatori alternativi, quando invece il fornitore è già individuato all’interno di un assetto cooperativo definito a monte (in virtù della specificità del prodotto). In questa prospettiva, l’art. 346 TFUE non opera come strumento di deroga episodica, ma come presupposto giuridico che rende possibile l’attuazione di programmi comuni di armamento, nei quali la concorrenza è sostituita da meccanismi di cooperazione industriale e di condivisione degli oneri e dei benefici tra gli Stati partecipanti.

Tuttavia, come anticipato, non può escludersi che un utilizzo estensivo e poco rigoroso della clausola derogatoria possa sollevare profili critici, soprattutto laddove essa venga invocata al di fuori di contesti cooperativi consolidati o in assenza di una effettiva necessità di tutela degli interessi essenziali di sicurezza. È su questo terreno che si colloca la valutazione più problematica dell’art. 346 TFUE, che verrà sviluppata nel paragrafo successivo.

5.4. Riflessioni critiche sull’utilizzo dell’articolo 346 TFUE

Come si evince dal paragrafo precedente, l’utilizzo della clausola di cui all’articolo 346 TFUE non comporta necessariamente una restrizione negativa della concorrenza. Se si osserva, infatti, l’approccio adottato dall’Italia, emerge come, pur sottraendo determinate acquisizioni alle procedure di evidenza pubblica, e quindi al coinvolgimento diretto degli operatori economici presenti sul mercato, tale scelta sia compensata da una strutturata attività di cooperazione internazionale. Esempio emblematico è rappresentato dalla



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

partecipazione italiana a programmi consortili europei, come quello dell'Eurofighter, che nei fatti contribuiscono alla creazione di un mercato europeo collaborativo.

In un settore caratterizzato da un numero estremamente limitato di operatori, che risultano peraltro ricorrenti, la rinuncia alle procedure di gara può rispondere a esigenze di efficienza, di riduzione dei tempi e di tutela della riservatezza contrattuale, senza tradursi necessariamente in una chiusura del mercato. In tale prospettiva, la sottrazione alle procedure concorsuali non elimina la concorrenza, ma la riconfigura su base cooperativa, contribuendo alla costruzione di un mercato unico della difesa attraverso strumenti diversi da quelli tradizionali del diritto degli appalti. È evidente, tuttavia, che un utilizzo distorto della clausola produce effetti opposti, alterando l'equilibrio concorrenziale e snaturandone la funzione originaria.

Un confronto con l'esperienza francese consente di cogliere con maggiore chiarezza tale distinzione. Nel 1979 la Francia prese parte al primo programma di sviluppo di un caccia europeo avviato dal Regno Unito e dalla Germania Ovest, rispettivamente attraverso British Aerospace e Messerschmitt-Bölkow-Blohm, noto come *European Collaborative Fighter (ECF)*, al quale si unì successivamente anche l'Italia.

Tuttavia, già nel 1985, la Francia abbandonò il progetto non avendo ottenuto né la leadership dello stesso né l'accoglimento della richiesta di realizzare il velivolo con il motore nazionale *Snecma*.

Di conseguenza, mentre Germania, Italia e Regno Unito confermarono la volontà di proseguire nello sviluppo del nuovo caccia multiruolo europeo — cui la Spagna si sarebbe unita nel settembre dello stesso anno — la Francia si ritirò formalmente dal programma il 2 agosto 1985, rivendicando il controllo tecnico e industriale dell'iniziativa.

In tale contesto, Dassault Aviation, storicamente protagonista dello sviluppo dei principali velivoli da combattimento francesi, dai Mirage al Rafale, e portatrice di una consolidata tradizione di autonomia tecnologica e decisionale, avanzò, infatti, istanze che non trovarono accoglimento presso gli altri *partner*, orientati invece verso una struttura consortile più equilibrata e soluzioni tecnologiche condivise, prevalentemente finalizzate alla superiorità aerea continentale e incompatibili con un programma dominato da Parigi. L'uscita di scena della Francia segnò, dunque, una svolta storica: da quel momento l'Europa avrebbe sviluppato due velivoli distinti, l'Eurofighter Typhoon e il Dassault Rafale. In tale prospettiva, il ritiro francese non costituì una mera uscita negoziale, bensì una scelta strategica volta a preservare l'autonomia decisionale, la coerenza dottrinale e il controllo industriale nazionale, determinando la nascita di due caccia europei profondamente diversi per filosofia progettuale e modalità di impiego.

Tale episodio non è isolato. Ancora oggi, infatti, la Francia manifesta un approccio marcatamente protezionistico nei programmi di difesa europea, privilegiando il controllo nazionale delle tecnologie strategiche. Questa impostazione è emersa, da ultimo,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

nell'ambito del programma FCAS (*Future Combat Air System*), progetto congiunto tra Francia, Germania e Spagna per lo sviluppo di un sistema di combattimento aereo di sesta generazione. Sotto l'impulso del presidente Emmanuel Macron, la Francia ha sostenuto un modello fondato su una leadership nazionale che avrebbe consentito a Parigi di orientare le architetture del sistema e le sue evoluzioni future, relegando gli altri partner a ruoli subordinati.

Su tale impostazione la Germania ha assunto una posizione critica, ritenendola incompatibile con la natura di un progetto realmente congiunto. Il confronto con Berlino non ha trovato soluzione poiché il dissenso non era di carattere meramente negoziale, bensì concettuale, riguardando il diverso modo in cui Francia e Germania concepiscono la cooperazione militare europea: la prima come strumento di rafforzamento della propria centralità, la seconda come meccanismo di equilibrio e condivisione. Ne è derivato uno stallo politico-industriale, nel quale non risulta ancora definito se il progetto debba proseguire, essere ristrutturato o abbandonato¹¹⁵.

Proprio tale esperienza contribuisce a spiegare la prudenza dell'Italia nel valutare un eventuale coinvolgimento della Francia nell'ambito del *Global Combat Air Programme* (GCAP), promosso con Regno Unito e Giappone e fondato su un modello di governance paritaria, in quanto le vicende del FCAS hanno confermato, come rilevato dal Ministro della Difesa, una tendenza della Francia alla monopolizzazione della *leadership* nei programmi congiunti, rivelatasi incompatibile con un progetto basato sull'assenza di una nazione dominante¹¹⁶.

Alla luce di questa traiettoria storica e industriale, l'atteggiamento odierno della Francia nei confronti dell'articolo 346 TFUE appare come la prosecuzione, in chiave giuridica,

¹¹⁵ Sul tema cfr. Redazione, *Il super caccia di Parigi e Berlino è morto, fallito il programma franco-tedesco?*, in www.adnkronos.com, 09/02/2026; Redazione, *Il caccia franco-tedesco non decolla*, in www.rsi.ch, 09/02/2026; Redazione, *Difesa, nuove tensioni tra Francia e Germania sul futuro del caccia europeo*, in www.italiaoggi.it, 18/02/2026; G. DI DONFRANCESCO, *Merz boccia il caccia franco-tedesco: «Il Fcas non risponde alle nostre esigenze»*, in www.ilsole24ore.com, 18/02/2026; A. DI ROCCO, *La Germania guarda agli USA per i nuovi caccia F-35 aprendo la crisi tra Parigi e Berlino*, in www.milanofinanza.it, 19/02/2026; J. ROSATI, *Il super caccia europeo si ferma: Berlino rompe, Parigi chiede conto*, in www.italia-informa.com, 09/02/2026; M. ZANON, *Macron crede ancora nel progetto Fcas, ma è l'unico. Problemi e piani b*, in www.ilfoglio.it, 10/02/2026; M. GERGOLET, *«Il super caccia franco tedesco è morto»: lo schiaffo della Germania alla Francia. E Macron chiede spiegazioni a Merz*, in www.corriere.it, 09/02/2026; Redazione, *La Germania non esclude di uscire dal programma FCAS e ordina altri Typhoon*, in www.analisdifesa.it, 11/10/2025; D. BARTOCCINI, *Difesa aerea di Francia e Germania in crisi: "morto" il programma FCAS*, in www.ilgiornale.it, 09/02/2026; A. PICASSO, *Aerei caccia di sesta generazione, rottura tra Parigi e Berlino: le alternative dei tedeschi per la Difesa*, in www.ilriformista.it, 11/02/2026; F. NOCCO, *Il progetto da 100 miliardi di € che può decidere la difesa europea (e perché Germania e Francia litigano)*, in www.berlinomagazine.com, 11/12/2025.

¹¹⁶ A. CARLI, *Super caccia, Crosetto: «Difficile che i francesi entrino, tendono a monopolizzare»*, in www.ilsole24ore.com, 14/02/2026; C. ROSSI, *Gcap, ecco perché Crosetto frena sulla Francia*, in www.startmeg.it, 17/02/2026.



di una medesima impostazione strategica fondata sulla centralità dell'interesse nazionale e sulla tutela di una supremazia industriale autonoma. La clausola, concepita dal legislatore dell'Unione come eccezione puntuale e limitata al diritto del mercato interno per la salvaguardia di interessi essenziali di sicurezza, viene tuttavia frequentemente invocata da Parigi in modo estensivo e sistematico, fino ad assumere i tratti di uno strumento ordinario di politica industriale nazionale. In tal modo, essa finisce per alimentare dinamiche di concorrenza intra-europea, in contrasto con l'esigenza di rafforzare una base industriale comune, peraltro priva di regole concorrenziali vere e proprie.

Diverso è l'approccio adottato dall'Italia e da altri Stati membri, che tendono a ricorrere all'articolo 346 TFUE in maniera funzionale e teleologicamente orientata. In questa prospettiva, la deroga è utilizzata principalmente per la sua funzione originaria: consentire l'esclusione di specifiche procedure dagli obblighi di pubblicità, trasparenza e gara quando la diffusione di determinate informazioni tecniche, operative o industriali — che sarebbero altrimenti richieste dalle direttive sugli appalti della difesa — potrebbe pregiudicare interessi essenziali di sicurezza nazionale o comune.

Tale uso "positivo" dell'articolo 346 non è finalizzato alla chiusura del mercato né alla protezione dell'industria nazionale in quanto tale, ma si inserisce all'interno di programmi cooperativi e assetti consortili, nei quali la limitazione della pubblicità serve a garantire la riservatezza del progetto, la sicurezza degli approvvigionamenti e la fiducia reciproca tra Stati *partner*. In questo senso, la deroga opera come strumento abilitante della cooperazione, e non come mezzo di esclusione competitiva.

La differenza tra i due approcci è rilevante anche sotto il profilo sistemico. Mentre un utilizzo estensivo e nazionale dell'articolo 346 tende a frammentare il mercato europeo della difesa e a incentivare la competizione interna, l'uso cooperativo consente di spostare la concorrenza verso l'esterno dell'Unione, rafforzando la capacità dell'industria europea di confrontarsi con attori extra-UE¹¹⁷, a fronte di minacce strategiche ormai largamente condivise dagli Stati membri.

Questa impostazione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha costantemente affermato che l'articolo 346 TFUE deve essere interpretato in senso restrittivo e può essere legittimamente invocato solo quando la deroga sia necessaria e proporzionata alla tutela di un interesse essenziale di sicurezza,

¹¹⁷ F. MUNARI, *Prodotti della difesa e mercato interno: riflessioni sull'impatto della carenza di una politica di difesa comune su un settore strategico*, in O. PORCHIA e M. VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future. Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi*, Napoli-Torino, 2023, p. 161.



come ribadito, tra le altre, nelle cause *Commissione c. Spagna* (C-414/97), *Commissione c. Italia* (C-337/05) e *InsTiimi* (C-615/10). La Corte ha altresì escluso che la clausola possa giustificare misure volte a perseguire obiettivi puramente economici o industriali nazionali.

Ne consegue che la questione centrale non è se l'articolo 346 TFUE sia in sé problematico, bensì la finalità concreta del suo impiego. Quando utilizzato per evitare indebite divulgazioni informative e per rendere possibile una cooperazione industriale strutturata tra Stati membri, esso risulta pienamente coerente con gli obiettivi dell'Unione. Al contrario, quando è impiegato come strumento di protezionismo sistemico, esso mina la logica stessa dell'integrazione europea nel settore della difesa, frammentando il mercato europeo del settore e alimentando una competizione interna tra Stati membri, proprio in una fase storica in cui le minacce alla sicurezza dell'Europa sono sempre più comuni e condivise.

6. Evoluzione virtuosa in corso

Alla luce delle dinamiche ora descritte, risulta evidente che la criticità principale non risiede nell'esistenza dell'articolo 346 TFUE in quanto tale, bensì nelle modalità con cui esso viene concretamente applicato dagli Stati membri. Se un uso estensivo e nazionalmente orientato della deroga tende a riprodurre logiche di autonomia industriale e competizione intra-europea, come dimostrato dall'esperienza francese richiamata, diventa allora necessario individuare strumenti capaci di ricondurre l'eccezione entro una cornice cooperativa e sistemica. In vista dell'utilizzo estensivo dell'articolo 346 TFUE da parte degli Stati membri, appare pertanto sempre più evidente la necessità di rafforzare e rendere strutturale il sistema dei consorzi europei nel settore della difesa, quale strumento idoneo a superare la frammentazione del mercato, favorire l'integrazione industriale e garantire una maggiore interoperabilità delle capacità militari europee. Affinché tale modello possa funzionare in modo stabile e competitivo, risulta tuttavia imprescindibile un adeguato e continuativo sostegno finanziario a livello dell'Unione europea, capace di rendere la cooperazione non solo auspicabile sul piano politico, ma concretamente sostenibile sul piano industriale ed economico.

È proprio a partire da questa esigenza — ossia incanalare l'utilizzo dell'articolo 346 TFUE entro un quadro cooperativo, anziché lasciarlo operare come leva di frammentazione e privilegi nazionali — che deve essere letto l'intero sviluppo politico e normativo dell'Unione negli ultimi anni.

Infatti, l'attuale contesto strategico impone una revisione profonda dell'approccio europeo alla difesa. Il mutato quadro geopolitico, l'intensificazione delle minacce e l'accelerazione tecnologica rendono non più sostenibile la persistente frammentazione dell'azione europea, che priva l'Unione della capacità di operare in modo efficace,



coerente e unitario nei settori della politica estera, della sicurezza e della difesa¹¹⁸. In tale scenario, un'interpretazione coerente e sistematica dell'articolo 346 TFUE – che consente agli Stati membri di adottare misure necessarie alla tutela degli interessi essenziali della sicurezza – dovrebbe essere orientata non alla chiusura nazionale dei mercati, bensì alla promozione di una cooperazione strutturata e integrata a livello dell'Unione.

Le minacce alla sicurezza europea sono oggi più numerose, complesse e interconnesse rispetto al passato. L'aggressione russa contro l'Ucraina ha riportato nel continente una guerra convenzionale su larga scala, con effetti diretti sulla sicurezza collettiva e sull'equilibrio strategico europeo¹¹⁹. Parallelamente, l'instabilità nel Mediterraneo allargato e in Medio Oriente – dalla fragile situazione in Israele/Palestina e Libano, alle incertezze legate alla Siria, fino al ruolo destabilizzante dell'Iran e al suo rafforzato legame con la Russia – genera rischi sistemici per l'Unione, anche in termini di sicurezza energetica, commerciale e marittima, inclusa l'area del Mar Rosso.

In Africa, i conflitti nel Sahel, in Libia e in Sudan, nonché la diffusione dell'estremismo violento, producono effetti diretti sulla sicurezza europea, incidendo sui flussi migratori, sulla stabilità regionale e sugli interessi economici dell'Unione. Si tratta di minacce che travalicano i confini geografici e richiedono capacità di risposta coordinate¹²⁰.

Accanto alle minacce convenzionali, si sono consolidate minacce ibride e multidimensionali: attacchi informatici contro infrastrutture critiche, interferenze nei sistemi satellitari e di navigazione globale, campagne di disinformazione, spionaggio politico e industriale, nonché la strumentalizzazione dei flussi migratori. Anche la libertà di azione europea nei domini marittimo, aereo e spaziale è sempre più contestata. La sicurezza europea non può più essere concepita esclusivamente in termini territoriali, ma deve includere la protezione delle infrastrutture digitali, delle reti energetiche e delle catene di approvvigionamento.

Contestualmente, la competizione geopolitica si è trasformata in una competizione tecnologica globale. Tecnologie critiche e abilitanti – quali intelligenza artificiale, informatica quantistica, biotecnologie, robotica avanzata e sistemi ipersonici – costituiscono il fulcro sia della superiorità militare sia della crescita economica di lungo

¹¹⁸ B. FÄGERSTEN, *The Implications of the Euro Crisis for European Foreign Policy- Lessons from Crisis Management and International Trade*, in *European Foreign Affairs Review*, 2014, p. 483, spec. 483; J. J. ANDERSSON, M. BRITZ, *The European Union's role in European defence industry policy*, in *Defence Studies*, 2025, pp. 322 ss.

¹¹⁹ Cfr. sul tema, M. VELLANO, *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 121 ss.; F. FABBRINI, *The EU Constitution in Time of War: Legal Responses to Russia's Aggression Against Ukraine*, Oxford, Oxford University Press, 2025.

¹²⁰ Commissione europea, Servizio europeo per l'azione esterna, *White Paper for European Defence-Readiness 2030*, 2025, pp. 3-5.



periodo. I principali attori strategici investono massicciamente in tali ambiti, integrando politiche industriali, di difesa e di innovazione in modo coerente. L'Unione, al contrario, continua a operare in modo frammentato¹²¹.

In questo contesto, la mancanza di coordinamento, standardizzazione e integrazione industriale indebolisce strutturalmente la base tecnologica e industriale europea della difesa. Gli Stati membri, operando prevalentemente su base nazionale per preservare sovranità e autonomia, generano duplicazioni, sovrapposizioni di capacità e inefficienze sistemiche.

La dimensione economica di tale frammentazione è stata chiaramente evidenziata nel dibattito sul rafforzamento del mercato unico e della competitività avviato a livello europeo. In particolare, nel suo rapporto sul futuro del mercato unico¹²², Enrico Letta richiama i costi della frammentazione nel settore della difesa, facendo riferimento alla relazione del Parlamento europeo che stima in oltre 100 miliardi di euro annui l'onere economico derivante dalla mancanza di integrazione del mercato europeo della difesa. Tale dato rende evidente il divario tra le risorse complessivamente impiegate dagli Stati membri e i risultati effettivamente conseguiti in termini di efficienza, interoperabilità e autonomia strategica.

Inoltre, la dipendenza da fornitori extra-UE resta significativa: una quota rilevante degli appalti europei per la difesa è destinata a Paesi terzi, in particolare agli Stati Uniti, talvolta anche in presenza di soluzioni industriali europee equivalenti. Tale fenomeno è determinato da fattori amministrativi, da legami storici e dalla maggiore visibilità dei prodotti esteri, ma produce un effetto strutturale di indebolimento dell'autonomia strategica europea¹²³.

Ulteriore elemento critico è rappresentato dagli investimenti insufficienti in ricerca, sviluppo e innovazione. L'Unione investe complessivamente cifre di gran lunga inferiori rispetto ai suoi principali concorrenti, in particolare agli Stati Uniti, che attribuiscono priorità strategica alla R&S nel settore della difesa¹²⁴. Nessuno Stato membro,

¹²¹ Commissione europea, Servizio europeo per l'azione esterna, *White Paper for European Defence-Readiness 2030, 2025*, p. 5.

¹²² E. LETTA, "Much More than a Market", aprile 2024.

¹²³ J.J. ANDERSSON, M. BRITZ, *The European Union's role in European defence industry policy*, in *Defence Studies*, 2025, p. 326.

¹²⁴ Nel 2022 gli Stati membri dell'UE hanno investito complessivamente 9,5 miliardi di euro in R&S per la difesa, di cui 3,5 miliardi in ricerca e tecnologia (R&T); a tali risorse si aggiungono 1,2 miliardi di euro provenienti dal Fondo europeo per la difesa, per un totale di circa 10,7 miliardi di euro (Agenzia europea per la difesa, *Defence Data 2022 – Key Findings and Analysis*, 2023). Nello stesso periodo, il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti ha stanziato circa 140 miliardi di dollari per attività di ricerca, sviluppo, test e valutazione (Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, *Fiscal Year 2024 Budget Request*). Dal 2014 gli Stati Uniti hanno inoltre attribuito priorità alla spesa per R&S rispetto alle altre categorie di spesa militare, confermando una strategia volta a mantenere la leadership tecnologica globale (Istituto internazionale di ricerca sulla pace di Stoccolma; SIPRI).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

singolarmente considerato, dispone delle risorse finanziarie e tecnologiche necessarie per sviluppare autonomamente sistemi di difesa di nuova generazione nei diversi domini strategici. Ciò rende la cooperazione non solo auspicabile, ma giuridicamente e funzionalmente necessaria per garantire l'effettività della sicurezza collettiva¹²⁵.

In tale quadro, il coinvolgimento delle PMI e lo sviluppo dei programmi *dual use* assumono rilievo strategico. Le tecnologie innovative nascono sempre più spesso nel settore civile e devono essere integrate nelle applicazioni di difesa (mentre in passato il processo era spesso inverso: basti pensare a innovazioni come Internet, originariamente sviluppate in ambito militare e poi diffuse nel settore civile). Tuttavia, le PMI incontrano barriere strutturali di accesso a un mercato caratterizzato da catene di approvvigionamento chiuse e prevalentemente nazionali. La mancata integrazione tra ecosistema civile e difesa compromette la capacità dell'Unione di competere nel nuovo contesto tecnologico globale¹²⁶.

Infine, la *governance* europea nel settore della politica industriale della difesa rimane debole e frammentata. L'assenza di un'autorità centrale dotata di un chiaro mandato politico e di strumenti finanziari integrati impedisce una pianificazione coerente e di lungo periodo. La divisione di competenze tra Politica estera e di sicurezza comune, Mercato unico e politiche industriali ha contribuito a mantenere un assetto istituzionale disarticolato.

Alla luce di quanto esposto, emerge con evidenza la necessità di superare l'attuale modello basato su iniziative nazionali non coordinate. È indispensabile procedere verso: l'aggregazione della domanda mediante appalti congiunti; la standardizzazione dei prodotti e delle capacità; la riduzione della dipendenza da fornitori extra-UE; il rafforzamento degli investimenti comuni in R&S; la creazione o il consolidamento di un'autorità europea con mandato chiaro nel settore della difesa industriale¹²⁷.

Solo attraverso un'effettiva integrazione, sostenuta da volontà politica e strumenti giuridici adeguati, l'Unione potrà realizzare il proprio potenziale e garantire sicurezza, efficienza della spesa e autonomia strategica in un contesto internazionale sempre più competitivo e instabile.

Alla luce delle criticità sopra evidenziate, si comprende come l'integrazione non rappresenti un'opzione politica tra le altre, bensì una necessità strutturale. È dunque, coerentemente con questa prospettiva sistemica, che si colloca l'azione progressiva dell'Unione europea, la quale, soprattutto nell'ultimo decennio, ha avviato un percorso articolato e graduale, accompagnato da specifici strumenti di finanziamento dedicati a rafforzare la cooperazione industriale, incentivare gli acquisti congiunti e favorire la

¹²⁵ DRAGHI M., "The future of European competitiveness", settembre 2024, p. 183.

¹²⁶ *Ivi*, p. 180.

¹²⁷ *Ivi*, p. 184.



strutturazione di consorzi europei nel settore della difesa, incidendo in modo sempre più diretto anche sulle dinamiche di *procurement*.

In una prima fase, l'Unione ha sperimentato strumenti pilota quali la *Preparatory Action on Defence Research (PADR)* e lo *European Defence Industrial Development Programme (EDIDP)*, caratterizzati da durata e risorse limitate, ma fondamentali per testare, per la prima volta, meccanismi di collaborazione transnazionale, di cofinanziamento europeo e di aggregazione industriale nel settore della difesa. Tali esperienze hanno costituito il presupposto diretto per l'istituzione del Fondo europeo per la difesa (EDF) per il periodo 2021-2027, introdotto con il regolamento (UE) 2021/697¹²⁸, il quale — come espressamente riconosciuto dal considerando 35 — si pone in continuità con PADR ed EDIDP, consolidandone l'impostazione cooperativa su base strutturale¹²⁹. L'EDF rappresenta un passaggio di natura qualitativa, in quanto istituzionalizza il sostegno dell'Unione a progetti di ricerca e sviluppo condotti esclusivamente in forma consortile, prevedendo requisiti stringenti in termini di cooperazione transfrontaliera. In particolare, il regolamento stabilisce che i consorzi beneficiari debbano essere composti da almeno tre soggetti giuridici indipendenti, stabiliti in almeno tre Stati membri diversi (o Stati associati), e non controllati da entità extra-UE, salvo condizioni rigorose. Il Fondo copre l'intero ciclo di sviluppo capacitivo, distinguendo tra azioni di ricerca (finanziate fino al 100% dei costi ammissibili) e azioni di sviluppo (cofinanziate, con percentuali variabili in funzione del livello di maturità tecnologica – TRL – e del grado di cooperazione)¹³⁰.

Attraverso tali meccanismi, l'EDF non si limita a sostenere singoli progetti, ma incide strutturalmente sulle future dinamiche di *procurement*, orientando gli Stati membri verso soluzioni tecnologiche comuni, interoperabili e sviluppate all'interno di catene del valore europee integrate. Il Fondo promuove inoltre in modo esplicito l'apertura delle catene di approvvigionamento, la partecipazione delle piccole e medie imprese e l'inclusione di tecnologie innovative e potenzialmente dirompenti, contribuendo alla costruzione di una base industriale e tecnologica della difesa europea più resiliente. La dotazione complessiva dell'EDF per il periodo 2021-2027, pari a 7,95 miliardi di euro a prezzi correnti, conferma il ruolo centrale di tale strumento nella strategia industriale europea della difesa, ruolo ulteriormente rafforzato dal Programma di lavoro EDF 2026. Quest'ultimo, recentemente pubblicato, prevede una dotazione complessiva superiore a 1 miliardo di euro, sostenendo progetti collaborativi lungo l'intero ciclo industriale, dalla

¹²⁸ Regolamento (UE) 2021/697 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021, che istituisce il Fondo europeo per la difesa e abroga il regolamento (UE) 2018/1092, GU L 170 del 12 maggio 2021, pp. 149–177. Il Fondo europeo per la difesa è stato adottato sulla base degli articoli 173, par. 3, 182, par. 4, 183 e 188 TFUE.

¹²⁹ Regolamento (UE) 2021/697, considerando 35.

¹³⁰ *Ibidem*, artt. 4-10.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ricerca allo sviluppo di capacità mature, e si articola in 16 categorie tematiche che coprono ambiti strategici quali sensori avanzati, cyber e quantum, spazio, digitale, energia, materiali, piattaforme terrestri, navali e aeree, nonché tecnologie dirompenti e dual-use. In linea con le priorità europee in materia di sicurezza e autonomia strategica, il Programma di lavoro 2026 pone un forte accento sul rafforzamento delle capacità industriali critiche, sull'interoperabilità e sulla riduzione delle dipendenze strategiche, offrendo alle imprese europee concrete opportunità di posizionamento nelle future catene del valore della difesa dell'Unione.

Parallelamente, sul piano politico-operativo, l'Unione ha rafforzato il quadro della cooperazione strutturata permanente con l'avvio della PESCO, istituita mediante la decisione (PESC) 2017/2315 del Consiglio e fondata sull'art. 46, par. 2, TUE¹³¹. Tale strumento consente agli Stati membri, le cui capacità militari soddisfano criteri più elevati e che abbiano assunto impegni più vincolanti in materia di difesa e sicurezza comuni, di cooperare in modo più stretto su progetti specifici. In questo senso, la PESCO ha introdotto obblighi giuridicamente vincolanti in materia di sviluppo congiunto delle capacità, investimenti coordinati e cooperazione industriale, contribuendo a consolidare l'idea che la risposta alle esigenze di sicurezza non possa più essere prevalentemente nazionale, ma debba fondarsi su programmi condivisi e strutturati, nei quali la dimensione consortile assume un ruolo centrale. La *governance* della PESCO resta tuttavia essenzialmente intergovernativa, a differenza dei tradizionali programmi industriali transnazionali ad iniziativa statale — quali, ad esempio, l'Eurofighter — attuati mediante consorzi industriali formalmente privati e sviluppati al di fuori di un quadro istituzionale dell'Unione, poiché le decisioni sono adottate dal Consiglio e, per ciascun progetto, dai governi degli Stati partecipanti. Avviata nel 2017 con l'adesione della maggior parte degli Stati membri (con la sola esclusione della Danimarca), la PESCO si è ad oggi concretizzata in 68 progetti, principalmente incentrati sugli armamenti congiunti, sui programmi di formazione e addestramento, sull'intelligence, sulla cibersicurezza e sulla logistica. Ciascun progetto è coordinato da uno o più Stati ed è potenzialmente aperto alla partecipazione di ulteriori Stati membri interessati¹³².

¹³¹ Decisione (PESC) 2017/2315 del Consiglio dell'11 dicembre 2017, che istituisce la cooperazione strutturata permanente (PESCO) e determina l'elenco degli Stati membri partecipanti, GU L 331 del 14 dicembre 2017, pp. 57-77.

¹³² Per un'analisi più approfondita della PESCO, si vedano: S. BLOCKMANS, *The EU's modular approach to defence integration: an inclusive, ambitious and legally binding PESCO?*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1785 ss.; D. MARRANI, *La cooperazione strutturata permanente (PESCO): quadro giuridico-istituzionale per l'integrazione "flessibile" in materia di difesa europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 719 ss.; C. NOVI, *L'attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa europea più autonoma ed effettiva*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 365 ss.; A. MIGLIO, *Lo sviluppo della capacità di difesa e la cooperazione strutturata permanente*, in M. VELLANO – A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune*



A partire dal 2022, a seguito del mutato contesto geopolitico determinato dall'aggressione russa all'Ucraina, l'azione dell'Unione si è ulteriormente intensificata, estendendosi dal sostegno alla ricerca e allo sviluppo verso strumenti direttamente orientati alla produzione e alla disponibilità immediata delle capacità militari¹³³. In tale contesto si colloca il regolamento (UE) 2023/1525 (ASAP – Act in Support of Ammunition Production), volto a rafforzare la capacità produttiva dell'industria europea della difesa mediante il sostegno agli investimenti lungo la catena di approvvigionamento (per garantire l'immediata disponibilità di munizioni e missili). Sebbene ASAP non intervenga direttamente sulle procedure di gara, esso incide in modo significativo sul contesto degli appalti, rafforzando il lato dell'offerta industriale europea e creando le condizioni per una maggiore efficacia degli acquisti cooperativi¹³⁴.

Il passaggio più significativo sul piano del *procurement* è rappresentato dall'adozione del regolamento (UE) 2023/2418 (EDIRPA), che introduce per la prima volta un meccanismo di sostegno finanziario mirato agli acquisti congiunti tra Stati membri e allo sviluppo dell'industria della difesa europea, comprendendo le piccole e medie imprese (PMI). Il regolamento incentiva la partecipazione di almeno tre Stati membri a procedure di *procurement* coordinate, prevedendo contributi finanziari dell'UE a condizione che una quota significativa dei prodotti acquistati sia di origine europea e che l'acquisizione risponda a esigenze capacitive comuni e urgenti. In tal modo, EDIRPA mira esplicitamente a ridurre la frammentazione della domanda, a contenere la concorrenza intra-UE e a favorire economie di scala, rendendo la cooperazione in materia di appalti non solo politicamente preferibile, ma economicamente razionale¹³⁵.

Questa logica viene ulteriormente rafforzata e sistematizzata con l'introduzione del Programma europeo per l'industria della difesa (EDIP), concepito per superare il carattere emergenziale degli strumenti precedenti e integrarli in un quadro strutturale di medio-

dell'Unione europea, Milano, 2022, p. 57 ss.; B. NASCIMBENE, *Contenuti e coerenza del diritto dell'Unione europea in tema di aiuti bellici, politiche di difesa e solidarietà militare tra gli Stati membri*, in *Quaderni AISDUE*, 2025, vol. 2, p. 43 ss.

¹³³ F. FABBRINI, *Funding the War in Ukraine: the European Peace Facility, the Macro Financial Assistance Instrument and the Slow Rise of a Fiscal Capacity in the EU*, in *11 Politics and Governance (2023)*, pp. 52 ss.

¹³⁴ Regolamento (UE) 2023/1525 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 2023, relativo al sostegno alla produzione di munizioni (ASAP), GU L 185 del 24 luglio 2023, pp. 7–25. Il regolamento ASAP è stato adottato sulla base degli articoli 114 e 173, paragrafo 3, TFUE. Per un'analisi più approfondita dello strumento ASAP, si vedano: R. CARANTA, *The EU's Role in Ammunition Procurement*, in *European Papers*, 2023, pp. 1047 ss.; F. FABBRINI, *European Defence Union ASAP: The Act in Support of Ammunition Production and the Development of EU Defence Capabilities in Response to the War in Ukraine*, in *European Foreign Affairs Review*, 2024, p. 80.

¹³⁵ Regolamento (UE) 2023/2418 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023, che istituisce uno strumento per il rafforzamento dell'industria europea della difesa mediante appalti comuni (EDIRPA), GUUE, 2023/2418, 26 ottobre 2023. Il regolamento EDIRPA è stato adottato sulla base dell'articolo 173, paragrafo 3, TFUE.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

lungo periodo (fornirà 1,5 miliardi di euro sotto forma di sovvenzioni per potenziare la prontezza dell'Europa alla difesa per il periodo 2025-2027). EDIP mira a sostenere la prontezza industriale, la sicurezza degli approvvigionamenti e la stabilizzazione delle catene del valore europee, promuovendo partenariati industriali duraturi e rafforzando la dimensione consortile tanto nella fase di sviluppo quanto in quella di acquisizione delle capacità¹³⁶.

Nel 2025, tale evoluzione trova una cornice strategica nel *White Paper "European defence – Readiness 2030"* della Commissione europea, che riconosce esplicitamente come il rafforzamento della prontezza militare dell'Unione richieda non solo maggiori investimenti, ma anche una semplificazione delle procedure di acquisizione, una riduzione degli oneri amministrativi e un uso più efficace degli strumenti di cooperazione industriale¹³⁷. Le conclusioni del Consiglio europeo del 6 marzo 2025 rafforzano tale indirizzo, fornendo un chiaro mandato politico volto a promuovere la cooperazione industriale, l'integrazione del mercato della difesa e l'efficienza delle procedure di procurement¹³⁸.

A ciò si affianca l'iniziativa SAFE (Security Action for Europe), che introduce una capacità finanziaria straordinaria sotto forma di prestiti destinati a sostenere investimenti e acquisizioni nel settore della difesa, subordinando l'accesso ai finanziamenti alla realizzazione di progetti coordinati e di acquisti su larga scala, rafforzando ulteriormente la logica del procurement cooperativo¹³⁹. In particolare, al fine di garantire la tempestiva disponibilità dei prodotti per la difesa, il Regolamento disciplina procedure semplificate e accelerate di aggiudicazione di appalti comuni, attuati da almeno uno Stato membro, che riceve assistenza finanziaria, insieme a un altro Stato membro o a uno degli Stati membri dell'Associazione europea di libero scambio (a loro volta membri dello Spazio economico europeo: "Stati EFTA-SEE") o insieme a paesi in via di adesione, candidati o potenziali candidati e altri paesi terzi con i quali l'Unione ha avviato un partenariato non vincolante in materia di difesa e sicurezza¹⁴⁰.

Infine, al fine di far fronte alle esigenze di rafforzamento dell'industria europea della difesa e di riduzione degli oneri burocratici gravanti sulle imprese del settore, la Commissione europea ha presentato nel giugno 2025 il *Defence Readiness Omnibus*, un pacchetto di interventi normativi e non normativi volto ad adeguare il quadro regolatorio

¹³⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma per l'industria europea della difesa e un quadro di misure per garantire la disponibilità e l'approvvigionamento tempestivi di prodotti per la difesa ("EDIP").

¹³⁷ Commissione europea, Servizio europeo per l'azione esterna, *White Paper for European Defence-Readiness 2030*, 2025.

¹³⁸ Conclusioni del Consiglio europeo, 6 marzo 2025.

¹³⁹ Regolamento (UE) 2025/1106 del Consiglio (SAFE).

¹⁴⁰ Art. 2, Regolamento (UE) 2025/1106 del Consiglio (SAFE).



dell'Unione, ritenuto non pienamente idoneo — in quanto concepito in tempo di pace — a sostenere lo sviluppo delle capacità militari e della prontezza operativa necessarie nel mutato contesto di sicurezza¹⁴¹.

Nel loro insieme, tali iniziative delineano un percorso coerente e progressivo attraverso il quale l'Unione europea non mira tanto a neutralizzare l'articolo 346 TFUE, quanto piuttosto a incanalarne l'utilizzo entro un ecosistema cooperativo, nel quale la deroga alle regole di gara non sia espressione di protezionismo nazionale, ma strumento funzionale alla realizzazione di consorzi europei stabili, capaci di rafforzare l'integrazione industriale, l'interoperabilità e l'autonomia strategica dell'Unione.

7. Conclusioni

Si è svolta un'analisi del sistema degli appalti pubblici nei settori della difesa e della sicurezza, muovendo dalla consapevolezza che il *procurement* militare costituisce un ambito particolarmente complesso del diritto degli appalti pubblici, nel quale le esigenze di concorrenza del mercato europeo si confrontano costantemente con istanze di sicurezza nazionale, segretezza e autonomia strategica. L'analisi ha preso avvio dalla ricostruzione del quadro normativo nazionale, al fine di chiarire il rapporto tra il Codice dei contratti pubblici e le discipline speciali previste per l'approvvigionamento dei mezzi militari nei settori della difesa e della sicurezza.

Dall'esame condotto è emerso, in particolare, che il Codice dei contratti pubblici risulta frequentemente derogato in favore dell'applicazione di strumenti normativi alternativi, primo fra tutti il decreto legislativo n. 208 del 2011, quale normativa di recepimento della direttiva 2009/81/CE, caratterizzata da un grado di flessibilità maggiore rispetto alle direttive generali in materia di appalti pubblici, in quanto calibrata sulle peculiarità del settore della difesa e della sicurezza.

È stato inoltre evidenziato come tale disciplina speciale si affianchi al regime derogatorio fondato sull'articolo 346 TFUE, che consente, a determinate condizioni, agli Stati membri di escludere l'applicazione delle regole dell'Unione in materia di concorrenza e, conseguentemente, di procedere all'affidamento diretto di contratti relativi a specifici mezzi militari. Tuttavia, dall'analisi è emerso che le criticità non derivano dall'utilizzo in sé di tale disposizione, bensì da un suo impiego distorto, volto esclusivamente al perseguimento di forme di supremazia strategica nazionale. Un simile approccio contribuisce, infatti, a frammentare il mercato europeo della difesa e ad alimentare una competizione interna tra Stati membri, in una fase storica caratterizzata da minacce alla sicurezza sempre più comuni e condivise.

¹⁴¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Defence Readiness Omnibus*, COM (2025) 820 final, p. 2.



Al contrario, un uso dell'articolo 346 TFUE orientato alla cooperazione — come riscontrabile, in particolare, nell'esperienza italiana — consente di sottrarre taluni approvvigionamenti alle dinamiche del mercato concorrenziale, tenuto conto delle difficoltà strutturali di ricorrere a procedure di gara in questi settori, senza tuttavia rinunciare al coordinamento tra Stati membri. In tale prospettiva, vengono favoriti acquisti congiunti e programmi condivisi, spostando la concorrenza verso l'esterno dell'Unione e rafforzando la capacità dell'industria europea di confrontarsi con attori extra-UE, in risposta a minacce strategiche ormai ampiamente riconosciute.

In questo contesto, appare legittimo interrogarsi sull'opportunità di insistere in modo rigido sull'applicazione (e sulla revisione) della direttiva in materia di appalti nei settori della difesa e della sicurezza, laddove le circostanze operative non lo consentano. In tal senso, la Commissione europea ha avviato un processo volto a una possibile revisione delle norme generali sugli appalti pubblici, anche attraverso il *Call for Evidence*¹⁴², ossia una consultazione pubblica preliminare finalizzata a raccogliere contributi da Stati membri, operatori economici e portatori di interesse, in vista di una futura proposta legislativa di riforma del quadro normativo, prevista indicativamente per il 2026. Tuttavia, l'esperienza dimostra come i grandi programmi europei nel settore della difesa risultino maggiormente efficaci quando fondati su forme avanzate di cooperazione interstatale.

In tale direzione si colloca, ad esempio, il regolamento EDIRPA che, sebbene limitato al contesto della guerra in Ucraina, incentiva finanziariamente gli acquisti congiunti tra Stati membri e favorisce la costituzione di consorzi per il procurement di capacità comuni. Tale strumento rappresenta un'ulteriore conferma di come la cooperazione possa progressivamente affermarsi quale modalità ordinaria di sviluppo e acquisizione dei sistemi di difesa. Nel settore della difesa, infatti, salvo che per i prodotti *dual use*, non appare realistico pretendere di garantire pienamente le dinamiche concorrenziali tipiche del mercato. Occorre piuttosto prendere atto che tale ambito risulta, per sua natura, in parte sottratto alla logica del confronto competitivo.

In questa prospettiva, diviene fondamentale comprendere come costruire una difesa europea congiunta, privilegiando non tanto la competizione tra imprese che si traduce nella competizione tra Stati, quanto piuttosto forme di collaborazione tra Stati membri, attraverso la messa in comune di risorse, capacità industriali e know-how tecnologico. Solo mediante tali meccanismi cooperativi appare possibile favorire lo sviluppo e l'acquisizione di sistemi di difesa comuni in modo più efficiente e coordinato, senza discriminare le imprese dei singoli paesi membri.

¹⁴² *Call for evidence for an impact assessment*, Commissione europea, 25/11/2025.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In definitiva, la sfida principale non risiede tanto nella modifica delle norme quanto nel riallineamento delle prassi statali agli obiettivi strategici dell'Unione europea. Ciò può essere perseguito riducendo la concorrenza intra-UE, a favore di un rafforzamento della competitività europea nei confronti degli operatori extra-UE, valorizzando al contempo un uso corretto e funzionale delle deroghe previste dal diritto dell'Unione e consolidando la cooperazione industriale quale pilastro strutturale della difesa europea.